

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 972

(Ano XII)

(22/08/2020)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2020

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



Condução de veículo em via terrestre, de aeronave ou de embarcação embriagado: lacuna legislativa criminal
Sidio Rosa de Mesquita Júnior, 05.

ARTIGOS

Acordo de não persecução penal: novo instituto de Justiça Criminal Consensual

Adriano Reis Alves, 26.

Competências federativas: uma análise da decisão do STF no caso das medidas de combate ao Covid-19

Guilherme Francisco Souza Amaral, 46.

O tratamento diferenciado concedido às micro e pequenas empresas e aos microempreendedores individuais no ordenamento jurídico brasileiro

Liege Krack, 65.

Crime de trânsito e suas consequências penais. Lei nº 9.503/1997. Nova alteração Lei 13.546 de 20 de dezembro de 2017.

Maria Ivaneide Marques Vita, 80.

Decreto pode inovar e revogar lei? O caso da divisão especial de combate à corrupção na Polícia Civil do Estado de Alagoas

Elder Soares da Silva Calheiros, 94.

O princípio da segurança jurídica e a ação civil pública por ato de improbidade administrativa

Acássia Regina Soares de As, 106

Abordagem Principiológica e Jurisprudencial do Direito Ambiental: As decisões do STF e do STJ consoante ao entendimento doutrinário dos princípios ambientais

Filipe Ewerton Ribeiro Teles, 112.

Contrato de Trabalho Intermitente: Análise das Desvantagens ao Trabalhador com a Reforma Trabalhista.

Rafaela de Souza Borges, 142.

Crianças e Adolescentes LGBT's e o Óbice do Cyberbullying

Vanessa Andriani Maria, 153.

Proteção aos direitos dos treinadores de futebol incide em segurança jurídica

Delfizo Antonio Pedro Junior, 163.

Lei 13.979/2020: A constitucionalidade da intervenção médica compulsória no contexto da pandemia

Erica Costa Freitas, 174

Breve história da investigação criminal: Desde os mitos até Vidocq

Breno Eduardo Campos Alves, 183.

A bem-aventurança do poder judiciário com o advento da mediação nos litígios familiares

Pollyanna Gonçalves da Silva, 200.

A dispensabilidade do inquérito policial e suas implicações na persecução penal

Indira Bezerra Vila Nova e Thalita Arcanjo, 217.

Os impactos da reforma da previdência nos municípios e seus regimes próprios de previdência social

Airton Manoel de Medeiros. 232.

O instituto jurídico da guarda compartilhada e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Renata Martins Coelho, 250.

A redução da maioria penal: entendimentos favoráveis e desfavoráveis

Rosiclerk Ottilo Cavassani Neto, 281.

O drama da pena de multa para os hipossuficientes

Cristina Victor Garcia e Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, 286.

A proteção e amparo à mulher em casos de violência obstétrica: uma análise histórica e jurídica no âmbito internacional e interno

Lilian Esther Ribeiro Pires, 294.

Os conceitos de liberdade política e de independência dos cidadãos na Teoria da Organização de poderes de Montesquieu

Renato Cesar Guedes Grilo, 331.

Coisa julgada progressiva e o termo inicial do prazo da ação rescisória do julgamento antecipado parcial do mérito

Victória Olívia Berto das Novas, 350.

Imunidade tributária: imunidade tributária recíproca extensiva às empresas estatais à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal

Jaqueline Toledo de Almeida, 420.

Princípio da insignificância: análise da jurisprudência do STF em caso de habitualidade delitiva e crime patrimonial

Izabela Sedlmaier Souza, 428.

Audiência de custódia e argumentos contrários

Rosiclerk Ottilo Cavassani Neto, 443.

Gestão tributária municipal como desenlace à crise

Mirela Reis Caldas, 450.

CONDUÇÃO DE VEÍCULO EM VIA TERRESTRE, DE AERONAVE OU DE EMBARCAÇÃO EMBRIAGADO: LACUNA LEGISLATIVA CRIMINAL

SIDIO ROSA DE MESQUITA JÚNIOR:

Procurador Federal; Concluiu o Curso de Formação de Oficiais (APMG) e Graduiu-se em Direito (UniCEUB); Especialista em Direito Penal e Criminologia (UniCEUB); e em Metodologia do Ensino Superior (UniCEUB); Mestre (UFPE) e Doutor em Direito (UNZL); Professor, Procurador Federal e Advogado; Autor dos livros "Prescrição Penal", "Execução Criminal: Teoria e Prática" e "Comentários à Lei Antidrogas: Lei n. 11.343, de 23.8.2006" (Editora Atlas); e de vários artigos jurídicos.

Resumo: Pilotar aeronave de passageiros, após o consumo de bebida alcoólica, para ser crime, dependerá da comprovação da embriaguez e, dependendo da situação, no máximo constituirá contravenção criminal, afrontando o princípio da proporcionalidade. O mesmo acontecerá em relação à pilotagem de embarcação. Pior ainda, conduzir embarcação sob o efeito de psicotrópicos ilícitos, afastará a incidência dos rigores da Lei n. 11.343, de 23.8.2006. Corrigiremos nossa posição manifestada em livro e evidenciaremos a lacuna legislativa mantida sobre a matéria.

Palavras-Chaves: Pilotagem de veículo terrestre. Embarcação. Aeronave. Lacuna legislativa.

Abstract: Piloting passenger aircraft, after drinking alcohol, will depend on proof of drunkenness and, to be a crime, depending on the situation, will at most constitute a criminal offense, facing the principle of proportionality. The same will happen in relation to vessel piloting. Worse still, driving a vessel under the influence of illicit psychotropic drugs will remove the incidence of the rigors of Law no. 11,343, dated 8.23.2006. We will correct our position expressed in the book and highlight the legislative gap maintained on the matter.

Keywords: Land vehicle piloting. Vessel. Aircraft. Legislative gap.

Sumário: 1. Introdução. 2. Preceitos legislativos. 2. Preceitos legislativos sobre a matéria. 2.1 Código Penal. 2.2 Lei das Contravenções Penais. 2.3 Código Brasileiro de Trânsito. 2.4 Lei de combate a psicotrópicos: Lei n. 11.343/2006.3. Princípios da proporcionalidade e republicano de governo. 4. Conclusão. Referências.

1. Introdução

O presente estudo terá por objeto o art. 39 da Lei n. 11.343, de 23.8.2006, em face de preceitos normativos anteriores, em uma análise bibliográfica a fim elucidar a existência de lacuna legislativa jurídico-criminal que torna irracional o sistema normativo pátrio acerca da condução de veículos automotores em vias terrestres, de embarcações e de aeronaves.

Inicialmente transcreveremos os preceitos legais e faremos rápidos comentários e, de forma sucinta, concluiremos, com a única hipótese desenvolvida, a de que há lacuna legislativa sobre a matéria e que toda solução que buscarmos indicará a violação da necessária proporcionalidade.

Nosso método de estudo será o qualitativo, por meio de pesquisa bibliográfica, sem desprezar artigos e livros constantes da rede mundial de computadores, bem como precedentes de tribunais. Ao final, verificaremos se a nossa abordagem monográfica permitirá demonstrar a única hipótese eleita, que é a da existência de lacuna legislativa que torna desproporcional o tratamento dos delitos de condução de veículos em vias terrestres, de aeronaves e de embarcações.

2. Preceitos legislativos sobre a matéria

Discorreremos de dispositivos legislativos existentes desde a vigência do Código Penal vigente, procurando demonstrar a grande incoerência vigente sobre a matéria.

2.1 Código Penal

Estabeleceremos como termo inicial para o nosso exame, o Código Penal, Decreto-lei n. 2.848, de 7.12.1940, o qual, no Título VIII da Parte Especial (Dos crimes contra a incolumidade pública), traz no Capítulo II (Dos crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos):

Perigo de desastre ferroviário

Art. 260 - Impedir ou perturbar serviço de estrada de ferro:

I - destruindo, danificando ou desarranjando, total ou parcialmente, linha férrea, material rodante ou de tração, obra-de-arte ou instalação;

II - colocando obstáculo na linha;

III - transmitindo falso aviso acerca do movimento dos veículos ou interrompendo ou embaraçando o funcionamento de telégrafo, telefone ou radiotelegrafia;

IV - praticando outro ato de que possa resultar desastre:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

Desastre ferroviário

§ 1º - Se do fato resulta desastre:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos e multa.

§ 2º - No caso de culpa, ocorrendo desastre:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

§ 3º - Para os efeitos deste artigo, entende-se por estrada de ferro qualquer via de comunicação em que circulem veículos de tração mecânica, em trilhos ou por meio de cabo aéreo.

Atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo

Art. 261 - Expor a perigo embarcação ou aeronave, própria ou alheia, ou praticar qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação marítima, fluvial ou aérea:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos.

Sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo

§ 1º - Se do fato resulta naufrágio, submersão ou encalhe de embarcação ou a queda ou destruição de aeronave:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

Prática do crime com o fim de lucro

§ 2º - Aplica-se, também, a pena de multa, se o agente pratica o crime com intuito de obter vantagem econômica, para si ou para outrem.

Modalidade culposa

§ 3º - No caso de culpa, se ocorre o sinistro:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.[1]

Atentado contra a segurança de outro meio de transporte

Art. 262 - Expor a perigo outro meio de transporte público, impedir-lhe ou dificultar-lhe o funcionamento:

Pena - detenção, de um a dois anos.

§ 1º - Se do fato resulta desastre, a pena é de reclusão, de dois a cinco anos.

§ 2º - No caso de culpa, se ocorre desastre:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Forma qualificada

Art. 263 - Se de qualquer dos crimes previstos nos arts. 260 a 262, no caso de desastre ou sinistro, resulta lesão corporal ou morte, aplica-se o disposto no art. 258.

Os crimes são vagos, uma vez que tem como sujeitos passivos entes despidos de personalidade jurídica. São crimes de perigo em que eventuais danos provocarão a incidência dos rigores do art. 258 do Código Penal, que dispõe:

Formas qualificadas de crime de perigo comum

Art. 258 - Se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.

Crimes de perigo comum são crimes que atingem sujeitos indeterminados, estando previstos a partir do art. 250 do Código Penal. Caso o dolo de perigo seja a uma vítima ou diversas vítimas determinadas, haverá crime de perigo individual, arts. 130 e seguintes do Código Penal. Isso faz com que se conclua que se o perigo é comum, um único dolo de perigo coletivo, resultar em várias vítimas de dano

(preterdolo), a majorante só incidirá uma vez e haverá crime único. É uníssona a doutrina nesse sentido:

Assim, havendo lei penal (art. 258) expressa previsão da genérica qualificação dos crimes de *perigo comum* em decorrência de lesões pessoais ou de morte, não há como considerar separadamente tais resultados para admiti-los como figuras autônomas, ao lado do crime de perigo que as ensejou.[2][3]

Contudo, como o legislador brasileiro somente qualifica o crime de perigo coletivo doloso, quando houver morte ou lesão corporal grave, sobrevivendo lesão leve, será inevitável admitir o concurso de crimes: o de perigo comum e o do art. 129, § 6º do Código Penal.[4]

Embora a posição constante deste último parágrafo transcrito encontre apoio na lição de Nelson Hungria,[5] merece críticas porque, o dano negligente de natureza leve no crime doloso de perigo comum deverá ser considerado *post factum* impunível. Sequer poderá ser considerado exaurimento punível, uma vez que não desejado ou esperado. Ademais, a lesão corporal (CP, art. 129) é crime de dano individual, não podendo ser confundida com o crime de perigo comum. Não consigo entender como o crime de perigo comum se transforma em crime de dano individual.

Se do incêndio doloso resultarem 200 lesões leves, existirão 2 penas em concurso formal ideal (Código Penal, art. 70, caput, 1ª parte)?

A resposta deverá ser negativa. Não é porque o maior comentarista da Parte Especial do Código Penal, do Século XX, disse algo que essa afirmação não poderá ser contestada. A evolução é necessária, sendo que é oportuno ir além quanto ao que comentei.

Nelson Hungria cria um exemplo,[6] que é citado por André Estevam para explicar o incêndio majorado pelo resultado tentado, sendo oportuna a lição deste último:

Muito embora as infrações preterdolosas não admitam tentativa, há exceções, notadamente quando a conduta dolosa inicial não chegou a se consumar: pense-se na pessoa que, residindo no andar de cima de um sobrado, surpreenda alguém prestes a incendiar o andar térreo e, apavorado, pule a janela e

quebre as pernas, chamando a atenção de terceiros que, cientes, interrompem o processo executivo e extinguem as chamas, sem que estas tomassem corpo suficiente para caracterizar o incêndio. Houve tentativa do crime do art. 250, circunstanciado pela lesão grave (art. 258).[7]

Veja-se que o resultado preterdoloso houve. É diferente do exemplo criticado por Magalhães Noronha, no qual, havendo o resultado morte negligente, em violência doméstica contra a convivente, o agente provoca a morte da vítima por problemas cardíacos preexistentes. Mas, a 3ª Câmara do TJSP entendeu ser o caso de lesão corporal seguida de morte tentada. Com ele, afirmarmos, o art. 129, § 3º do Código Penal, não admite a forma tentada.[8]

Com esses rápidos comentários aos crimes de perigo comum, visando a esclarecer *en passant* o que tínhamos inicialmente, passo à inovação legislativa. Com certeza, não nos aproximamos do esgotamento da matéria, sem nos preocuparmos com isso porque o seu objeto é demonstrar a incoerência legislativa que se consolidou.

2.2 Lei das Contravenções Penais

Todos os crimes do Código Penal, relativos aos artigos transcritos eram de perigo concreto. Mas, falávamos de crimes. Mais ainda, ressalte-se que o Código Penal é regra geral, comportando, à época, uma lei para infrações criminais menores, as contravenções.

O Decreto-lei n. 3.688, de 3.10.1941 (Lei das Contravenções Penais) instituiu as contravenções penais, dispondo:

Art. 34. Dirigir veículos na via pública, ou embarcações em águas públicas, pondo em perigo a segurança alheia:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de trezentos mil réis a dois contos de réis.

Ainda se manteve um certo perigo concreto ao exigir “pondo em perigo a segurança alheia”. Afirma-se que não houve derrogação do art. 34, transcrito, pela Lei n. 9.503, de 23.9.1997, tendo havido apenas a redução do seu espectro abrangência porque algumas figuras típicas do referido dispositivo se transformaram em crimes.

Antes das Leis n. 9.503/1997, era o que tínhamos. Assim, pilotar aeronave embriagado, por si só, não poderia constituir qualquer crime do Código Penal. Mais ainda, a contravenção de dirigir veículo automotor em via terrestre ou pilotar embarcação exigia algo mais: um perigo indeterminado, mas concreto.[9] Quanto à condução de embarcação, também não seria necessário o perigo concreto, mas determinado.

2.3 Código Brasileiro de Trânsito[10]

Surgiu a Lei n. 9.503/1997 (segundo a sua ementa *Institui o Código de Trânsito Brasileiro*), já passou por diversas alterações, estando com a seguinte redação:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1o As condutas previstas no *caput* serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2o A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

§ 3o O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo

§ 4º Poderá ser empregado qualquer aparelho homologado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO - para se determinar o previsto no *caput*.

A condução de veículo automotor em trânsito terrestre, mediante perigo abstrato, decorrente da embriaguez por psicotrópico lícito ou ilícito, gera uma de prisão de 6 meses a 3 anos, sem prejuízo da suspensão do direito de dirigir veículo. O perigo concreto poderá induzir ao crime do art. 261 do Código Penal, com pena de 2 a 5 anos.

2.4 Lei de combate a psicotrópicos: Lei n. 11.343/2006

Observe-se quanta incoerência há ao se verificar a embriaguez por psicotrópico ilícito de condutor de avião ou de embarcação de passageiros, *in verbis*.

Art. 39. Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias-multa.

Parágrafo único. As penas de prisão e multa, aplicadas cumulativamente com as demais, serão de 4 (quatro) a 6 (seis) anos e de 400 (quatrocentos) a 600 (seiscentos) dias-multa, se o veículo referido no *caput* deste artigo for de transporte coletivo de passageiros.

Comentando o dispositivo transcrito, sustentei:

Depois do advento da Lei n. 9.503/1997 e antes da Lei n. 11.343/2006, havia uma situação de incoerência, haja vista que dirigir veículo automotor embriagado constituía crime, com pena de 6 meses a 3 anos, enquanto a condução de embarcação, nas mesmas condições, por maior que ela fosse, constituía contravenção, com prisão de 15 dias a 3 meses (DL n. 3.688, de 3.10.1941, art. 34). No tocante ao piloto de aeronave embriagado, sem risco concreto, a conduta era atípica.[11]

Tomando por base o art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006, até mesmo a embriaguez por droga lícita parece ser suficiente para caracterização do crime do seu art. 39. No entanto, embora eu tenha feito afirmação nesse sentido,[12] estou desenvolvendo o presente artigo para atualizar e corrigir a posição anterior.

Para caracterização do crime do art. 306 da Lei n. 9.503/1997 não interessa se a embriaguez é decorrente de droga lícita ou ilícita. No entanto, só poderá caracterizar crime da Lei n. 11.343/2006, a substância que estiver catalogada como *entorpecentes* ou *psicotrópicas* na Portaria SVS/MS n. 344, de 12.5.1998.[13]

Diversamente dos demais delitos, o bem juridicamente protegido não é a saúde pública, mas a incolumidade pública.[14] Em sentido contrário, afirma-se que o bem jurídico imediato é a saúde pública e mediato é a saúde individual das pessoas.[15] Todavia, preferimos a primeira posição porque o “art. 39 tipifica uma conduta que nada tem a ver com o tráfico de drogas e afins, mas com a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo e a incolumidade das pessoas”. [16]

Na ocasião da publicação do meu livro, eu buscava dar coerência ao sistema normativo pátrio. Mas, devo recuar porque sou garantista e como tal sou defensor da legalidade estrita.[17] Com efeito, não incumbe ao intérprete preencher lacunas da lei, criando rigores jurídico-criminais.

O fato é que persiste a lacuna legislativa ou, no mínimo, a falta de racionalidade do sistema normativo pátrio, eis que o art. 39 em comento não alcança plenamente o necessário porque não atinge o álcool.[18] Nesse sentido:

Mas como o referido art. 306 não é aplicável às embarcações e aeronaves, vez que o Código de Trânsito só incide sobre o trânsito nas vias terrestres (art. 1º[19]), o legislador aproveitou a oportunidade para suprimir a omissão.

Mas assim procedeu sem muito êxito, visto que a expressão drogas só pode ser entendida como droga ilícita, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei: “Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. [20]

Andrey de Mendonça e Paulo Roberto de Carvalho, supondo que a Lei n. 11.343/2006 veio a superar a incoerência anterior, até porque a pena é a mesma do art. 306 do CTB, afirmam:

Veja, portanto, que entre 1997 a 2006 havia uma incongruência legislativa, pois, neste íterim, quem dirigisse *veículo automotor* sob a influência de substância entorpecente, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem,

responderia pelo delito previsto no art. 306 do CTB (pena de seis meses a três anos de detenção), enquanto quem dirigisse embarcação ou aeronave nas mesmas condições (sob influência de substância entorpecente, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem), responderia por mera contravenção, apenada com no máximo três meses de prisão simples.[21]

Conforme demonstramos, a incoerência e a lacuna legislativa se mantêm, uma vez que a condução de veículo sob o efeito de álcool será crime, enquanto que a condução de embarcação sob o efeito será contravenção e de aeronave será atípica.

Pilotar aeronave sob o efeito de álcool, por si só, não poderá caracterizar contravenção porque o art. 34 da LCP não a alcança e o art. 35 trata de conduta diversa, *in verbis*:

Art. 35. Entregar-se na prática da aviação, a acrobacias ou a voos baixos, fora da zona em que a lei o permite, ou fazer descer a aeronave fora dos lugares destinados a esse fim:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis.

O exposto evidencia que a nossa preocupação em corrigir o erro da minha posição doutrinária de então, tem relevância e se apresenta necessária e oportuna.

3. Princípios republicado de governo e da proporcionalidade

Na Argentina, o chamado *princípio republicano de governo* tem grande prestígio doutrinário, pois pode ser inferido do art. 1º da Constituição da Nação Argentina (CNA) e impõe moderação, proporcionalidade nas medidas coercitivas a serem adotadas pelo Estado e que possam atingir a população. Sobre esse princípio, em minha tese de doutoramento, sustentei:

Na linha de linguagem utilizada nesta tese, é mais um critério norteador do Direito, assim como o chamado princípio da proporcionalidade. Tais critérios foram reunidos em um único item por haver semelhanças entre eles, a partir da pequena referência a eles na literatura especializada em processo penal.[22]

Zaffaroni trata o princípio republicano de governo como parâmetro para limitar o poder punitivo do Estado.[23] Não pode ser racional o descompasso existente, visto que a condução de veículo automotor sob o efeito de psicotrópico lícito terá a mesma pena do crime de pilotar aeronave ou embarcação, estando embriagado por droga ilícita.

No que se refere à matéria jurídico-penal, o *princípio republicano de governo* é mencionado, normalmente, em conexão com o direito material, e assim se afirma:

Da mesma forma, os princípios da proporcionalidade, *ultima ratio*, proibição do excesso e da racionalidade, derivados necessários do princípio republicano que emerge do art. 1º da Carta Magna, juntamente com o princípio da lesividade, dão origem ao princípio da insignificância como instrumento jurídico para sua efetiva proteção.[24]

O princípio republicano de governo é inferido do art. 1º do CNA, que dispõe: "A Nação Argentina adota para seu governo a forma representativa, republicana, federal, nos termos desta Constituição". Além disso, o mesmo princípio pode ser extraído do CFB, uma vez que afirma:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;-

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Diz-se que o princípio republicano de governo é um conceito de muitos significados, derivado da ideia de que todas as pessoas da cidade são iguais, que os agentes políticos e todos os demais agentes públicos têm responsabilidades e que a

ação do Estado será racional (proporcional). Não se olvide que Zaffaroni et al. vinculam o princípio da proporcionalidade ao princípio republicano.[25]

Por outro lado, o denominado *princípio da proporcionalidade*, em nossa opinião, tem outras denominações, tendo-as exposto anteriormente:

Essa regra é a que tem mais nomes, sendo chamada por alguns autores de *princípio da proporcionalidade*, por outros de *princípio da razoabilidade*. Ainda há quem diga que é o *princípio da racionalidade* e, por fim, quem o chame de *princípio da proibição do excesso*. Por Zaffaroni é denominado de *princípio da racionalidade*, o que, segundo o autor, requer certo vínculo equitativo entre o crime e sua consequência jurídica.^[26] De fato, mesmo para os adeptos de teorias absolutas, para quem a pena é concebida apenas em seu aspecto retributivo, a expressão máxima da justiça reside na lei da retaliação, ou seja, "olho por olho, dente por dente".

Há quem prefira falar do princípio da proporcionalidade, que não deve ser considerado apenas no momento da liminar ou da aplicação da sentença, se estende até o momento de sua execução.^[27] Outros preferem falar do princípio da razoabilidade, mas há quem queira distinguir a razoabilidade da racionalidade. Belmiro Pedro Welter, partindo de premissas erradas, cita Lênio Luiz Streck em um artigo com uma frase que leva a crer que têm significados diversos.[28] O fato é que os juristas, como base de seus discursos que pretendem violar as leis, inventam princípios e a partir desses princípios ditam más decisões ou constroem teses absurdas, mas lhes dão aparência de adaptação ao que se propõe.[29]

Digo que a proporcionalidade constitui uma proibição de excesso, até porque Canotilho informa que esse é o princípio da proporcionalidade em sentido amplo. E, citando Alexy, Fábio Henrique F. Garcia afirma:

A aplicação da proporcionalidade, segundo Alexy (2008, nota 84), compreende uma estrutura racional bem definida, por meio da observância de três regras que devem estruturar a fala do operador. São eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.[30]

Novamente se retorna à ideia da existência de um conceito de plurissignificação, o que mostra a proximidade da proporcionalidade com o *princípio republicano*, aquele dele resultante.

Sobre o *princípio da proporcionalidade*, Paulo Bonavides ensina:

Mas é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, capaz de proteger o cidadão e toda a sociedade da vontade do poder, que é necessário reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivo no nosso direito constitucional.

Assim, como já demonstramos, princípio geral de direito, o princípio da proporcionalidade não sofre prejuízo sem prejuízo irreparável à natureza e integridade do sistema constitucional.

A lesão ao princípio é sem dúvida a mais grave das inconstitucionalidades, porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia das liberdades cujo exercício só é possível fora do âmbito da discricção e dos poderes absolutos.

Quem atropela um princípio constitucional, de grau hierárquico superior, viola o fundamento de todo o ordenamento jurídico. A construção desta, com base na vontade constituinte legítima, consagra o uso consensual de uma competência soberana de primeiro grau.[31]

Em relação ao processo penal, a lição de Alexy é importante para esclarecer que o processo penal só se justificará se for movido por um procedimento adequado e se for comprovada a necessidade de ação, com eficácia dos atos processuais proporcionais ao crime a ser verificado no processo.

Falcone Garcia mantém:

Razoabilidade é um termo com múltiplos sentidos, dentro dos quais Ávila (2004, p. 103) destaca três, mais diretamente relacionados ao discurso da hermenêutica jurídica:

Em primeiro lugar, a razoabilidade é usada como uma diretriz que requer a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, ou mostrando de que perspectiva a norma

deve ser aplicada, ou indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, parte para se encaixar na regra geral. Segundo, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige um vínculo das normas jurídicas com o mundo a que se referem, seja por reivindicar a existência de um suporte empírico e adequado para qualquer ato jurídico, seja por exigir uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende alcançar. Terceiro, a razoabilidade é usada como uma diretriz que requer a relação de equivalência entre duas grandezas.

Ávila tenta, por meio dessas digressões, estabelecer a diferença fundamental entre razoabilidade e proporcionalidade, observando que esta se refere a uma relação meio-fim, caracterizada por uma perspectiva de causalidade (tal meio seria adequado e necessário para atingir esse fim? Em outras palavras, tal fim seria consequência da adoção de tal meio?) Enquanto na razoabilidade a relação a ser analisada é de critério-medida: “uma qualidade não conduz à medida, mas é um critério intrínseco a ela (Ávila, 2004, p. 111)”. [32]

Por mais que você queira apresentar distinções, vejo *proporcionalidade* e *razoabilidade* no mesmo plano da *racionalidade*, usando todas elas como critérios diretivos contundentes do Direito.

Se dissermos, em relação ao *princípio da racionalidade*, que ele exigirá que o Direito seja fruto de uma elaboração racional, isto é, de natureza científica, sendo suas expressões normativas dotadas de uma estrutura racional, como lei, ordenamento e decisão, poderemos encontrar a distinção entre *racionalidade* e *razoabilidade*. No entanto, essa não é a nossa posição, cabendo afirmar:

Existe um princípio geral de racionalidade que deriva da Constituição ou do princípio republicano, que exige certo vínculo institucional entre o crime e sua consequência jurídica, mas esse princípio também está intimamente ligado ao princípio da humanidade... [33]

O exposto leva a entender o princípio republicano de governo como o princípio norteador de outros, sendo que diante da impossibilidade de “demonstrar a racionalidade da pena, os órgãos judiciais devem, pelo menos, demonstrar que o

custo em direitos de suspensão do conflito se mantém uma proporcionalidade mínima com o grau da lesão que causou”. É em função de tudo isso que entendo fundamental ter em vista que os Juízes deixarem de aplicar, às vezes, leis violadoras da proporcionalidade será respeitar direitos fundamentais.

3. CONCLUSÃO

Desde o início, definimos o objeto central do presente estudo, a saber: art. 39 da Lei n. 11.343/2006, bem como o método bibliográfico, em uma pesquisa qualitativa, a fim elucidar a irracionalidade do sistema normativo pátrio acerca da condução de veículos em vias terrestres, de embarcações e de aeronaves.

Discorremos de dispositivos legislativos existentes, passando pelos crimes de perigo comum do código penal. A análise foi sucinta, haja vista que o ponto central era apenas evidenciar, dentro do sistema normativo, todas as possibilidades de tratamos como crimes ou contravenções, a condução de veículos, embarcações e aeronaves.

Tratamos do resultado no crime de perigo comum, abordando o art. 258 do Código Penal, enfrentando, inclusive, da tentativa do crime de perigo comum majorado pelo resultado lesão grave ou morte.

Do Código Penal passamos à Lei das Contravenções Penais, discorrendo rapidamente sobre o seu art. 34, que pode alcançar o motorista em via pública e o piloto de embarcação que causar perigo determinado de dano por estar embriagado.

Então, passamos à Lei n. 9.503/1997, transcrevendo o seu art. 306 e fazendo brevíssimos comentários para evidenciar a desproporção do sistema normativo, antes do advento da Lei n. 11.343/2006. Daí termos passado diretamente ao estudo desta última lei, transcrevendo o seu art. 39.

Apresentamos o nosso equívoco doutrinário ao sugerir que a embriaguez por psicotrópico lícito seria suficiente para caracterizar o crime do art. 39 da Lei 11.343/2006. Tínhamos boa intenção ao fazer a proposta. Mas, estávamos certos de que a nossa posição não poderia prosperar. Pois, para caracterização do crime de qualquer dos crimes da Lei n. 11.343/2006, a embriaguez deverá estar catalogada como *entorpecentes* ou *psicotrópicas* na Portaria SVS/MS n. 344/1998.

Afirmamos que o bem juridicamente protegido é a incolumidade pública. Também, que não incumbe ao intérprete preencher lacunas da lei, criando rigores jurídico-criminais. Daí persistir a lacuna legislativa violadora da necessária racionalidade do sistema normativo pátrio.

Demonstramos que a incoerência e a lacuna legislativa se mantém, uma vez que a condução de veículo sob o efeito de álcool será crime, enquanto que a condução de embarcação sob o mesmo efeito será contravenção e de aeronave será atípica.

Discorreremos sobre os princípios *republicano de governo* e da proporcionalidade. Dissemos o significado de cada um deles, inclusive fazendo a relação entre eles, a fim de demonstrar ser grave a violação ao princípio da formalidade, bem como a importância do princípio republicado para o Direito Criminal em um Estado Democrático.

Temos uma situação de inconstitucionalidade, em face da violação do princípio da proporcionalidade, sendo essencial a iniciativa legislativa para corrigir a situação. Todavia, não se entenda que estamos propondo novas leis criminais mais severas, apenas desejamos tratamentos mais racionais às hipóteses de condução de veículos em vias terrestres, de embarcações e aeronaves.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito; QUEIROZ, Paulo. *Comentários críticos à lei de drogas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. TRF1. 3ª Turma. Relator Mário César Ribeiro, em 26.5.2015. Disponível em: <http://arquivo.trf1.jus.br/AGText/2011/0000300/00003846720114013603_3.doc>. Acesso em: 27.6.2020, às 18h56.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Nova lei de drogas comentada: Lei n. 11.343, de 23.8.2006: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DOTTI, René Ariel. *A reforma penal e penitenciária*. São Paulo: Ghignone, [1980?].

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

ESTEVAM, André. *Direito penal: parte especial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Leis penais especiais e sua interpretação*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 2.

GARCIA,, Fábio Henrique Falcone. Razoabilidade e proporcionalidade: instrumentos de racionalidade discursiva. Disponível em: <<http://www.epm.tjsp.jus.br/Internas/ArtigosView.aspx?ID=16148>>. Acesso em: 1.6.2013, às 8h.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Nova lei de drogas comentada*: Lei n. 11.343, de 23.8.2006: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMEZ, Giselle. El principio de bagatela en los delitos patrimoniales. Disponível em: <<http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/10/11gomez.pdf>>. Acesso em: 2.6.2013, às 13h21.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de drogas anotada*: Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. *Manual de direito penal*: parte especial. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 3.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. IX.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas*: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2007.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. Análise do funcionalismo e do garantismo na proteção de direitos fundamentais no processo criminal. Lomas de Zamora: UNLZ, 2015. Orientador Ricardo Kohler.

_____. *Comentários à lei antidrogas*: Lei n. 11.343, de 23.8.2006. São Paulo: Atlas, 2007. p. 97.

_____. *Execução criminal*: teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 15.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*: Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. v. 2.

SILVA, César Dario Mariano da. *Lei de drogas comentada*. São Paulo: Atlas, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WELTER, Belmiro Pedro. Execução penal: harmonização entre os princípios da segurança, da paz e da ordem social e da ressocialização. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/institu/c_estudos/doutrina/execucao_penal.doc>. Acesso em: 5.10.2007, às 10h50.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NOTAS:

[1] Há um triste caso, concretizado em 29.9.2006, em que um Boeing 737, partiu de Manaus-AM para o Rio de Janeiro-RJ, com Escala em Brasília-DF, com 148 passageiros e 6 tripulantes, colidindo com um Embraer Legacy 600. Todos ocupantes do Boeing morreram e todos do Legacy 600 sobreviveram. Pilotos e Controladores de Voo foram condenados pelo crime do art. 261, § 3º, combinado com os arts. 263 e 258, todos do Código Penal. A condenação dos pilotos pode ser assim referenciada: BRASIL. TRF1. 3ª Turma. Relator Mário César Ribeiro, em 26.5.2015. Disponível em: <http://arquivo.trf1.jus.br/AGText/2011/0000300/00003846720114013603_3.doc>. Acesso em: 27.6.2020, às 18h56.

[2] Essa posição é transcrita por: CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 676.

[3] Há precedente no sentido ocorrer de concurso formal: Conf. MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. *Manual de direito penal: parte especial*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 3, p. 61

[4] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4, p. 196.

[5] HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. IX, p. 32.

[6] *Ibidem*. p. 33.

[7] ESTEVAM, André. *Direito penal: parte especial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 211.

- [8] NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. v. 2, p. 73-75.
- [9] FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Leis penais especiais e sua interpretação*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 2, p. 229.
- [10] A Lei n. 9.503, de 23.9.1997, se autointitula “Código de Trânsito Brasileiro”. No entanto, sabemos que o código é brasileiro. Já, o trânsito em veículos automotores em visas terrestres é cosmopolita.
- [11] MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Comentários à lei antidrogas*. Lei n. 11.343, de 23.8.2006. São Paulo: Atlas, 2007. p. 97.
- [12] Ibidem.
- [13] Disponível em:
<https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html>. Acesso em: 10.8.2020, às 14h06.
- [14] SILVA, César Dario Mariano da. *Lei de drogas comentada*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 96.
- [15] CUNHA, Rogério Sanches. Arts. 31 a 40. In GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Nova lei de drogas comentada*. Lei n. 11.343, de 23.8.2006: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 180.
- [16] BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito; QUEIROZ, Paulo. *Comentários críticos à lei de drogas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 133.
- [17] Sobre o garantismo e a legalidade estrita, leia-se: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- [18] GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de drogas anotada*. Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 130.
- [19] Lei n. 9.503/1997: “Art. 1º O trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este Código.”.
- [20] BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito; QUEIROZ, Paulo. *Comentários... Op. cit.* p. 133.

[21] MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas*. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2007. p. 127.

[22] MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. Análise do funcionalismo e do garantismo na proteção de direitos fundamentais no processo criminal. Lomas de Zamora: UNLZ, 2015. Orientador Ricardo Kohler. p. 119.

[23] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1, p. 193-249: Tratando dos “Limites derivados da função política” (Cap. IV), os autores enfrentam o princípio da legalidade e, após discutir os “Princípios limitadores que excluem violações ou disfuncionalidades grosseiras com os direitos humanos” – princípios da lesividade, da proporcionalidade mínima, da intranscendência (transcendência mínima), da humanidade, da proibição da dupla punição e da boa-fé *pro homine* – eles afirmam que todos eles remetem, em última instância, ao **princípio republicano**. Então, o estudo prossegue com os “Princípios limitadores da criminalização que emergem diretamente do Estado de direito”, a saber: da superioridade ética do Estado, do saneamento genealógico e da culpabilidade (de exclusão da imputação pela mera causação do resultado e de exigibilidade).

[24] GOMEZ, Giselle. El principio de bagatela en los delitos patrimoniales. Disponível em:
<<http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/10/11gomez.pdf>>.
Acesso em: 2.6.2013, às 13h21.

[25] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1, p. 239.

[26] ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 178.

[27] DOTTI, René Ariel. *A reforma penal e penitenciária*. São Paulo: Ghignone, [1980?]. p. 55.

[28] WELTER, Belmiro Pedro. Execução penal: harmonização entre os princípios da segurança, da paz e da ordem social e da ressocialização. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/institu/c_estudos/doutrina/execucao_penal.doc>.
Acesso em: 5.10.2007, às 10h50.

[29] MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Execução criminal: teoria e prática*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 15.

[30] GARCIA,, Fábio Henrique Falcone. Razoabilidade e proporcionalidade: instrumentos de racionalidade discursiva. Disponível em: <<http://www.epm.tjsp.jus.br/Internas/ArtigosView.aspx?ID=16148>>. Acesso em: 1.6.2013, às 8h. Ressalte-se que o livro de Alexy citado, em nova edição, é o seguinte: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

[31] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 396.

[32] GARCIA,, Fábio Henrique Falcone. Razoabilidade e proporcionalidade: instrumentos de racionalidade discursiva. Disponível em: <[http://www.epm.tjsp.jus.br/Internas/ArtigosView.aspx? ID=16148](http://www.epm.tjsp.jus.br/Internas/ArtigosView.aspx?ID=16148)>. Acesso em: 1.6.2013, às 8h. O autor cita: ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

[33] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 178.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: NOVO INSTITUTO DE JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL

ADRIANO REIS ALVES: Bacharelado do curso de Direito / Profissão: Escrevente Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

ADEMIR GASQUES SANCHES
(Orientador Temático) [i]
JANAINA GUIMARÃES MANSILIA
(Orientador Metodológico)[ii]

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo analisar, através de pesquisa bibliográfica, o acordo de não persecução penal, previsto inicialmente na Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público e recentemente incluído formalmente no ordenamento jurídico através do Pacote Anticrime (Lei 13.964/19). Ressalta-se a importância do acordo como relevante instrumento de política criminal, haja vista ser novo método de resolução consensual de lides, sem prejuízo de outras medidas despenalizadoras já existentes, as quais se fará distinção. Diante do acúmulo de processos e da falta de credibilidade do sistema penal, o Estado se vê forçado a buscar métodos alternativos de justiça negociada, mais céleres e efetivos. Por outro lado, é atribuído ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública, com base nos princípios da obrigatoriedade da ação penal e da indisponibilidade. Nesse interim, analisando as peculiaridades do instituto em questão, reflete-se acerca da evidente mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal proporcionada pelo acordo à luz do não exercício da ação penal pelo *parquet*. Ainda, será discutida a questão acerca da imparcialidade objetiva do magistrado, quando da realização do controle jurisdicional para homologação e arquivamento do acordo. Finalmente, será feita análise sob o prisma do direito comparado.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal; Justiça criminal consensual; Medidas despenalizadoras; Princípio da obrigatoriedade da ação penal; Justiça negociada.

ABSTRACT: This work aims to analyze, through bibliographic research, the non-criminal prosecution agreement, initially foreseen in Resolution nº 181/2017 of the National Council of the Public Ministry and recently formally included in the legal system through the Anticrime Package (Law 13.964 / 19). It emphasizes the importance of the agreement as a relevant criminal policy instrument, given that it is a new method of consensual resolution of disputes, without prejudice to other

existing penalizing measures, which will be distinguished. In view of the accumulation of lawsuits and the lack of credibility in the penal system, the State is forced to seek alternative methods of negotiated justice, which are faster and more effective. On the other hand, the Public Prosecution Service is granted exclusive ownership of public criminal action, based on the principles of mandatory criminal action and unavailability. In the meantime, analyzing the peculiarities of the institute in question, we reflect on the evident mitigation of the principle of mandatory criminal action provided by the agreement in light of the non-exercise of criminal action by the parquet. Also, the question about the magistrate's objective impartiality will be discussed, when the judicial control is carried out to ratify and close the agreement. Finally, an analysis will be made from the perspective of comparative law.

Keywords: Non-criminal prosecution agreement; Consensual criminal justice; Decriminalizing measures; Principle of mandatory criminal action; Negotiated justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Sistema acusatório de justiça criminal: 2.1 Ministério Público. 3 Justiça criminal consensual brasileira: 3.1 Lei 9.099/95; 3.2 Resolução 181/2017 CNMP. 4. Lei 13.964/2019: Pacote anticrime e o acordo de não persecução penal: 4.1 1 Da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal; 4.2 Imparcialidade objetiva do magistrado. 5. Direito comparado: justiça consensual nos Estados Unidos. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como delimitação temática o acordo de não-persecução penal, dentro da perspectiva do Direito Penal Negocial. Considerando o contexto atual de insatisfação com a precariedade e morosidade jurisdicional, o Estado busca desafogar o Judiciário com medidas alternativas, inclusive com respaldo na experiência da justiça penal negociada feita nos Estados Unidos, a fim de sanar tais questões e diminuir a sensação de impunidade gerada na sociedade.

O objetivo geral do trabalho é expor o modelo de justiça não punitivista, sua introdução no ordenamento jurídico e os instrumentos pelos quais tal modelo se concretiza. Isto posto, o objetivo específico é versar sobre o mais recente destes instrumentos, o acordo de não persecução penal, refletindo acerca de suas peculiaridades, inclusive à vista do direito comparado.

A pesquisa deste instituto justifica-se por ser importante instrumento redutor do poder punitivo, com a finalidade de redução do acúmulo de processos, surgindo a reflexão acerca do seu papel de afastamento da pena privativa de liberdade dentro do sistema acusatório.

A metodologia é baseada em pesquisa bibliográfica de livros doutrinários, artigos, revistas especializadas, monografias, bem como na análise dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais relativos à temática em discussão. Além disso, terá como suporte as decisões consolidadas dos tribunais superiores pátrios, e análise do direito comparado.

O primeiro capítulo dedica-se à análise do sistema de justiça criminal adotado pelo ordenamento pátrio, o modelo acusatório, e sua constitucionalidade dentro do sistema penal brasileiro. Além disso, faz-se necessário delinear a função constitucional atribuída ao Ministério Público, assim como de extrema importância a apreciação dos princípios que regem a função do *parquet*.

O segundo capítulo versa sobre o exame dos mecanismos de justiça criminal consensual existentes, em especial os introduzidos pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/95), apontando-se a grande inovação das medidas despenalizadoras.

O terceiro capítulo aborda o objeto da pesquisa em si, qual seja, o acordo de não persecução penal, pormenorizando o instituto, detalhando a natureza jurídica, requisitos, aspectos formais e procedimentais, entre outros aspectos relevantes.

Por conseguinte, partindo da premissa que o Ministério Público é “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, CF/88), levanta-se o debate sobre a mitigação do princípio da obrigatoriedade com a realização do acordo de não persecução penal. Em seguida, a pesquisa recai sobre a compatibilidade do referido acordo com a questão da imparcialidade objetiva do magistrado no momento de homologação e arquivamento.

Por fim, no último capítulo, será feito exame da justiça criminal consensual no direito comparado, dando enfoque ao instituto *plea bargain* dos Estados Unidos.

2. SISTEMA ACUSATÓRIO DE JUSTIÇA CRIMINAL

Próprio dos regimes democráticos, o sistema acusatório caracteriza-se pela distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, que deverão ficar a cargo de pessoas distintas. Denomina-se acusatório porque, à luz desse sistema, ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias. O processo caracteriza-se, assim, como legítimo *actum trium personarum*. A prevalência de um sistema acusatório necessita da imparcialidade absoluta do magistrado, da

capacitação técnico-normativa, da independência, vinculação à lei, juiz natural, entre outros (FERRAJOLI, 2000).

Acerca das singularidades do sistema acusatório, pode-se afirmar que:

A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória (LOPES JR, 2016, p. 29).

Há garantia de isonomia processual, no sentido de que a acusação e defesa devem estar em posição de equilíbrio no processo, sendo-lhes asseguradas idênticas oportunidades de intervenção e igual possibilidade de acesso aos meios pelos quais poderão demonstrar a veracidade de suas alegações. Nesse sistema, são assegurados o contraditório e ampla defesa. A tramitação da ação penal ocorrerá em estrita observância do modelo legal consagrado em lei. Como regra, serão públicos os atos processuais, exceto nas hipóteses expressamente ressalvadas.

Historicamente, o processo acusatório tem como suas características a oralidade e a publicidade, nele se aplicando o princípio da presunção da inocência. O sistema acusatório vigorou durante quase toda a antiguidade grega e romana, bem como na idade média, nos domínios do direito germano. A partir do século XIII entra em declínio, passando a ter prevalência o sistema inquisitivo. Atualmente, o processo penal inglês é aquele que mais se aproxima de um sistema acusatório puro.

Insta salientar que o sistema acusatório implantado pela Constituição Cidadã, somente agora foi plenamente contemplado com a entrada em vigor do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), por vários fatores, a exemplo do artigo 3-A, CPP: "O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação". Ademais, fortalece a separação de funções de investigar, acusar e julgar das partes processuais e valoriza a atuação da vítima, tal como a instituição do acordo de não persecução penal, como será detalhado posteriormente neste trabalho.

Nesse modelo processual, de forte matriz democrática, o magistrado é encarado como um terceiro imparcial, sem qualquer poder probatório que possibilite qualquer mácula a essa característica, tendo como principal função garantir os direitos e garantias assegurados pela Constituição.

Da mesma forma que a função de dirimir os conflitos sociais foi trazida para o Estado, que se desincumbe desse mister por exercício da jurisdição, a necessidade de se impedir a vingança privada também fez com que a formulação da acusação ficasse a cargo do poder público, porém, nas mãos de órgão diverso do Poder Judiciário, o Ministério Público.

2.1 Ministério Público

Surge então a figura do *parquet*, cuja origem, segundo a atual configuração, remonta ao século XVIII, na França, como órgão do Estado sobre o qual recai a atribuição de promover a persecução penal, exercendo papel fundamental no modelo acusatório.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como função institucional do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública (art. 129, I, CF), excluindo qualquer outra autoridade pública. A real dimensão dessa titularidade é que, a partir de então, somente o Ministério Público é legitimado para examinar e analisar os pressupostos fáticos e jurídicos para promover, ou não promover, a ação penal pública.

O órgão de acusação atua como órgão fiscal da lei. Não se trata simplesmente de um órgão acusatório, mas, sim, de uma instituição destinada ao bom cumprimento dos preceitos normativos constitucionais, o que muitas vezes revela a necessidade de evitar acusações temerárias. Sendo assim, Thums (2006, p. 254) “não pode o Ministério Público ser transformado em acusador sistemático, desconhecendo todo complexo de direitos e garantias que formam o modelo garantista nos Estados Democráticos de Direito”.

A propositura da ação penal, diante de um fato típico, ilícito e culpável, não se trata de uma mera faculdade, mas um verdadeiro poder-dever estatal, cujo exercício é atribuído ao Ministério Público para restauração da ordem jurídica violada. Tal preceito é consubstanciado em um dos princípios que regem a propositura da ação penal pública pelo *parquet*, qual seja, o princípio da obrigatoriedade da ação penal:

Significa não ter o órgão acusatório, nem tampouco o encarregado da investigação, a faculdade de investigar e buscar a punição do autor da infração penal, mas o dever de fazê-lo. Assim, ocorrida a infração penal, ensejadora de ação penal pública incondicionada, deve a autoridade policial investigá-la e, em seguida, havendo elementos, é obrigatório que o promotor apresente denúncia. (NUCCI, 2015, p. 47)

Destarte, tal princípio manifesta-se no sentido de que o órgão ministerial, caso presentes os pressupostos da ação, tem o dever de oferecer a denúncia. O órgão do Ministério Público, na ação penal pública, está submetido ao princípio da obrigatoriedade (ou legalidade ou necessidade) da ação penal, não ficando ao seu arbítrio ou discricionariedade mover ou não a ação penal (MIRABETE, 2012). Observa-se que o referido princípio está diretamente relacionado ao princípio da legalidade, considerando o impacto vinculante que impõe em relação à atuação do Ministério Público.

O princípio da indisponibilidade atua como um desdobramento do princípio da obrigatoriedade, tendo em vista que seria incoerente obrigar que o órgão ministerial iniciasse o processo e sem justificativa o abandonasse. Sendo assim, além do órgão ministerial ser obrigado a oferecer a denúncia – caso estejam presentes pressupostos da ação - é obrigado, além disso, a continuar atuando no processo:

Basta a simples *notitia criminis* para que a autoridade policial mande instaurar o investigatório. Chegando o inquérito ao Ministério Público, este oferecerá a denúncia, pedirá o arquivamento ou requisitará diligências. Em relação a esse tipo de ação penal, vige o princípio da obrigatoriedade e o da indisponibilidade (AQUINO e NALINI, 2009, p. 128)

Outrossim, o princípio da obrigatoriedade pode ser observado na fase pré-processual, ou seja, antes de iniciada a ação em si, já o princípio da indisponibilidade é vislumbrado na fase processual, uma vez que, após iniciada a ação o Ministério Público, não poderá dispor ou desistir do processo.

3. JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL BRASILEIRA

A aplicação hipertrofiada das penas privativas de liberdade resulta em sua banalização e em consequência acabaram se tornando incapazes de cumprir a finalidade para qual foram feitas.

Dentro do sistema processual tradicional não havia espaço para conciliação, tendo em vista o predomínio da cultura do litígio. Anteriormente à Constituição Cidadã, foram instituídos através da Lei 7.244/84 os Juizados Especiais de Pequenas Causas, com o escopo de agilizar e simplificar a prestação jurisdicional. A despeito de ser uma proposta de inovação e de desburocratização de demandas judiciais, a referida lei somente versava sobre questões cíveis, deixando de lado solução consensual de lides na esfera criminal.

Com o propósito de sanar omissões e prestigiar alternativas de conflitos cíveis e penais, a Constituição Federal, promulgada em 1988, prevê em seu artigo 98, I, a criação de juizados especiais com a finalidade de julgamento de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo.

Neste contexto, surge a Lei nº 9.099/95, que revogou a Lei 7.244/84, enfatizando a justiça consensual e conferindo ao sistema maior efetividade.

3.1 Lei 9.099/95

A Lei 9.099 afastou o modelo processual antigo que buscava uma sentença a todo custo, apresentando uma mudança de postura das partes envolvidas na lide, ou seja, da solução através da conciliação. A vítima passa a ter um papel ativo e dinâmico, objetivando sua justa satisfação e melhorando as suas atitudes em relação ao infrator e ao sistema legal (GOMES, 1999). Trata-se, em verdade, de revigorar a figura da vítima, diversas vezes deixada em segundo plano na esfera criminal.

Sendo assim, o intuito é o consenso para resgatar a ordem jurídica e a pacificação social, sem necessidade de instauração de processo, ou, quando inevitável, ao menos impedir a aplicação de pena mediante sentença condenatória.

O artigo 2º da Lei 9.099/95 dispõe que, visando a conciliação ou transação, o processo será orientado pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Em cumprimento aos princípios do contraditório e ampla defesa, as garantias enumeradas neste diploma legal favorecem a viabilização do amplo acesso à justiça e efetiva conciliação entre as partes.

A celeridade em questão não diz respeito à pressa inconsequente de uma justiça imediatista e falha, mas na rapidez necessária e eficiente, dentro dos prazos razoáveis.

Relativamente à competência dos Juizados Especiais Criminais, o artigo 60 estabelece que, compostos por juízes togados ou togados e leigos, são competentes para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações de menor potencial ofensivo, que compreendem as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa, consideradas as disposições sobre conexão e continência.

Ressalta-se que a Lei 9.099/95 instituiu medidas despenalizadoras, conceituadas como “medidas penais ou processuais alternativas que empenham-se em obstar a pena de prisão” (Grinover, 2005, p. 46), marcando um novo paradigma

no sistema consensual criminal. São elas: composição civil, transação penal, exigência de representação nos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas e suspensão condicional do processo.

Durante a fase preliminar, o artigo 72 prevê a realização de audiência preliminar para tentativa de conciliação, com a presença do *parquet*, o autor do fato e a vítima, e, se possível, o responsável civil, assistidos por seus procuradores. Nesse cenário, é possível que haja a composição dos danos, correspondendo ao acordo firmado entre autor e vítima, podendo tal compromisso indenizatório abarcar danos materiais e até mesmo morais.

Nos casos de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo ocasiona a renúncia ao direito de queixa ou representação. Em verdade, tal renúncia representa causa extintiva da punibilidade.

A composição civil será reduzida a termo e homologada pelo magistrado, por meio de sentença irrecorrível, tendo força de título executivo, passível de execução no juízo cível competente, segundo artigo 74, Lei 9.099/95.

Entende-se por transação penal o acordo oferecido pelo *parquet* em audiência preliminar. Havendo representação ou sendo hipótese de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, constitui-se na aplicabilidade imediata de pena restritiva de direitos ou multa, detalhado na proposta. Nesse contexto, dispensa-se a instauração da ação penal, desde que preenchidos os requisitos legais, visando simplificar a justiça penal por meio de medida despenalizadora participativa e resolutive.

A transação penal não é admitida, de acordo com o artigo 76, §2º:

- I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;
- II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;
- III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Aceita a proposta pelo autor do delito e seu defensor, o magistrado a apreciará. O acordo firmado não implica reincidência, sendo registrado tão somente para impossibilitar nova transação penal no prazo de cinco anos.

No que concerne à exigência de representação da vítima nos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas, está prevista no artigo 88 da referida Lei. Sendo assim, tais infrações serão processadas mediante ação penal pública condicionada à representação, incumbindo à vítima o início da persecução penal, viabilizando que ocorra, por conseguinte, renúncia ou decadência do direito de queixa.

Em se tratando da suspensão condicional do processo, também denominado *sursis processual*, é instituto de política criminal favorável ao acusado. Possibilita a suspensão do curso processual após o recebimento da denúncia, contanto que o delito atribuído ao acusado não tenha pena mínima superior a um ano, por intermédio de cumprimento de certas condições legais, com a finalidade de obtenção da extinção da punibilidade, sendo desnecessário o julgamento do mérito propriamente dito.

São condições para oferecimento do *sursis processual* as previstas pelo artigo 89, §1º, Lei 9.099/95:

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

- I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- II - proibição de frequentar determinados lugares;
- III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;
- IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Ademais, o §2º do mesmo artigo assevera que o magistrado poderá especificar outras disposições a que fica submetida a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. Na hipótese de o autor do fato descumprir alguma das exigências fixadas, a suspensão será revogada.

Com as citadas medidas despenalizadoras, premissas clássicas da ultrapassada Justiça Conflitiva, como as da inderrogabilidade do processo e da pena (*nulla poena*

sine judicio), e da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal, foram colocadas em segundo lugar, dando espaço a um novo modelo processual penal, que enaltece a oportunidade, discricionariedade regrada, disponibilidade e a busca do consenso (LIMA, 2017).

Após a criação dos institutos consensuais previstos na Lei 9.099/95, surgiram outros no mesmo sentido, refletindo a busca do caráter consensual na legislação brasileira, tal como a lei 12.850/13, através do acordo de colaboração premiada.

3.2 Resolução 181/2017 CNMP

O Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução 181/2017, instituindo o acordo de não persecução penal, intencionando o aprimoramento das investigações criminais levadas a cabo pelo Ministério Público. Ainda, levou em consideração o volume desumano de processos que se aglomeram nas varas criminais, e celeridade na resposta às infrações menos graves, priorizando os recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário.

O artigo 18 da resolução previa que, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, além de assumir o compromisso de: reparar o dano à vítima, pagar prestação pecuniária, cumprir prestação de serviço ou cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

Nesse contexto, a Resolução sofreu críticas pois parte da doutrina entendia que era formalmente inconstitucional, devido tratar de matérias que demandam lei oriunda da União, nos termos do artigo 22, I, CF/88. Foi questionada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, AMB, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5790), alegando que a norma questionada invadia a competência legislativa. Outrossim, foi interposta ADI 5793 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB sob o argumento de extrapolação de seu poder regulamentar, que visava quebrar a paridade entre o Ministério Público e a advocacia. Em decorrência das referidas ADIs, o CNMP editou a Resolução 183/2018, com intuito de corrigir pontos da resolução anterior.

Apesar de o acordo de não persecução penal instituído pela Resolução 181/2017 e editado pela Resolução 183/2018 do CNMP se mostrasse como um instrumento de política criminal apto para dar maior celeridade e efetividade no julgamento de determinadas infrações penais, provocando efeitos positivos no

âmbito jurídico e social, se apresentava eivado de aparente inconstitucionalidade formal, não podendo tal fato ser ignorado.

Destarte, com a promulgação da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Pacote Anticrime), foi regulamentado o acordo de não persecução penal no artigo 28-A do Código de Processo Penal, adequando o ato normativo às normas constitucionais, dirimindo as discussões neste sentido.

4. LEI 13.964/2019: PACOTE ANTICRIME E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não persecução penal, previsto no artigo 28-A do CPP, ao ingressar de forma regular no sistema processual penal, pela via legislativa adequada, abre novas portas para a aplicação de justiça não punitivista no processo penal brasileiro.

Por oportuno, destaca-se:

Compreende-se o acordo de não persecução penal como sendo o ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado, devidamente homologado pelo juiz, no qual o investigado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele apontado. (SANCHES, 2020, p. 127)

De acordo com o caput, são requisitos cumulativos para a realização do acordo: não deve ser hipótese de arquivamento, devendo haver os pressupostos de admissibilidade da acusação (viabilidade acusatória); confissão formal e circunstancial da prática de infração penal, feita na investigação ou mesmo quando da realização do acordo; infração penal com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, sem violência ou grave ameaça; o trato firmado e suas circunstâncias devem ser suficientes para reprovação e prevenção do crime, ou seja, adequação e necessidade (proporcionalidade).

Além disso, se extrai do artigo 28-A, §2º, que são causas impeditivas do acordo, de natureza alternativa: não ser cabível transação penal; as circunstâncias pessoais do imputado não recomendarem, por ser ele reincidente ou existirem elementos probatórios suficientes de que se trata de conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional, salvo quando as infrações penais anteriores forem insignificantes; o imputado não poder ter sido beneficiado, nos últimos 5 anos anteriores ao crime, de acordo de não persecução, transação penal ou suspensão condicional do processo; que a pena mínima seja inferior a 4 anos, não cabendo o

acordo quando se tratar de crime de violência doméstica ou familiar (Lei n. 11.340/2006) ou relacionado à violência de gênero (praticado contra mulher em razão da condição de sexo feminino, em favor do agressor).

Salienta-se que são premissas a serem ajustadas, cumulativa e alternativamente: reparação do dano ou devolução do objeto à vítima, exceto impossibilidade; renúncia voluntária de bens e direitos que sejam instrumentos, produto direto ou obtidos através dos frutos do delito, a serem indicados pelo *parquet*; prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, pelo tempo correspondente ao da pena mínima cominada à infração, que será reduzida de um a dois terços conforme negociação entre o *parquet* e o investigado; pagamento de prestação pecuniária, que será revertido, de preferência, à entidade pública ou de interesse social que tenha como incumbência de tutela de bens jurídicos iguais ou semelhantes aos impactados pela infração; por fim, que o imputado cumpra, por prazo a ser transacionado, outro requisito apontado pelo MP, desde que proporcional e compatível com o crime imputado.

Será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor, e formalizado por escrito. O acordo de não persecução deverá ser proposto anteriormente ao recebimento da denúncia, sendo homologado pelo juiz das garantias, podendo ser proposto na audiência de custódia, quando for caso de sua realização e a especificidade do caso permitir (LOPES JR, 2020).

Firmado o acordo, será submetido à homologação judicial, na mesma audiência em que se realizou ou em audiência específica para esse fim (caso o acordo tenha se dado apenas por escrito entre as partes), ocasião em que o magistrado deverá proceder a oitiva do acusado na presença de seu defensor para avaliar a voluntariedade do acordo e sua legalidade. Com a homologação deste ato bilateral, o magistrado remeterá o acordo ao Ministério Público para que dê início a sua execução perante o juízo de execução penal.

Uma vez formalizado o acordo e cumpridas as condições estabelecidas, será extinta a punibilidade, não gerando reincidência ou maus antecedentes, registrando-se apenas para o fim de impedir um novo acordo no prazo de cinco anos.

Observa-se que a vítima não participa do acordo, mas é intimada da homologação, ainda que não possa se opor a ele, e de eventual descumprimento.

Em caso de descumprimento do acordo homologado, o *parquet* comunicará o magistrado para rescindir o convencionado e oferecerá denúncia. Assevera o §11º do referido artigo que a inobservância do pacto pelo investigado poderá ser

empregada pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

Após o descumprimento do acordo:

Deverá o juiz designar audiência oral e pública para exercício do contraditório, momento em que deverá ouvir o imputado sobre a veracidade e eventuais motivos que justifiquem o descumprimento na presença do seu defensor. Também deverá ser analisada a proporcionalidade do descumprimento em relação às consequências (LOPES JR, 2020, p. 320).

Caso o juiz repute inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo, remeterá os autos ao *parquet* para que seja reestruturada a proposta, com consentimento do investigado e seu defensor, consoante disposto no §5º, artigo 28-A.

O magistrado não poderá intervir na redação final da proposta, definindo os termos do acordo, o que, sem dúvidas, violaria o sistema acusatório e a própria imparcialidade objetiva do julgador (LIMA, 2020).

Ainda, estabelece o artigo 28-A, §7º, que o juiz poderá recusar a homologação à proposta que não estiver de acordo com as imposições previstas na lei ou quando não for efetuada a adequação a que se refere o §5º do mesmo artigo.

A seguir, o §8º fixa que recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao *parquet* para avaliação da necessidade de aprimoramento das investigações ou oferecimento da denúncia.

Por derradeiro, caso o Ministério Público se recuse a propor o referido instituto, o investigado poderá pleitear a remessa dos autos para a instância de revisão ministerial, na forma do artigo 28, Código Penal.

Nota-se que o acordo de não-persecução penal se enquadra como Direito Penal de Segunda Velocidade, dentro da teoria elaborada por Jesus-Maria Silva Sánchez, no que diz respeito a flexibilização do Direito Penal, marcada pela substituição de pena de prisão por penas alternativas.

4.1 Da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal

Pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal, estando presentes os requisitos legais para o exercício da ação penal, deverá o Ministério Público oferecer a denúncia. Apesar disso, a mitigação deste princípio, iniciada pelas medidas

despenalizadoras instituídas pela Lei 9.099/95, é fortalecida ainda mais pelo acordo de não persecução penal.

Em verdade, a mitigação em questão traduz-se na possibilidade do membro do Ministério Público, mesmo diante dos preenchimentos das condições da ação, dispor-se do oferecimento da denúncia para propor ao infrator imediata aplicação de pena não privativa de liberdade, sem a necessidade do processo penal (AVENA, 2017). Deste modo, mesmo quando o *parquet* propõe medida de justiça consensual, obedecendo ao princípio da legalidade, não há omissão ou desídia, mas sim mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Também por este prisma é o entendimento de Barros e Romaniuc (2018, p. 77), ao disporem que “não há qualquer obrigação jurídica do *parquet* ser obrigado a dar prosseguimento a persecução judicial, uma vez que lhe é outorgada a conveniência fundamentada na sua livre apreciação do interesse público”.

Sendo assim, a mitigação não possibilita que o Ministério Público possa atuar em irrestrita discricionariedade e à margem da Carta Magna e do ordenamento jurídico. Diante do caso concreto, a flexibilização oportuniza maior abrangência de atuação ao *parquet*, que poderá, considerando o princípio da motivação das decisões, proceder em conformidade com a legislação pátria, com conveniência, oportunidade e até mesmo com base nas diretrizes de política criminal.

4.2 Imparcialidade objetiva do magistrado

Como já ressaltado, se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições, devolverá os autos para o MP para que reformule as propostas. Se não realizada essa adequação ou não forem atendidos os requisitos legais, o juiz poderá recusar a homologação. Essa postura intervencionista do juiz se justifica apenas quando houver ilegalidade nas condições ou for gravemente abusiva para o imputado (LOPES JR, 2020).

Não homologado o acordo, o juiz devolverá os autos para o MP, para que ofereça denúncia, faça uma adequação no acordo, ou complemente as investigações e faça uma nova proposta. Lopes Jr. (2020, p. 319) entende que “essa previsão é problemática, na medida em que pode representar uma inquisitória atuação judicial em uma esfera de negociação exclusiva das partes”. Nessa hipótese, a atribuição do juiz na devolução para reformulação exige prudência e parcimônia, para não ofender sua imparcialidade, a fim de não intervir como parte do negócio jurídico, algo que não o é.

A decisão proferida pelo magistrado é ato judicial de natureza declaratória, cujo conteúdo analisará apenas a voluntariedade e a legalidade do ajuste, não cabendo ao magistrado proceder juízo de mérito/conteúdo do acordo, sob pena de afronta ao princípio da imparcialidade, atributo que lhe é indispensável no sistema acusatório.

O dever do magistrado ao apreciar o acordo de não persecução penal se consubstancia em garantia dos direitos do investigado e análise da legalidade do acordo, e tal incumbência deve ser realizada com cautela, para que não assuma papel de protagonista, vulnerando sua imparcialidade (CABRAL, 2020).

Lopes Jr (2020, p. 319) ressalta que “essa postura intervencionista do juiz (de recusar o acordo) se justifica apenas quando houver ilegalidade nas condições ou for gravemente abusiva para o imputado”.

Acerca da postura do magistrado:

O juiz jamais poderá decidir sobre a conveniência na formatação das cláusulas obrigacionais do acordo, inclusive no que diz respeito ao *quantum* de prestação de serviços e de prestação pecuniária, desde que estejam dentro dos limites estabelecidos em lei. Essa avaliação político-criminal cabe exclusivamente ao MP e que o próprio juízo de adequação, a que se refere aludido dispositivo, deve limitar-se à verificação se o acordo transbordou ou não, em extensão, os limites estabelecidos em lei para o ANPP (CABRAL, 2020, p. 158).

O magistrado não pode se tornar protagonista do acordo, intervindo diretamente na estipulação das condições do instituto, e sua intervenção só é permitida em casos de evidente inadequação, insuficiência ou abusividade, recusando a homologação do acordo.

Devem ser considerados todos os preceitos da relação entre o sistema acusatório e os postulados do princípio da imparcialidade, haja vista que só este sistema processual proporciona condições de eficácia da garantia da imparcialidade.

5. DIREITO COMPARADO: JUSTIÇA CONSENSUAL NOS ESTADOS UNIDOS

O modelo de justiça penal negociada adotado nos Estados Unidos é o “*plea bargain*”. Com base nisso:

Chama-se "*plea bargain*" ou "*plea bargaining*" ou, ainda, "*plea bargain agreement*", porque permite e incentiva o acordo, a negociação, entre o acusado de um crime e o Ministério Público (promotor ou procurador). [...] Em suma, "*plea bargain*" é a possibilidade de negociação no campo criminal que tem por objeto recíprocas concessões a partir da confissão do acusado ("*guilty plea*") (GOMES, 2019)

Em seguida, o supra citado autor assevera que "o instituto *pleabargain* é norteado pelo princípio da autonomia da vontade". Apesar disso, ressalta-se que com a confissão da culpa, o acusado está abrindo mão de todos os direitos garantidos em caso de julgamento, sendo que o reconhecimento da culpa implica, nesse sentido, em renúncia de direitos (CAMPOS, 2012).

Lopes Jr. (2020, p. 1241) afirma que: "no modelo de *plea bargaining* americano, cerca de 90% dos casos penais são resolvidos através de acordo entre acusação e defesa".

O Pacote Anticrime (Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019), originalmente, fazia previsão da modalidade do *plea bargain*, utilizado nos EUA, entretanto, este instituto não foi aprovado.

Aceitar o *plea bargain* seria permitir a restrição de direitos, além do não exame de provas, pelo menos não da forma como determina o direito nacional vigente, pautado nas garantias do acusado (ALENCAR; TÁVORA; 2019).

Acerca da possível implementação do instituto da justiça norte-americana no ordenamento jurídico pátrio:

Em um sistema onde a maioria dos réus são pobres e contam com o patrocínio de advogados dativos, os quais nem sequer têm tempo e energia para preparar uma defesa adequada, colocá-los a negociar sua liberdade, com a condição de confessar, perante um órgão acusador, sob a ameaça de futura condenação a uma pena superior à ofertada, cria todas as condições para que um inocente confesse sua culpa e permaneça preso (CAPELA, 2019).

A exigência do reconhecimento de culpa é a maior semelhança existente entre o acordo de não persecução penal e o *plea bargain* americano). A ideia é que a confissão ocorra em ambiente que considere os direitos e garantias fundamentais do

indivíduo, sob os olhares do magistrado, sem a forte pressão ocorrida no momento da realização do acordo nos Estados Unidos.

Embora os mecanismos de justiça criminal consensual brasileiros tenham sido influenciados pela estrutura norte americana, o *plea bargain* estadunidense se funda na ideia de funcionalismo do sistema penal, com relativa abdicação de direitos e garantias do acusado, oposto ao garantismo penal adotado pelo ordenamento pátrio.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para alicerçar a explanação, foi necessário demonstrar os pilares do sistema acusatório, modelo adotado pelo ordenamento jurídico, enfatizando a separação de poderes, a fim de coibir excessos praticados pelo Estado e garantir os direitos dos cidadãos.

Na busca por alternativas céleres de prestação jurisdicional, a justiça negociada está atrelada à ideia de eficiência, à resposta rápida à sociedade e ao rompimento com a mentalidade de solução de lides apenas com a pena privativa de liberdade.

A flexibilização do processo, visando otimizar a tutela jurisdicional e eliminar a sobrecarga do Judiciário, iniciou-se com o advento da Lei 9.099/95, com a implementação dos Juizados Especiais Criminais.

A partir daí, criou-se campo fértil no cenário jurídico penal para a Justiça Restaurativa, caracterizada como uma nova perspectiva de solução de conflito instaurado pela violação da norma penal. A vítima passa a ter novo papel dentro dessa nova concepção de solução de conflitos.

Nesse contexto, o Acordo de Não Persecução Penal revela-se importante mecanismo de justiça criminal, pois visa a responsabilização do agente sem necessidade de processo, o que viabiliza melhor desempenho da atividade jurisdicional na esfera criminal.

Especificamente no que tange ao acordo de não persecução penal, esse instrumento requer uma postura diferenciada por parte dos atores judiciais, tendo em vista sua natureza de instituto negocial, pois não deve representar a negação da jurisdição, do sistema acusatório e das garantias processuais constitucionais.

Basta ver que este novo benefício penal tem como um de seus requisitos a aplicação em infrações cuja pena mínima seja inferior a 04 anos, incluindo,

consequentemente, vários delitos, priorizando a justiça negociada e também as penas alternativas.

A ampliação dos espaços de consenso e a implementação da negociação no processo penal é uma tendência imparável, que poderá ter como consequência a adoção do instituto *plea bargain* americano, desde que adequado a realidade brasileira e suas peculiaridades.

Ao Ministério Público, continua sendo vedada a desistência pura e simples da ação penal de iniciativa pública, como consagração da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, estando sempre sujeita ao controle judicial. Ao magistrado, apenas caberá intervir nos casos expressos na legislação, sob pena de ofensa à imparcialidade.

O processo penal como um todo deve ser visto como ferramenta de política criminal, tendo sua eficácia alcançada quando a sociedade nota credibilidade no sistema, e não apenas encarceramento em massa, com aplicação irrestrita de penas privativas de liberdade. A realização de acordos de não persecução se revela como alternativa promissora de política criminal, proporcionando celeridade na resolução de casos criminais menos graves.

O acordo de não persecução penal, assim, acabou abrindo novas portas para que houvesse uma certa punição antes mesmo de haver um devido processo penal, sob a roupagem de uma nova forma alternativa de resolução de conflitos.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Comentários ao anteprojeto de lei anticrime**. Salvador: JusPodivm, 2019.

AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier; NALINI, José Renato. **Manual de Processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Método, 2017.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. **Constitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal**. In: CUNHA, Rogério Sanches (Coord.). Salvador: Juspodivm, 2018.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal**. Salvador: JusPodivm, 2020.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo.** Custos Legis. Revista eletrônica do Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.

CAPELA, Fábio. **Plea bargaining: o projeto de “negociata penal” de Sérgio Moro.** Justificando, 29 maio 2019. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/05/29/plea-bargainingoprojeto-de-negociata-penal-de-sergio-moro/>. Acesso em: 13 jun. 2020

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime: Lei 13.964/2019 – Comentários às alterações no CP, CPP e LEP.** Salvador: JusPodivm, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría Del garantismo penal.** Madrid: Trotta, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à prisão.** São Paulo: RT, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **Moro sugere “plea bargain” no Brasil. Que é isso? É possível? Seria uma revolução?** Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/01/18/moro-sugere-plea-bargain-no-brasil-que-e-isso-e-possivel-seria-uma-revolucao/>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099/95.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** São Paulo. Saraiva. 2016.

LOPES JR, Aury **Direito processual penal.** São Paulo: Saraiva, 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Código Penal interpretado.** São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado.** 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais.** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NOTAS:

[i] Graduado em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba; Especialista em Direito Processual pelo Centro Integrado de Pós-Graduação Toledo; Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Camilo Castelo Branco. E-mail: ademirgsjr@hotmail.com

[ii] Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Araçatuba; Pós-graduada em Didática e Metodologia do Ensino Superior pela FIPAR; Especialista em Direito Processual pela FAMA; Mestrado em Direito pela UNIVEM. E-mail: janaina.guimaraes@universidadebrasil.edu.br

COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS: UMA ANÁLISE DA DECISÃO DO STF NO CASO DAS MEDIDAS DE COMBATE AO COVID-19

GUILHERME FRANCISCO SOUZA AMARAL:

Pós-graduado em Ciências Criminais pela Faculdade Damásio, graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), advogado.

RESUMO: A Constituição Federal estabelece um sistema complexo de repartição de competências federativas, envolvendo tanto repartições verticais (em que mais de um ente federado compartilha a mesma competência) como repartições horizontais (em que apenas um ente goza de determinada competência). O critério doutrinário extraído da constituição para se repartir as competências verticais é o da Predominância dos Interesses. Por meio desse princípio, cabe à União legislar sobre normais de interesse nacional, aos Estados normais de interesse regional e aos municípios normas de interesse local. Recentemente, encontra-se sob julgamento na Suprema Corte a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6341, na qual foi discutida a repartição de competências relativas às medidas de enfrentamento do COVID-19. Serão analisadas a cautelar e sua posterior manutenção proferidas, respectivamente, pelo Ministro Marco Aurélio e pelo plenário do STF, tendo como base o princípio da Predominância dos Interesses. Assim, concluir-se-á que foi acertada a decisão do STF, uma vez que o Princípio da Preponderância, efetivamente, aponta para a impossibilidade de que a União esgote a competência federal para proteger a saúde pública, no âmbito do enfrentamento ao COVID-19.

PALAVRAS-CHAVE: repartição de competências federativas; princípio da preponderância dos interesses; ADI nº 6341.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do federalismo e das competências federativas. 2.1. Das técnicas de repartição de competências. 2.2. Da repartição de competências administrativas e legislativas. 2.3. Do princípio da preponderância dos interesses. 2.4. Da competência suplementar e delegada. 3. Do objeto da ADI nº 6341. 4. Da análise da decisão do Supremo Tribunal Federal. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6341, na qual foi discutida a competência dos entes federados em relação às medidas para enfrentamento da pandemia do COVID-19.

A matéria é de vital importância em razão do cenário pandêmico atual, que exige esforços de âmbito nacional, com cooperação mútua da União com Estados e Municípios.

Nesse sentido, primeiramente será necessária uma distinção conceitual dos tipos de competência existentes no texto da Constituição Federal (CF), de acordo com a doutrina. Após, far-se-á uma análise da decisão em si do Supremo Tribunal Federal (STF), verificando-se se o entendimento da Suprema Corte vai ao encontro ou não da doutrina constitucional majoritária.

2. DO FEDERALISMO E DAS COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS

A Constituição Federal determina em seu primeiro artigo que o Estado Brasileiro é uma federação indissolúvel entre a União, os Estados, o Distrito Federal e o Município:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela **união indissolúvel** dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL,2020).

O termo “indissolúvel” nesse contexto tem como finalidade tornar impossível, enquanto vigora a Constituição Federal, qualquer rediscussão do pacto federativo. Posteriormente, no art. 60, §4º, o constituinte originário reforça a indivisibilidade e torna o pacto federativo cláusula pétrea, impossível de se abolir, portanto, mesmo por eventual emenda à constituição:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - **a forma federativa** de Estado;

(...). (BRASIL,2020).

A forma federativa de um Estado traz diversas implicações à sua forma de administração e de existência. Todavia, a mais evidente e precisamente o objeto do presente trabalho é a distribuição das competências federativas.

Resumidamente, os entes federados são proibidos de usurpar as competências federativas uns dos outros, de modo que não é possível que a União legisle ou exerça sua competência sobre aquilo que não lhe foi atribuída capacidade, nem que os demais entes o façam quando a capacidade foi atribuída à União.

Destaca-se que cada Estado federativo existente possui sua própria forma de divisão de competências, que costumam variar segundo o processo histórico de formação da própria federação. Não se realizará qualquer análise crítica a respeito da razoabilidade ou da adequação da forma pela qual a República Federativa do Brasil optou por distribuir as competências legislativas de seus entes federados.

Nesse sentido, o presente trabalho fará uma análise mais prática, no sentido de se verificar apenas como foi feita essa distribuição de competências e de como o Supremo Tribunal Federal as interpretou e aplicou no julgado objeto do trabalho.

2.1 Das técnicas de repartição de competências.

Para o objetivo do trabalho, é necessário se entender de qual maneira a República Federativa do Brasil escolheu distribuir as competências de seus entes federados. A doutrina elenca que, entre as federações, há duas formas (ou duas técnicas) pelas quais as competências podem ser distribuídas (ou repartidas). São elas: a repartição horizontal e a repartição vertical.

Ocorre a repartição horizontal quando determinada matéria não é compartilhada entre os entes federados. Em outras palavras: se determinada competência é atribuída a um ente, ele a exercerá com autonomia plena, independentemente de como os demais entes o fazem.

Nas palavras de Fernandes (2018):

É a técnica na qual, há uma distribuição estanque (fechada) de competência entre os entes, ou seja, cada ente terá suas competências definidas de forma enumerada e específica, não as dividindo com nenhum outro ente. Essa técnica advém do federalismo dual ou clássico. (FERNANDES, 2017, p. 884).

Por sua vez, a repartição vertical se demonstra quando determinada matéria é, simultaneamente, de competência de mais de um ente federativo. Em outras palavras: a Constituição Federal permite que mais de um ente exerça ou legisle sobre determinado assunto.

Segundo Fernandes (2018):

É aquela técnica na qual dois ou mais entes vão atuar conjuntamente ou concorrentemente para uma mesma matéria. A repartição vertical surge na Constituição alemã de Weimar, de 1919. No Brasil, aparece pela primeira vez na Constituição de 1934. Atualmente, ela existe na Constituição de 1988. Essa técnica advém do modelo de federalismo cooperativo ou de integração. (FERNANDES, 2017, p. 885).

Nota-se que as duas técnicas de repartição podem coexistir em um ordenamento jurídico, desde que aplicadas para matérias distintas. É precisamente isso que se verifica na Constituição Federal, na qual há determinadas competências federativas que foram verticalmente repartidas (atribuídas simultaneamente a mais de um ente), e outras que o foram horizontalmente (atribuídas exclusivamente a um ente).

Nesse sentido, esclarece Fernandes (2018):

Portanto, temos que o Brasil adota um sistema complexo de repartição de competências, trabalhando tanto a repartição horizontal (de competências enumeradas e remanescentes) quanto a repartição vertical (de competências concorrentes e comuns), tendo o objetivo de desenvolver um federalismo de equilíbrio (ainda em processo!), no qual permeiam competências privativas (ou exclusivas), remanescentes, comuns e concorrentes entre os entes que compõem a Federação (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal)

(FERNANDES, 2017, p. 885).

O objeto do presente trabalho será a repartição vertical de competências, uma vez que é neste que reside o conflito relativo à ADI nº 6341.

2.2. Da repartição de competências administrativas e legislativas

Até o presente momento, têm-se falado de “repartição de competências federativas” indistintamente. Faz-se necessário esclarecer que dentro do referido conceito podemos extrair dois que o compõem: repartição administrativa (também chamada pela doutrina de repartição material) e repartição legislativa.

Elucida Fernandes (2017):

A competência legislativa é a competência que o ente tem para legislar. A competência administrativa é a competência para a tomada de decisões ou execução

de políticas públicas ou para o gerenciamento e desenvolvimento da máquina administrativa. É também chamada por alguns doutrinadores de competência material.

Pelos verbos é possível verificar na CR/88 quando se trata de competência legislativa à luz do verbo legislar ou de competência administrativa que terá como característica a explicitação dos verbos: manter, guardar, preservar, emitir, declarar, decretar etc.

(FERNANDES, 2017, p. 891).

A repartição administrativa diz respeito à competência dos entes para agir sobre determinado assunto. Nesse sentido, as competências administrativas podem ser exclusivas ou comuns.

Tem-se, por exemplo, que a Constituição Federal estabelece que compete exclusivamente à União emitir moeda (art. 21, VII, da CF). Por outro lado, estabelece que é competência comum de todos os entes federados preservar as florestas, a fauna e a flora (art. 23, VII).

A repartição legislativa, por sua vez, diz respeito à competência legislativa propriamente dita, ou seja, à competência de cada ente para elaborar leis. Nesse sentido, subdividem-se em: competências privativas (cabem, em regra, apenas a um ente) e competências concorrentes (cabe a mais de um ente).

Como exemplo dos tipos de repartição legislativa, nota-se que compete à União, privativamente, legislar sobre direito civil (art. 22, I, da CF). De outra forma, compete concorrentemente à União e aos Estados e ao Distrito Federal legislarem sobre direito tributário (art. 24, I, da CF).

2.3. Do princípio da preponderância dos interesses.

Já foi dito que a Constituição Federal adota um sistema complexo de repartição de competências, ora se valendo da repartição horizontal (em que não há compartilhamento da competência) e ora se valendo da repartição vertical (em que há compartilhamento da competência por mais de um ente federado). Resta elucidar com base em qual princípio é realizada esta última.

Interpretando-se o texto constitucional, a doutrina destaca que o princípio norteador da repartição de competências federais é o “Princípio da Predominância dos Interesses”.

Nas palavras de Fernandes (2018):

Além do princípio da indissolubilidade do vínculo Federativo (já citado), existe um outro princípio importante para o federalismo e para o tema ora em análise. Esse princípio é chamado de **Princípio da predominância dos interesses**. Nesses termos, à luz do referido princípio: a União tem sempre interesse geral; os Estados-membros, interesse regional e os Municípios, interesse local. O Distrito Federal terá interesse tanto regional como local, conforme o art. 32 § 1º da CR/88 (FERNANDES, 2018, p. 886).

A existência do referido princípio decorre, primeiramente, do §1º do art. 24 da CF, que estabelece a competência da União para legislar sobre normas gerais:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. (BRASIL,2020).

Posteriormente, estabelece-se no inciso I do art. 30 a competência dos Municípios para legislar sobre normas de interesse local:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de **interesse local**;

(BRASIL,2020).

Nota-se que, no âmbito da competência legislativa concorrente, a competência dos Estados é remanescente, ou seja, cabe aos Estados legislar concorrentemente sobre tudo aquilo que não seja de interesse geral (normas gerais da União), nem de interesse local (normas locais dos Municípios). É o que dispõe o § 1º do art. 25 da CF:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição. (BRASIL,2020).

Por esse motivo, a doutrina elenca que aos Estados cabe legislar sobre normas que não sejam de interesse geral (de competência da União), nem de interesse local (de competência dos Municípios). Seriam, portanto, normas de interesse regional.

Nas palavras de Fernandes (2018):

Nesses termos, fica claro que os Estados poderão legislar sobre todas as matérias que não lhes sejam vedadas expressamente ou mesmo implicitamente pela Constituição. Como exemplo, para o exercício das competências remanescentes dos Estados, podemos observar que quem organiza e fiscaliza o transporte local são os Municípios, bem como o transporte interestadual, é a União. Todavia, em relação ao intermunicipal, não há previsão expressa. Aqui temos que a competência é remanescente dos Estados-membros (FERNANDES, 2018, p. 886).

O Distrito Federal, por sua vez, sendo ente federado com atribuições típicas tanto de Município como de Estado, possui competência para editar tanto leis de interesse local como leis de interesse regional. É o que dispõe o art. 32, §1º, da CF:

Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios. (BRASIL, 2020).

Nesse sentido, elucida Fernandes (2018):

Sobre o art. 32, § 1º, afirma a Constituição que: ao Distrito Federal são reservadas as competências legislativas dos Estados e dos Municípios. Nesses termos, temos o chamado interesse regional conjugado com o interesse local. (FERNANDES, 2018, p. 891)

Antes de se adentrar no julgado objeto de análise deste trabalho, convém esclarecer mais algumas peculiaridades acerca da repartição de competências legislativas dos entes.

2.4 – Da competência suplementar e delegada.

O legislador constituinte escolheu por conferir aos Estados duas competências legislativas excepcionais: uma suplementar e uma delegada.

Nesse sentido, dispõe o art. 24, §3º, da CF, que, inexistindo legislação federal em vigor, os Estados poderão exercer legislação de forma plena (isso significa, editar normas de caráter geral). Todavia, legislando a União, posteriormente, sobre o tema, ficam as normas estaduais existentes suspensas, conforme estabelece o §4º do art. 24 da CF:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário

Há, ainda, a possibilidade de a União delegar aos Estados membros a capacidade para legislar sobre normas gerais, que, a princípio, seriam de competência legislativa da União, desde que o faça por Lei Complementar. É o que determina o parágrafo único do art. 22:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Ressalta-se, todavia, que há requisitos elencados pela doutrina, conforme esclarece Bernardo Fernandes (2018):

É mister salientar que existem requisitos para que possa ocorrer a delegação das competências privativas da União para os Estados. Nesse sentido, os requisitos de delegabilidade são:

- Requisito Formal:** a União só pode delegar para os Estados competência legislativa mediante lei complementar.
- Requisito material:** a União só poderá delegar questões específicas das matérias presentes nos incisos - não podendo delegar o inciso sem delimitação.
- Requisito Implícito:** da isonomia, encontra-se no art. 19, inc. Ili, CR/88. (FERNANDES, 2018, p. 888-889).

Salienta-se, também, que a delegação não se confunde com abdicação. Ainda que a União delegue aos Estados a edição de determinada lei, não há óbice a que futura lei federal seja editada pela União, revogando, portanto, a Lei Delegada naquilo que lhe contrariar.

Nesse sentido, afirma Bernardo Fernandes (2018):

Por último, é mister salientar que a União, mesmo delegando competências aos Estados-membros (e Distrito Federal), não

abdica delas, podendo então retomar a sua competência legislando sobre o assunto delegado a qualquer momento. (FERNANDES, 2018, p. 888-889).

Destaca-se que os Municípios também possuem competência para legislar de forma suplementar, tal como prevê o inciso II do art. 30 da CF:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - **suplementar** a legislação federal e a estadual no que couber; (BRASIL, 2020).

Após essa exposição, faz-se possível a análise da decisão do STF em face à ADI nº 6341.

3. O OBJETO DA ADI Nº 6341.

A referida ADI foi impetrada pelo Partido dos Trabalhadores (PDT), tendo como objeto as alterações promovidas pela Medida Provisória (MP) nº 926/2020, que modificou o art. 3º, *caput*, da Lei 13.979/20, bem como seus incisos I, II, VI e parágrafos 8º, 9º, 10 e 11. O diploma tem como objetivo regular as medidas de enfrentamento à pandemia do COVID-19.

Analisar-se-á, brevemente, as mais polêmicas mudanças realizadas pela MP, que foram questionadas pela referida ADI.

As primeiras principais alterações ocorreram no *caput* do art. 3º e no seu inciso VI, bem como nos §6º e §7º:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, **no âmbito de suas competências**, dentre outras, as seguintes medidas:

VI - restrição excepcional e temporária, **conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária**, por rodovias, portos ou aeroportos de: (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

a) entrada e saída do País; e (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

b) locomoção **interestadual e intermunicipal**; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 6º **Ato conjunto** dos Ministros de Estado da Saúde, da Justiça e Segurança Pública e da Infraestrutura disporá sobre a medida prevista no inciso VI do caput. (Redação dada pela Medida Provisória nº 927, de 2020)

§ 6º-A O ato conjunto a que se refere o § 6º poderá estabelecer delegação de competência para a resolução dos casos nele omissos. (Incluído pela Medida Provisória nº 927, de 2020)

§ 7º As medidas previstas neste artigo poderão ser adotadas:

I – **pelo Ministério da Saúde**, exceto a constante do inciso VIII do caput deste artigo; (Redação dada pela Lei nº 14.006, de 2020)

nas hipóteses dos incisos I, II, V e VI do caput deste artigo; (Redação dada pela Lei nº 14.006, de 2020) (Vide ADI 6343)

III - pelos gestores locais de saúde, nas hipóteses dos incisos III, IV e VII do caput deste artigo.

IV – pela Anvisa, na hipótese do inciso VIII do caput deste artigo.

(...).

Segundo a nova redação, todas as medidas de restrição do inciso VI, inclusive a restrição de transporte interestadual e intermunicipal, apenas poderiam ocorrer se em conformidade com ato conjunto elaborado pelo Ministério da Saúde e da Justiça e Segurança Pública (§6º). Da mesma forma, os gestores locais (gestores estaduais e municipais) apenas poderiam decidir sobre o tema se assim o fossem autorizados pelo Ministério da Saúde (§7º, inciso I).

Ademais, a MP também dispôs que nenhuma medida de restrição poderia obstruir o exercício de atividades essenciais, determinando, ainda, que essas

atividades seriam reguladas por meio de decreto do Poder Executivo Federal. Assim dispõem os parágrafos 8º e 9º do art. 3º:

§ 8º As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, **deverão resguardar** o exercício e o funcionamento de serviços públicos e **atividades essenciais**. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 9º O Presidente da República disporá, **mediante decreto**, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Em síntese, a MP 926/20 almejava limitar as capacidades dos Municípios e dos Estados de editar medidas de restrição de locomoção e de exercício e funcionamento de atividades essenciais, concentrando na União a capacidade para fazê-lo.

Destaca-se que a ADI 6341 almejava a declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos citados da MP 926/20 por mais de um motivo: inconstitucionalidade formal por legislar sobre matéria alegadamente reservada à Lei Complementar, inconstitucionalidade material por abuso de poder ao expedir medida provisória sobre o tema e, por fim, inconstitucionalidade formal por esvaziar, na competência da União, competências legislativas e administrativas que caberiam aos demais entes federados.

Dos pedidos da ADI, apenas o último foi parcialmente deferido, até o momento, pelo STF. Por essa razão, é ele o objeto do presente trabalho.

4. DA ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

A primeira decisão de mérito proferida na referida ação foi a do relator, Ministro Marco Aurélio, em sede de liminar. Em síntese, após negar, cautelarmente, os primeiros pedidos, o Ministro deu parcial provimento ao pedido de inconstitucionalidade por usurpação das competências dos demais entes federados.

Assim foi a decisão do Ministro relator:

Surge acolhível o que pretendido, sob o ângulo acautelador, no item a.2 da peça inicial, assentando-se, no campo, há de ser reconhecido, simplesmente formal, que a disciplina decorrente da Medida Provisória nº 926/2020, no que imprimiu nova redação ao artigo 3º da Lei federal nº 9.868/1999, não afasta a

tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

3. Defiro, em parte, a medida acauteladora, para tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a **competência concorrente**. (BRASIL, ADI 6341/DF, 2020).

Destaca-se, primeiramente, que o Ministro utilizou a terminologia “competência concorrente”. Todavia, a doutrina majoritária classifica as competências do art. 23 como “competências comuns”, por serem competências federais administrativas. Reserva-se o termo “competências concorrentes” para as competências federativas legislativas, previstas no art. 24 da CF.

Não obstante, trata-se de distinção meramente doutrinária. Efetivamente, tal como exposto, tanto as competências comuns como as concorrentes são espécies de repartição vertical de competências, as quais, indistintamente, orientam-se segundo o princípio da Preponderância dos Interesses. Dessa maneira, o termo “competência concorrente”, de que se valeu o Ministro, se doutrinariamente adequado ou não, em nada prejudica o mérito da questão.

Ademais, embora o Ministro não utilizado expressamente dessas palavras, conclui-se ter ocorrido a aplicação da técnica de julgamento da “interpretação conforme a constituição”. Em síntese, em vez de se ter como inconstitucional o dispositivo questionado, sublimando-o do ordenamento jurídico, o órgão julgador opta por conferir-lhe uma única interpretação jurídica possível que o torna constitucionalmente válido.

Nas palavras de Fernandes (2018):

A primeira modalidade de sentenças interpretativas é a conhecida e aqui já trabalhada interpretação conforme a Constituição, cujo escopo é fixar uma interpretação pelo Tribunal que seja tida como compatível (em consonância) com o Diploma Constitucional, de modo a não se declarar a norma inconstitucional desde que seja aplicada tal interpretação (FERNANDES, 2018, p. 1578-1579).

Posteriormente, tendo a cautelar sido submetida ao plenário do STF por meio de sessão virtual, obteve-se a ratificação da decisão do Ministro relator, conforme certidão de julgamento:

Decisão: O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, vencidos, neste ponto, o Ministro Relator e o Ministro Dias Toffoli (Presidente), e, em parte, quanto à interpretação conforme à letra b do inciso VI do art. 3º, os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux. Redigirá o acórdão o Ministro Edson Fachin. Falaram: pelo requerente, o Dr. Lucas de Castro Rivas; pelo amicus curiae Federação Brasileira de Telecomunicações – FEBRATEL, o Dr. Felipe Monnerat Solon de Pontes Rodrigues; pelo interessado, o Ministro André Luiz de Almeida Mendonça, Advogado-Geral da União; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 15.04.2020

(Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

(BRASIL, ADI 6341/DF, 2020).

Percebe-se que o STF, por meio de técnica de interpretação conforme à constituição, entendeu que as alterações promovidas pela MP 926/20, desde que sua interpretação e aplicação fosse compreendida com não redutora da competência concorrente dos Estados, Municípios e Distrito Federal. Assim, as normas fixadas pela União na referida lei não vinculam os demais entes federados, que podem legislar sobre o tema, inclusive em sentido diverso à lei federal, segundo seus interesses regionais e locais.

Após o exposto, faz-se possível a análise da adequação da referida decisão em relação ao conteúdo doutrinário já trabalhado.

Como bem salientado pelo Ministro Marco Aurélio, a competência federativa tutelada pela MP 926/20 é a saúde pública. Segundo a Constituição Federal, trata-se de competência federativa comum, ou seja, compartilhada entre os entes federados.

Isso se extrai tanto da leitura do art. 23, II, da CF, como do inciso I do art. 198, que estabelece o princípio da descentralização administrativa do Sistema Único de Saúde (SUS):

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...).

II - **cuidar da saúde e assistência pública**, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - **descentralização**, com direção única em cada esfera de governo;

(...). (BRASIL, 2020).

Ademais, na própria Lei nº 8080/90 (Lei do SUS), é garantida que a organização do SUS será feita por cada esfera de governo, ratificando-se o princípio da descentralização do sistema único de saúde:

Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;

II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e

III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente. (BRASIL, 2020).

Tratando-se de competência comum entre os entes federados, aplica-se à questão o referido princípio da Preponderância dos Interesses. Por meio deste, nota-se que não é possível que seja competência apenas da União decidir ou autorizar os demais entes a restringir o transporte intermunicipal e interestadual. Da mesma forma, não se torna viável que a União delimite genericamente quais são as atividades essenciais, de que cujo funcionamento os entes não podem restringir.

A razão disso se encontra no fato de a pandemia não atingir uniformemente todas as cidades, nem todos os Estados do Brasil. Isso significa que a União não possui profundidade de conhecimento para decidir de maneira uniforme sobre o tema, ignorando as peculiaridades locais e regionais de cada Município ou Estado, tais como taxa de contágio, tipo de economia, principais atividades econômicas da região, quantidade de leitos disponíveis, entre tantas outras variáveis.

Destaca-se que, segundo julgado do STF, não é possível sequer que os Estados e Municípios se omitam de exercer sua competência concorrente, sendo inconstitucional que determinado tema seja regido por simples remissão à lei federal.

Nesse sentido, pronunciou-se a corte a respeito de lei estadual que se eximia de legislar acerca do cultivo comercial de organismos geneticamente modificados, fazendo simples remissão à Lei Federal:

EMENTA: ALIMENTOS TRANSGÊNICOS. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO ESTADO-MEMBRO. LEI ESTADUAL QUE MANDA OBSERVAR A LEGISLAÇÃO FEDERAL. 1. Entendimento vencido do Relator de que o diploma legal impugnado não afasta a competência concorrente do Estado-membro para legislar sobre produtos transgênicos, inclusive, ao estabelecer, malgrado superfetação, acerca da obrigatoriedade da observância da legislação federal. 2. Prevalência do voto da maioria que entendeu ser a norma atentatória à autonomia do Estado quando submete, indevidamente, à competência da União, matéria de que pode dispor. Cautelar deferida.

(STF. Plenário. ADI 2303/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 5/9/2018).

Da mesma forma que não seria possível que um ente federado (no caso, o Estado) legislasse sobre interesse regional com mera remissão à Lei Federal, também não o seria no caso da COVID-19. Ou seja, não é possível que a União obrigue os demais entes a legislar por remissão à lei federal, no que tange à matéria de competência concorrente.

Isso não significa, contudo, que a União não possui competência para tratar das medidas de isolamento relativas à COVID-19. A existência dessa competência, inclusive, foi a razão pela qual não se declarou a inconstitucionalidade da norma federal. É ampla a capacidade da União para legislar sobre o tema, desde que, ao fazê-lo, não esgote por completo as capacidades dos demais entes federativos.

5. CONCLUSÃO.

O presente artigo conclui que há, no ordenamento jurídico brasileiro, duas técnicas de repartição de competências federativas: uma vertical e uma horizontal. A vertical é a que prevê o compartilhamento de competências federativas pelos entes federados, estando prevista, precipuamente, nos artigos 23, 24 e 30, I, da Constituição Federal.

Quando for caso de competência federativa de repartição vertical, seja ela de nomenclatura concorrente ou comum, o critério de repartição deve observar o princípio da Preponderância dos Interesses. Segundo esse princípio, cabe à União a competência para exercer e legislar sobre interesse nacional e aos Municípios sobre o interesse local, cabendo, portanto, aos Estados a competência remanescente, que se trata de interesse regional.

No caso das medidas de isolamento social de enfrentamento ao COVID 19, por se tratarem de matérias afetas à competência federativa da proteção à saúde pública, a sua aplicação é de competência comum a todos os entes federados. Nesse espectro, não pode a União decidir unilateralmente sobre as medidas de isolamento, exigindo a autorização dos demais entes para quando a matéria for de seu interesse regional ou local. Da mesma forma, não pode ela decidir uniformemente quais são as atividades que podem vir a ser restringidas, ignorando as peculiaridades de cada cidade ou estado. Qualquer norma federal nesse sentido deve ser interpretada como manifestação da competência comum ou concorrente da União sobre o tema, não vinculando, portanto, os Estados e os Municípios quando agirem dentro de seus interesses regionais e locais.

Dentro desse panorama, nota-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo da ADI nº 6341 foi ao encontro do que já estabelece a doutrina acerca do tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 09. ed. – Bahia: Juspodium, 2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Os Municípios detêm competência para legislar sobre assuntos de interesse local, ainda que de modo reflexo, tratem de direito comercial ou do consumidor. Buscador Dizer o Direito, Manaus.

Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b075703bbe07a50ddcccfaac424bb6d9>>. Acesso em: 21/07/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 6341/DF. Relator: Marco Aurélio, 15 ago. 2020.

Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>>. Acesso em: 21/07/2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É constitucional lei estadual que autoriza a comercialização de bebidas alcoólicas nas arenas desportivas e nos estádios. Buscador Dizer o Direito, Manaus.

Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/51311013e51adebc3c34d2cc591fefee>>. Acesso em: 23/07/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Recurso Extraordinário 1052719. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 04 abr. 2018.

Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5201979>>. Acesso em 21/07/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 2303/RS. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 05 set. 2018.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo914.htm>>. Acesso em 21/07/2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Congresso Nacional.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, Acesso em 21/07/2020,

BRASIL. Medida Provisória nº 926 de 20 de março de 2020. Brasília, DF: Presidência da República.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm>. Acesso em 21/07/2020.

BRASIL. Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020. Brasília, DF: Presidência da República.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm>. Acesso em: 21/07/2020.

O TRATAMENTO DIFERENCIADO CONCEDIDO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS E AOS MICROEMPREENDEDORES INDIVIDUAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

LIEGE KRACK: Especialista em Gestão Pública e Fiscal Fazendária. Universidade Federal de Pelotas.

Resumo: A Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006 – LC 123/06, é o instrumento jurídico mais importante na diferenciação e favorecimento das microempresas, empresas de pequeno porte e dos microempreendedores individuais, servindo como norte para as políticas públicas direcionadas a esta parte da sociedade. Ela surgiu para regulamentar o tratamento diferenciado concedido àqueles tipos empresariais, previsto como princípio no artigo 170, inciso IX e artigo 179 da Constituição Federal de 1988. Assim, através de uma pesquisa descritiva, de caráter qualitativo, com técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, especialmente ancorada na legislatura brasileira, esse estudo tem como objetivo identificar quais são os benefícios para concretizar o tratamento diferenciado concedidos pela LC 123/06.

Palavras-chaves: Lei Complementar 123/06. Micro e pequenas empresas. Tratamento diferenciado.

Abstract: The Complementary Law n.º 123, from December 14th of 2006 – LC 123/06, it is the most important legal instrument in the differentiation and favoring of micro enterprises, small enterprises and individual microentrepreneurs, serving as guide to the public politics directed to this part of society. The law came to regulate the differential treatment granted to those business types, foreseen as principle in the article 170, subsection IX and article 179 of the Brazilian Federal Constitution from 1988. Thus, through a descriptive research, of qualitative character, with techniques of documentary and bibliographic research, especially anchored in the Brazilian legislature, this study aims to identify what are the benefits to achieve the different treatment granted by Complementary Law 123/06.

Keywords: Complementary Law 123/06. Micro and small enterprises. Differential treatment.

Sumário: 1 Introdução 2 Conceito de microempresas, empresas de pequeno porte e microempreendedores individuais; 2.1 Microempreendedor individual (MEI); 2.2 Microempresa (ME); 2.3 Empresa de pequeno porte (EPP); 3 Legislações que beneficiam as micro e pequenas empresas e o microempreendedor individual; 3.1 Legislações que beneficiaram as microempresas e as empresas de pequeno porte nas

décadas de 1980 e 1990; 3.2 Avanços normativos que beneficiam as microempresas e as empresas de pequeno porte no Século XXI e o surgimento da LC 123/06; 4 Principais benefícios para microempresas, empresas de pequeno porte e microempreendedores individuais com o surgimento da lei complementar nº 123/06; 4.1 Do tratamento diferenciado; 4.2. Dos benefícios administrativos; 4.3 Dos benefícios tributários; 4.4 Dos benefícios previdenciário e trabalhista; 4.5 Dos benefícios creditícios; 4.6 Dos benefícios nas licitações; 5. Conclusão; 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A primeira ação de valorização da importância das microempresas e empresas de pequeno porte no Brasil se deu na Constituição Federal de 1988, que estabeleceu em seus artigos 170, II e 179, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem dispensar às microempresas e empresas de pequeno porte tratamento jurídico diferenciado, bem como incentivá-las por meio da simplificação, redução ou eliminação de obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias.

A partir de 2006, os esforços para a criação de um ambiente mais favorável para as micro e pequenas empresas tornaram-se mais efetivos, através da edição da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006.

A edição de tal medida se deu em razão dos altos índices de trabalho informal no Brasil e da pressão popular, ante as altas cargas tributárias e os complexos trâmites que eram impostos às empresas de pequeno porte, e que muitas vezes em curto período acabavam por “fechar as portas” pela falta de incentivo fiscal e pela dificuldade em regularizar suas empresas.

Desse modo, o presente artigo se propõe, através de uma pesquisa descritiva, de caráter qualitativo, com técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, especialmente ancorada na legislatura brasileira, trazer algumas considerações acerca do conceito e enquadramento de micro e pequenas empresas, e microempreendedores individuais, bem como apontamentos sobre a legislação que trata da matéria, abordando a Lei do Estatuto da Microempresa de 1984, a Constituição Federal de 1988, a Lei do SIMPLES, de 1996, e suas posteriores modificações, e, principalmente, a Lei Complementar n.º 123, de 2006, e suas alterações, as quais atribuem tratamento diferenciado, simplificado e favorecido para essas categorias empresariais.

2 CONCEITO DE MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E MICROEMPREENDEDORES INDIVIDUAIS

Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Microempreendedores Individuais tratam-se de nomenclaturas para diferentes portes empresariais, que são definidos de acordo com a quantidade de funcionários, o faturamento anual e as atividades desenvolvidas, podendo evoluir conforme a expansão dos negócios da empresa.

Segundo André Ramos Tavares (2011, p. 217), “o que a lei deve e pode concretizar, em termos numéricos preciosos, é o critério discriminador (que é necessariamente o da renda bruta) para fins de implementar a distinção entre as empresas que se beneficiarão do privilégio constitucionalmente elaborado”.

2.1 Microempreendedor individual (MEI)

O microempreendedor individual é uma forma de regularização para aqueles trabalhadores que exerciam seu labor por conta própria. Esse tipo empresarial foi criado pela Lei Complementar n.º 123, de 2006, e permite ao empresário contratar até um funcionário, que receba salário mínimo ou o piso da categoria.

Ao MEI é vedada a participação em outra empresa como sócio ou titular e o faturamento anual de sua empresa está limitado ao valor de R\$ 81.000,00 (BRASIL, 2006).

Como benefícios tributários, o microempreendedor individual não está obrigado a emitir nota fiscal para pessoas físicas, possui todos os custos relativos à abertura, registro, alvará, entre outros, reduzidos à zero, bem como teve facilitado o registro no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), que pode ser realizado através da internet, não sendo necessário passar pelos trâmites da Junta Comercial.

O empresário individual tem cobertura previdência, como auxílio-doença, pensão por morte, aposentadoria por invalidez, auxílio-reclusão aos dependentes e salário-maternidade, e está isento de tributos federais, pagando apenas uma quantia mensal – aproximadamente R\$ 50,00 -, na qual estão inseridos encargos relativos à Previdência Social e impostos como ICMS e ISSQN (PORTAL DO EMPREENDEDOR, 2018).

Além disso, as atividades que poderão ser desenvolvidas pelos MEIs são aquelas determinadas segundo o Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN, anexo XI da Resolução CGSN n.º 140, de 2018.

2.2 Microempresa (ME)

Ao empresário que ultrapassar o faturamento anual de R\$ 81.000,00, previsto para o MEI, poderá optar por enquadrar-se como microempresa, que permite um faturamento de até R\$ 360.000,00 por ano.

O cadastramento da ME deve passar pela Junta Comercial, onde o empresário poderá selecionar o enquadramento tributário entre Simples, Lucro Real ou Lucro Presumido. Além disso, tanto as sociedades empresárias quanto os empresários individuais poderão se enquadrar nessa categoria (BRASIL, 2006).

Nessa modalidade não há restrições para o desempenho de atividades, como há para os microempreendedores individuais.

2.3 Empresa de pequeno porte (EPP)

As empresas que optarem pelo enquadramento como EPP receberão os mesmos benefícios concedidos às microempresas, sendo que a diferenciação entre ambas consiste basicamente no valor do faturamento anual, que, para o caso das empresas de pequeno porte, está limitado entre R\$ 360 mil e R\$ 4,8 milhões.

3 LEGISLAÇÕES QUE BENEFICIAM AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS E O MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL

A Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006 é considerada a proposição jurídica mais importante na diferenciação e favorecimento das microempresas, empresas de pequeno porte e dos microempreendedores individuais.

Nas décadas de 1980 e 1990 foram criados importantes instrumentos jurídicos que contribuíram para a elaboração e aprovação da LC 123/06, como veremos.

3.1 Legislações que beneficiaram as microempresas e as empresas de pequeno porte nas décadas de 1980 e 1990

A Lei n. 7.256, de 27 de novembro de 1984, foi a primeira a ser criada no sentido de estabelecer normas integrantes do Estatuto da Microempresa, relativas ao tratamento diferenciado e simplificado para fins de desenvolvimento desse segmento empresarial no Brasil.

Essa lei introduziu, ainda que sob a égide da Constituição Federal de 1967, normas que instituíam um tratamento diferenciado, mais simples, que favorecia as microempresas, nos âmbitos administrativos, tributário, previdenciário e trabalhista, bem como beneficiava questões relativas ao crédito e desenvolvimento empresarial.

Segundo Mota Jr. (2007), a Lei n.º 7.256/84 foi criada num cenário da economia brasileira, onde o segmento das micro e pequenas empresas se mostrava o mais vulnerável. Além de ser um segmento produtivo, ele exercia em função social relevante por ser grande gerador de empregos, necessitando, assim, de incentivos para a sua manutenção e crescimento.

Dez anos depois, em 28 de março, foi editada a Lei n. 8.864, que introduziu a figura da empresa de pequeno porte no ordenamento jurídico e aumentou o limite de receita bruta das microempresas (BRASIL, 1994).

No dia 5 de dezembro de 1996 foi sancionada a Lei n.º 9.317, denominada de Lei do Simples, que dispunha sobre o regime tributário das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, e instituiu o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), estabelecendo um tratamento mais benéfico no que tange aos impostos e contribuições fiscais, reduzido a carga tributária e simplificando a forma de recolhimento dos tributos federais.

A Lei do Simples revogou alguns dispositivos da Lei n.º 7.256/84 e da Lei n.º 8.864/94, especialmente as normas que dispunham sobre o tratamento fiscal das microempresas, pois incompatíveis com as novas disposições.

Em 5 de outubro de 1999, a Lei n. 9.841 institui o novo Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, que ampliou os benefícios àquelas categorias empresariais, revogou por completo as leis n.º 7.256/84 e n.º 8.864/94 e recebeu integralmente a Lei do Simples.

No âmbito tributário, a Lei do Simples foi alterada pela Lei n. 9.732/98 e pela Lei n. 9.779/99, que tratou de hipóteses de exclusão do SIMPLES. Já nos anos 2000, o legislador prosseguiu no trabalho de criação de normas tributárias específicas, editando as Leis n.º 10.034/00, 10.637/02, 10.964/04 e 11.051/04, todas com foco no SIMPLES.

3.2 Avanços normativos que beneficiam as microempresas e as empresas de pequeno porte no Século XXI e o surgimento da LC 123/06

Em 2002, o Código Civil estabeleceu, em seu artigo 970, que a lei deve assegurar um "tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes" (BRASIL, 2002).

No ano seguinte, a Emenda Constitucional n. 42/2003, trouxe mudanças significativas ao Sistema Tributário Nacional. Nos termos do artigo 146, III, alínea "d" da CF/88, caberia à lei complementar fixar normas gerais sobre a "definição de tratamento diferenciado e favorecido para as Microempresas e para as Empresas de Pequeno Porte, inclusive regimes especiais ou simplificados" (BRASIL, 1988).

A fim de regulamentar esse artigo da Constituição Federal, foi sancionado pelo Presidente da República, após regular tramitação no Congresso Nacional, a Lei Complementar n.º 123, passando a vigorar a partir de 14 de dezembro de 2006, exceto quanto ao capítulo concernente às questões tributários, o qual entrou em vigor em julho do ano seguinte.

Ainda em 2007, houve a aprovação da Lei n.º 11.598, que estabelece "diretrizes e procedimentos para a simplificação e integração do processo de registro e legalização de empresários e de pessoas jurídicas" (BRASIL, 2007). Além disso, ela criou a Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (REDESIM).

Assim, a Lei Complementar n.º 123/06 surgiu para regulamentar o tratamento diferenciado concedido às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, previsto como princípio no artigo 170, inciso IX da Constituição Federal, que versa:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (BRASIL, 1988)

Nesse mesmo sentido, o seu surgimento deu efetividade ao comando inserido no artigo 179 da mesma Carta Magna, que define como regra à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios dispensar "às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei" (BRASIL, 1988).

4 PRINCIPAIS BENEFÍCIOS PARA MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E MICROEMPREENDEDORES INDIVIDUAIS COM O SURGIMENTO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06

Também conhecida como Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, Lei Complementar nº. 123/2006 foi criada para regulamentar o tratamento favorecido, simplificado e diferenciado as categorias empresariais de micro e pequena empresa, conforme os ditames previstos na Constituição Federal, de 1988, especialmente em seus artigos 146, III, "d", 170, IX e 179.

4.1 Do tratamento diferenciado

A LC 123/06 garante, nos termos do artigo 1º, parágrafo 3º, que "toda nova obrigação que atinja as microempresas e empresas de pequeno porte deverá apresentar, no instrumento que a instituiu, especificação do tratamento diferenciado, simplificado e favorecido para cumprimento" (BRASIL, 2006), sob pena de não ser exigido às Micro e Pequenas Empresas.

Este tratamento visa ao desenvolvimento do crescimento econômico, através de incentivos que simplificam as obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias, creditícias das MPEs, além de outros benefícios como a criação de programas de inovação técnica da operação destas empresas.

Não se pode olvidar que tais benefícios também têm como alvo o desenvolvimento e fortalecimento da economia, possibilitando maior competitividade às micro e pequenas empresas, e conseqüentemente contribuindo para a geração de emprego, redução da informalidade, distribuição de renda e inclusão social.

4.2. Dos benefícios administrativos

A fim de diminuir a morosidade e os custos dos processos de abertura e fechamento de empresas, a LC 123 prevê que os trâmites relativos ao registro, alteração e baixa de empresas, devem ser simplificados, com entrada única de dados e documentos, integrando todos os órgãos e entes envolvidos, por meio do sistema informatizado, nos termos do artigo 8º (BRASIL, 2006).

Ademais, o sistema informatizado deve permitir o compartilhamento de dados e a criação da base cadastral única de empresas. Sendo vedado aos órgãos e entidades integrados ao sistema informatizado fazer exigências de natureza documental ou formal além das previstas na LC.

Ainda, para os microempreendedores individuais, a LC prevê no parágrafo 3º, do artigo 4º, a redução a zero de

todos os custos, inclusive prévios, relativos à abertura, à inscrição, ao registro, ao funcionamento, ao alvará, à licença, ao cadastro, às alterações e procedimentos de baixa e encerramento e aos demais itens relativos ao Microempreendedor Individual, incluindo os valores referentes a taxas, a emolumentos e a demais contribuições relativas aos órgãos de registro, de licenciamento, sindicais, de regulamentação, de anotação de responsabilidade técnica, de vistoria e de fiscalização do exercício de profissões regulamentadas (BRASIL, 2006).

4.3 Dos benefícios tributários

A LC 123, em seu artigo 12, instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

Para Guerra (2007, p. 26) “o mecanismo tributário do Supersimples unificou o recolhimento de oito impostos, além das contribuições Federais, Estaduais e Municipais. O seu recolhimento é único, ou seja, num único documento ou formulário, reduzindo a burocracia”.

O Simples Nacional consiste em um sistema de desoneração tributária e simplificação de vários procedimentos. Em síntese, é a concentração num único recolhimento mensal do imposto de renda da pessoa jurídica (IRPJ), imposto sobre produtos industrializados (IPI), contribuição social sobre lucro líquido (CSLL), contribuição para o financiamento da seguridade social (COFINS), contribuição para PIS/PASEB, contribuição patronal previdenciária (CPP) – prevista no artigo 22 da Lei 8.212/91, salvo nos casos do artigo 18, § 5, alínea “c”, em nova redação dada a LC 123/06 (obras de engenharia civil em geral, serviços de paisagismo e decoração de interiores e serviços de vigilância limpeza ou conservação) –, imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal de comunicação (ICMS) e imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN).

Ademais, as MPEs que optarem pelo Simples Nacional, estarão dispensadas do pagamento de contribuições para entidades de serviço social autônomo e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

Já para os microempreendedores individuais, o Simples Nacional abarca três impostos em uma única guia, quais sejam: CPP, ICMS e ISS. O recolhimento será em

valores mensais fixos, independentemente da sua receita bruta auferida, e ele é isento dos demais impostos.

4.4 Dos benefícios previdenciário e trabalhista

Quanto às obrigações trabalhistas, nos termos do artigo 51, as MPEs estão dispensadas:

- I - da afixação de Quadro de Trabalho em suas dependências;
- II - da anotação das férias dos empregados nos respectivos livros ou fichas de registro;
- III - de empregar e matricular seus aprendizes nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem;
- IV - da posse do livro intitulado “Inspeção do Trabalho”; e
- V - de comunicar ao Ministério do Trabalho e Emprego a concessão de férias coletivas.

Ainda, o artigo 54 da LC faculta ao empregador das MPEs “ser representado perante a Justiça do Trabalho por terceiros que conheçam dos fatos, ainda que não possuam vínculo trabalhista ou societário” (BRASIL, 2006).

4.5 Dos benefícios creditícios

Na LC 123/06 há previsão no seu artigo 57 que:

O Poder Executivo federal proporá, sempre que necessário, medidas no sentido de melhorar o acesso das microempresas e empresas de pequeno porte aos mercados de crédito e de capitais, objetivando a redução do custo de transação, a elevação da eficiência alocativa, o incentivo ao ambiente concorrencial e a qualidade do conjunto informacional, em especial o acesso e portabilidade das informações cadastrais relativas ao crédito.

Temos que alguns dispositivos da LC visam a garantir às MPEs condições mais favoráveis de crédito com encargos financeiros menos onerosos, juros mais baixos, dispensa de prestação de garantias e uma melhor agilidade na execução dos procedimentos de acesso ao crédito.

4.6 Dos benefícios nas licitações

A Administração Pública, nos âmbitos federal, estadual e municipal, ao realizar procedimento de licitação deverá obrigatoriamente conceder tratamento diferenciado e favorecido às MPEs, objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social, a ampliação da eficiência das políticas públicas, bem como o incentivo à inovação tecnológica.

A fim de garantir o tratamento diferenciado e favorecido para os pequenos negócios nas licitações, a administração pública, nos termos do artigo 48 da LC 123:

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Além disso, em caso de empate no certame, a Administração deverá dar preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. As situações de empate são consideradas nos casos em que as propostas são iguais, e também, naquelas que sejam até 10% superiores à proposta mais bem classificada.

Outrossim, cabe aos entes e órgãos públicos, nas licitações, exigir a comprovação de regularidade fiscal e trabalhista das MPEs apenas no ato de assinatura do contrato, nos termos do artigo 42 da LC 123/06. Bem como, havendo alguma irregularidade, deverá a Administração conceder o prazo de cinco dias para sanar as restrições.

5. CONCLUSAO

No decorrer deste artigo vimos, através do referencial teórico apresentado, os conceitos e principais aspectos acerca das microempresas, empresas de pequeno porte e microempreendedores individuais, especialmente no que diz respeito à

relação destas com a Lei Complementar n.º 123, de 2006, trazendo ao estudo os principais benefícios que a referida LC instituiu.

A LC n.º 123/06 surgiu para regulamentar o tratamento diferenciado concedido às micro e pequenas empresas, previsto como princípio nos artigos 170, inciso IX e 179 da Constituição Federal.

Importantes benefícios foram introduzidos no ordenamento jurídico. Na seara administrativa, houve a simplificação dos trâmites relativos ao registro, alteração e baixa de empresas, com entrada única de dados e documentos, integrando todos os órgãos e entes envolvidos, por meio do sistema informatizado. No campo tributário tivemos a criação do Simples Nacional, consistente em um sistema de desoneração tributária e simplificação de vários procedimentos. Foram instituídos, ainda, benefícios creditícios, com condições mais favoráveis de crédito e encargos financeiros menos onerosos, juros mais baixos, dispensa de prestação de garantias e uma melhor agilidade na execução dos procedimentos de acesso ao crédito. No âmbito das licitações, importantes benefícios foram criados, devendo a Administração Pública obrigatoriamente conceder tratamento diferenciado e favorecido às MPEs, como nos casos de empate do certame e na comprovação de regularidade fiscal e trabalhista das MPEs.

Outrossim, a LC 123/06 instituiu a figura do microempreendedor individual, a qual lhe concede um conjunto de benefícios – como cobertura previdenciária, emissão de nota fiscal e participação simplificada em processo licitatório-, a fim de incentivar a sua formalização no mercado de trabalho, em razão dos altos índices de trabalho informal no Brasil.

Portanto, este trabalho contribuiu, fundamentalmente, para aprofundar o debate acerca do tratamento diferenciado concedido às micro e pequenas empresas e aos microempreendedores individuais, e como se pode observar, algumas medidas importantes já foram adotadas, objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 25 mai 2018.

_____. **Lei Complementar n. 147, de 07 de agosto de 2014**. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, e as Leis nos 5.889, de 8 de

junho de 1973, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 9.099, de 26 de setembro de 1995, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 8.934, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp147.htm > Acesso em: 25 mai 2018.

_____. **Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006.** Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm > Acesso em: 23 mai 2018.

_____. **Lei Complementar nº. 128, de 19 de dezembro de 2008.** Altera a Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp128.htm>. Acesso em: 25 de mai 2018.

_____. **Lei Complementar nº. 155, de 27 de outubro de 2016.** Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, para reorganizar e simplificar a metodologia de apuração do imposto devido por optantes pelo Simples Nacional; altera as Leis nos 9.613, de 3 de março de 1998, 12.512, de 14 de outubro de 2011, e 7.998, de 11 de janeiro de 1990; e revoga dispositivo da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp155.htm#art1> Acesso em: 25 de mai. 2018.

_____. **Lei n. 7.256, de 27 de novembro de 1984.** Estabelece Normas Integrantes do Estatuto da Microempresa, Relativas ao Tratamento Diferenciado, Simplificado e Favorecido, nos Campos Administrativo, Tributário, Previdenciário, Trabalhista, Crédito e de Desenvolvimento Empresarial. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7256.htm > Acesso em 03 mar 2019.

_____. **Lei nº 8.864, de 28 de março de 1994.** Estabelece normas para as microempresas (ME), e Empresas de Pequeno Porte (EPP), relativas ao tratamento diferenciado e simplificado, nos campos administrativo, fiscal, previdenciário, trabalhista; crédito e de desenvolvimento empresarial (art. 179 da Constituição

Federal). Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8864.htm > Acesso: 20 dez 2018.

_____. **Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.** Dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9317.htm > Acesso em 04 mar 2019.

_____. **Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999.** Institui o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dispondo sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido previsto nos arts. 170 e 179 da Constituição Federal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9841.htm > Acesso em: 20 jan 2019.

_____. **Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998.** Altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Lei no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9732.htm > Acesso em: 20 mar 2019.

_____. **Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999.** Altera a legislação do Imposto sobre a Renda, relativamente à tributação dos Fundos de Investimento Imobiliário e dos rendimentos auferidos em aplicação ou operação financeira de renda fixa ou variável, ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES [...]. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9779.htm > Acesso em: 21 mar 2019.

_____. **Lei nº 10.034, de 24 de outubro de 2000.** Altera a Lei no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, que institui o Sistema Integrado de Imposto e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10034.htm > Acesso em 10 mar 2019.

_____. **Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002.** Dispõe sobre a não-cumulatividade na cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), nos casos que especifica; sobre o pagamento e o parcelamento de débitos tributários federais, a compensação de créditos fiscais, a declaração de inaptidão de inscrição de pessoas jurídicas, a legislação aduaneira, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10637.htm > Acesso em 12 mar 2019.

____. **Lei nº 10.964, de 28 de outubro de 2004.** Dá nova redação a dispositivos das Leis de nos 8.010, de 29 de março de 1990, e 8.032, de 12 de abril de 1990, para estender a cientistas e pesquisadores a isenção tributária relativa a bens destinados à pesquisa científica e tecnológica; e faculta a inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, das pessoas jurídicas que especifica. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.964.htm > Acesso em: 11 mar 2019.

____. **Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004.** Dispõe sobre o desconto de crédito na apuração da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL e da Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins não cumulativas e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11051.htm > Acesso em: 11 mar 2019.

____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm > Acesso em: 10 mar 2019.

____. **Lei nº 11.598, de 3 de dezembro de 2007.** Estabelece diretrizes e procedimentos para a simplificação e integração do processo de registro e legalização de empresários e de pessoas jurídicas, cria a Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios - REDESIM; altera a Lei no 8.934, de 18 de novembro de 1994 [...]. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11598.htm > Acesso em: 22 fev 2019.

____. **Projeto de Lei Complementar n.º 123, de 2004.** Disponível em: < www.camara.gov.br/sileg/integras/355888.pdf > Acesso em: 25 mai 2018.

GUERRA, Luiz Antônio. **Temas de direito empresarial.** Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

MOTA JR., João Francisco. **O estatuto geral das microempresas e empresas de pequeno porte brasileiro - a nova lei complementar n. 123/2006.** Revista Derecho y Cambio Social, n. 11, ag. 2007.

Portal do Empreendedor. Disponível em: < <http://www.portaldoempreendedor.gov.br/> > Acesso em: 15 set. 2018

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CRIME DE TRÂNSITO E SUAS CONSEQUÊNCIAS PENAIS. LEI Nº 9.503/1997.NOVA ALTERAÇÃO LEI 13.546 DE 20 DE DEZEMBRO DE 2017

MARIA IVANEIDE MARQUES VITA:
Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus
CEULM/ULBRA³

RESUMO: O presente trabalho visa determinar quais são as causas e ações que estão sendo realizadas para as melhorias por vias de ajudar e a reprimir, prevenir e lidar com diminuição dos crimes no trânsito. O problema dos acidentes é muito mais sério do que se pensa os condutores. A irresponsabilidade e falta de atenção dos que cometem a infração criminal sempre vem, através do álcool e entorpecentes, essas são as maiores causadoras do crime no trânsito. Também há outro fator significativo briga no trânsito, o grande problema, é que na maioria das vezes essa análise é feita sem levar em consideração as demais circunstâncias do caso, não se há de aceitar a matematização do direito penal, sugerindo a presença de excepcional elemento subjetivo do tipo pela simples verificação de um fato isolado, qual seja, a embriaguez ou fator substâncias do agente causador do resultado no caso os condutores.

Palavras-chave: Acidente, Crime, Solução, Penalidades, Problema.

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo determinar cuáles son las causas y acciones que se están llevando a cabo para el mejoramiento a través de formas de ayudar y reprimir, prevenir y atender la reducción de los delitos de tránsito. El problema de los accidentes es mucho más grave de lo que piensan los conductores. La irresponsabilidad y falta de atención de quienes cometen el delito siempre llega, a través del alcohol y los estupefacientes estas son las mayores causas de delincuencia en el tráfico. También hay otro factor significativo en la lucha en el tráfico, el gran problema, es que la mayoría de las veces este análisis se hace sin tener en cuenta las demás circunstancias del caso, no se acepta la matematización del derecho penal, sugiriendo la presencia de un elemento excepcional y subjetivo del tipo por la simple verificación de un hecho aislado, es decir, el factor de intoxicación y sustancia del agente que provoca el resultado en el caso de los conductores.

Palabras clave: Accidente, Crimen, Solución, Sanciones, Problema.

Sumário: Introdução. 1. Crime no trânsito e suas consequências penais. 2. Fiscalização e prevenção. 2.1. Da prevenção aos condutores 2.2. Combate a violência no trânsito. 3. Reflexo dos órgãos no amparo legal da justiça e da mobilidade eficaz. 4. Conclusão. 5. Referências.

Introdução

Reflexo que ocorre dentro da sociedade, vem, sendo implantados projetos de reconstrução sólida para tentar solucionar a questão da violência no trânsito, é hoje parte central dessa discussão do aumento proporcional, é o assunto permeado em todos os órgãos responsáveis, Combate à violência, e na sua disposição preliminares, onde se pode explicar que todo condutor deveria ter atenção em conduzir nas grandes cidades.

Neste dilema, há uma grande necessidade nas classes motorizadas que dirigem por meio eficaz, diante deste paradigma é necessário que as autoridades de trânsito façam o indivíduo entender que as ruas não é lugar de velocidade e tal pouco Tal aspecto subjetivo, aliás, é o que permite a responsabilização penal, já que pelo resultado só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente. Para tanto, no decorrer do artigo, foi esclarecido o conceito de dolo eventual e de culpa consciente, que, em verdade, é apenas o primeiro passo para a compreensão do tema. Também foi explorada a análise das teorias diferenciadoras entre o dolo eventual e a culpa consciente, dentre as quais se destacaram a teoria da vontade e a teoria da probabilidade.

Embora a violência seja um problema Nacional que ultrapassa as fronteiras dos Estados, tamanha é a preocupação com o tema que surgiram debates, no âmbito penal, a respeito do elemento subjetivo (dolo eventual ou culpa consciente) dos condutores embriagados, em especial diante da sensação de impunidade causada pela pena *irrisória* do artigo 302, *caput*, da Lei 9.503/97, que trata do homicídio culposo na direção de veículo automotor, o que acarreta importantes reflexos nas searas penal (pena aplicável em abstrato etc.) e processual penal (rito procedimental a ser seguido etc.).

Portanto, neste contexto é que sobressai a importância do presente artigo científico, que se destina a realizar uma análise dos conceitos de dolo eventual e de culpa consciente, e de suas teorias diferenciadoras, para, em seguida, identificar, no âmbito jurídico doutrinário e jurisprudencial, se a embriaguez ou substâncias é fatores capazes de, por si só, caracterizar o dolo eventual no homicídio provocado na direção de veículo automotor. utilizei pesquisas bibliográfica e de normas jurídicas Nacionais, por meio de artigos, periódicos e livros sobre conceitos e teorias relacionadas à jurisprudencial acerca do tema proposto por meio de pesquisa qualitativa.

1. CRIME NO TRÂNSITO E SUAS CONSEQUÊNCIAS PENAIS

Observa-se um grande contingente de fiscalização no trânsito se deslocando externamente nas ruas das grandes cidades e rodovias do Brasil, o que implica na urgente tarefa de confrontar os fatos com o direito, a fim de se executar soluções políticas que tragam resultados positivos tanto para os estados quanto para os pedestres que muitas das vezes são vítimas deste crime de trânsito. Diante desse cenário, o presente trabalho pretende, a partir da compreensão da complexidade dos crimes de contra as vítimas que têm expostas a vulnerabilidade que de fato acabam sendo uma violação contra a saúde pública. Escolhido este tema da pesquisa que mostrará como acontece com as pessoas mal intencionadas e a forma como é esse tipo de crime demonstrar segundo esse reconhecimento.

Conforme pesquisas já demonstram não ser suficientes para avaliar a pertença de um indivíduo que grande o desrespeitos em prol às claras e a importância do trabalho dos agentes de fiscalização, trabalho realizado pelos órgãos da Polícia Militar, Polícia Civil e Polícia Rodoviária Federal, para coibir as infrações e os crimes de trânsito, pois essa responsabilidade cabe ao Estado e Município, haja visto que as infrações cometidas nesta esfera social ferem as Normas Nacionais de Trânsito. É relevante termos a consciência de que esses refugiados não irão parar de deixar seus países de origens para fugir da pobreza e de toda perseguição que enfrentam oportunidade de ter uma vida digna.

Um marco histórico e segundo estudo verificado os dados que acompanha o Código de Trânsito, e encorajamento que o condutores exerçam sua liberdade de "ir" e "vir" com base no artigo e suas alterações introduzidas pela Lei 13.546/17 referem-se apenas aos crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa, quando praticados na direção de veículo automotor (artigos 302 e 303, do Código de Trânsito Brasileiro, respectivamente).

Artigo 302

O agente pratica o crime conduzindo o veículo sob influência de álcool ou de qualquer outra substância proibida que determine dependência:

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:

Penas – detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

(...)

§ 3º Se o agente conduz veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância proibida que determine dependência:

Penas – reclusão, de cinco a oito anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor:

Penas – detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

(...)

§ 2º A pena privativa de liberdade é de reclusão de dois a cinco anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo, se o agente conduz o veículo com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância proibida que determine dependência, e se do crime resultar lesão corporal de natureza grave ou gravíssima.

O contexto procede segundo o autor a caracterização do homicídio culposos não pode se resumir em imprudência, negligência ou imperícia, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto ao condutor pode agir dentro das normas da legislação e mesmo assim acabar cometendo homicídio por agir de forma desatenta.(Capez- 2014).

Não concordamos com autor, pois o mesmo se o condutor não infringir nenhuma norma e agir com falta de cuidado e atenção estará caracterizada a imprudência ou negligência. De qualquer forma é o comportamento do agente que dá causa ao resultado. O delito de homicídio culposos previsto atualmente no Código de Trânsito Brasileiro é necessário levar em consideração todas as circunstâncias e elementos de cada caso concreto. De forma (BRASIL, 2019)..

Homicídio culposos é aquele que se dá quando, atuando o agente, causa a morte de alguém, por ter omitido a cautela, a atenção ou a diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado, em face das circunstâncias, sendo -lhe exigível na situação concreta em que se encontrava um comportamento.

De que forma os órgãos públicos podem colaborar para diminuição do crime no trânsito? Elaborando projetos e preparando licitações para viabilizar, em 2021 ou 2022, o início de combater as infrações que produzam efeitos daqui a cinco anos, dez anos. São ideias que órgãos conceberam imaginando apenas os benefícios que trarão para a cidade para Brasil, sem perder tempo com mesquinhas, como ficar imaginando quais nomes vão aparecer na estatística de crime no trânsito.

Temos de pensar, a sério, hoje implantando, em placas sinalizadoras indicando a sinalização correta para condutores, que serão mais bem aproveitados as avenidas, ruas e rodovias. A correta análise dos institutos, aliás, conforme destaca Callegari (2013, p. 286), é fundamental para que “não se distorçam os conceitos elementares da teoria do delito e que o enquadramento obedeça a critérios de racionalidade e não de passionalidade”. O comportamento do motorista quando ultrapassar o limite de velocidade por causa da embriaguez, e substância proibida é possível verificar que há dolo quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

2. FISCALIZAÇÃO E PREVENÇÃO

Fornecimento de acomodação mesmo que em um local em que o agente é chamado e neste local há uma infração de trânsito se ele não puder agir atuando o veículo, ele deverá agir para proteger a vida é o bem mais importante a ser protegido. Já os órgãos e entidades de trânsito devem estar em perfeita harmonia para que as ações possam estar plenamente planejadas garantindo total eficiência na aplicação das normas garantindo o bem estar da sociedade, pois o agente de trânsito inicia seus exercícios em combater a segurança pública, a salubridade e saúde pública.

Sendo assim, observada através dos meios de comunicações televisionada, falada e escrita, tornando-se pública e notória as constantes notícias de ocorrências de acidente na contemporaneidade, levando a sociedade a clamar pela criação e efetiva aplicação das Leis, que, que venham a punir tais condutas de forma mais severa sobre punição dos infratores.

Com efeito, uma opinião pública desinformada ou a manipulação da informação com objetivos excetuando-se a competência da União, que é exercida pela Polícia Rodoviária Federal. Cabe também aos Estados- membros, levar seus agentes predominante aos locais para conferir dado e destinar-se direta e indiretamente a coibir a violação da ordem pública e jurídica a defender incolumidade do Estado, das pessoas e do patrimônio a restaurar a normalidade de situações e comportamentos que se opõem a esses valores.

No entendimento deste Artigo 311(CTB), não se permitem trafegarem em velocidade incompatível com segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de

embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano.

2.1. DA PREVENÇÃO AOS CONDUTORES

Em conformidade, a proteção ao trânsito seguro é igualmente abarcada pelo seu artigo 5º inciso XV Constituição Federal, que determina ser livre a qualquer indivíduo a locomoção no território em tempo de paz, podendo nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens, nos termos da lei.

Artigo 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:

Inciso XV- é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

O trânsito mata cinco ou mais pessoas no trânsitos todos os dias e manda para os hospitais aproximadamente 35 pessoas vítimas de acidente urbano a cada hora no Brasil. Ao todo mais de 1,6 milhão de pessoas ficaram feridas em 10 (dez) anos, ao custo de 3,1 bilhões ao SUS(Sistema Único de Saúde) e 492 mil pessoas faleceram vítimas de acidente de trânsito Brasileiro.

Dados foram informados pelo(CFM) Conselho de Federal de Medicina, que foi realizado em Brasília(DF) evento nacional para tratar do problema de trânsito.

Organização Mundial da Saúde(OMS) mostrou que nos últimos 15 anos a taxa de mortalidade no trânsito se manteve estável até ano 2019 porque esse ano 2020 já se passaram da evidência do ano anterior, em relação ao tamanho da população mundial.

Os fatos são numerosos, pois nessa pesquisa não terem aumentado até 2019 e pode até soar positivo para a sociedade, mas é preciso lembrar que estamos falando da morte de 1,35 milhões de pessoas ao ano, além de 50 milhões de feridos. A relevância dos números de acidentes em rodovias cai em 2019, mas total de vítimas aumenta em 2019, teve redução de 2,6% nos acidentes em rodovias em relação aos anos anteriores, Agora em 2020 teve um grande porcentagem de acidente número de vítimas (mortos e feridos) subiu 3,3 %. Ao todo, 5.332 pessoas faleceram no trânsito no ano 2018, contra 5.269 fatalidades registradas em no mesmo ano. Esta foi

1ª alta do número em 7 (sete) anos. Desde 2012 a 2018, o número de mortes teve redução de 39,2%.

Segundo o Departamento Estadual de Trânsito do Amazonas(DETRAN-AM), reforçou a fiscalização nas ruas da cidade de Manaus e Município durante o feriado do Réveillon e reduziu o número de vítimas fatais envolvidas em acidentes de trânsito na capital Amazonense. De dezembro do ano passado à janeiro de 2018 foram registradas apenas 3 (três) mortes, já em 28 de dezembro do ano passado e a última terça- feira(1ª) não houve registro de vítimas fatais em acidentes de trânsito, houve uma queda de 100%.

Conforme os dados da Secretária Executiva Adjunta de Inteligência(Seai), da Secretária Pública do Amazonas(SSP/AM), e foram divulgados no diário do detran pelo diretor presidente do Detran/AM.

2.2. COMBATE A VIOLÊNCIA NO TRÂNSITO

O combate à embriaguez ao volante vem sendo ostensivo há alguns anos, principalmente depois da Lei Seca. Agora, o governo tem outra prioridade: implementar o uso do “drogômetro” para reduzir o número de acidentes e mortes no trânsito. Todos os dias os condutores são parados em blitz e orientados da responsabilidade do cinto de segurança e de conscientização do trânsito.

O que é de consenso geral é que algo precisa ser feito para coibir o uso de drogas ao volante e álcool. “O exame toxicológico, de uma certa forma, é bastante falho pois, o condutor usuário, sabendo que precisa fazer o exame, se abstém por um período para “limpar” o organismo e não ser pego no toxicológico. Com o “drogômetro” isso não será possível”, diz Pietsak.(02/2019)

“Punição”

Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência é infração de trânsito, com multa de R\$ 2.934,70 e suspensão do direito de dirigir por 12 meses. Além disso, o condutor pode ser enquadrado no Art.306 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) que prevê pena de seis meses a três anos de prisão, por “conduzir o veículo com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”. De acordo com a reportagem do o Globo, o governo analisa, também, uma possível alteração no CTB. (In Trânsito- 2020).

Em vista do objeto do presente artigo, porém, examinaremos apenas o conceito de culpa consciente, que, em apertada síntese, ocorre quando o agente,

após prever o resultado, acredita que ele não irá acontecer, em razão de suas habilidades especiais, sob a influência de álcool e/ou outra substância psicoativa que determine dependência, atenderá aos anseios da sociedade, que vem clamando por uma punição mais rígida para aqueles que não se importam em dirigir após o consumo de álcool e/ou outras substâncias psicoativas.

A falha desta teoria, conforme adverte o autor, ocorre nos casos em que “o sujeito, mesmo sendo consciente da escassa probabilidade de que sua conduta causara o resultado típico, atuava, ainda assim, com a intenção de provocá-lo”, pois a hipótese se amolda mais ao conceito de dolo do que ao de culpa consciente.(Callegari- 2011, p.309).

Com base na pesquisa mostrar como acontece com as pessoas mal intencionadas e a forma como é esse tipo de crime demonstrar segundo relatório nacional. O avanço sobre esse assunto vem sendo relatado conforme os órgãos competentes no combater a violência no trânsito.

3. REFLEXO DOS ÓRGÃOS NO AMPARO LEGAL DA JUSTIÇA E A MOBILIDADE EFICAZ

O artigo Código Penal 306 do Código de Trânsito Brasileiro é formado, entre outros quem desobedecer às ordens emanadas da autoridade competente de trânsito ou de de seus agentes. Trata-se de infração de natureza grave que acarreta a imposição de multa.

“[...] Contudo, pode haver delito culposo quando o indivíduo dirige embriagado ou feito uso de drogas ilícitas e em velocidade superior à permitida (STJ, Apn 189-RS, Corte Especial, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 5-9-2001). Há entretanto, um segmento da doutrina e da jurisprudência que, em determinadas situações, como o acidente de trânsito provocado pelo excesso de velocidade, ou pelo fato de o condutor se encontrar em estado de embriaguez, ou em decorrência de competição não autorizada (racha), ou pelo fato de o agente não possuir habilitação para dirigir, tem considerado, por vezes, a existência de dolo eventual” (CAPEZ, 2012, p. 141).”

De conformidade com presente o iter criminis, composto pelas percorrida pelos agentes para chegar uma solução de consumação. Considerando que não se pode negar a vigência da lei e transformar em letra morta o § 2º do art. 308, e tendo em vista a interpretação entre os dispositivos da mesma lei, será possível construir a seguinte distinção.

“A tentativa é a realização incompleta do tipo penal, do modelo descrito na lei. Na tentativa há prática de ato de execução, mas o sujeito não chega a consumação por circunstância”.

Assim, parece ser razoável a interpretação sugerida pelo autor, pois busca preservar o texto da lei, de forma que nenhuma construção dogmática entre em contradição com a norma legal.

Vale salientar nos seguintes conflitos registrados;

Basta examinarmos os processos dessa natureza para percebermos que na grande maioria dos casos, os condutores têm maior responsabilidade, a conclusão acerca do dolo eventual é automática, ou seja, a presunção de que o agente assumiu o risco de produzir o resultado (morte ou lesão corporal) decorre do simples fato de ele estar embriagado no momento do acidente.

Atualmente foi feito um outro importante levantamento foi realizado pelo Instituto Sangari, especializado em pesquisas científicas. O estudo aponta que o Brasil é o segundo país do mundo em mortes em acidentes de motos. Nos últimos 15 anos a taxa de mortalidade aumentou 846%, enquanto a de carros, por exemplo, foi de 58%. Todos esses números abrem a pergunta: essas mortes acontecem por puro acidente ou são causadas pela falta de consciência? De acordo com a Guarda Municipal de (SP), 90% dos acidentes são ocasionados por imprudência dos motoristas ou pedestres. Isso implica dizer que as cenas chocantes que são mostradas todos os dias poderiam ser evitadas.

- a) O condutor que praticou um crime de trânsito poderá ser preso em flagrante pela autoridade policial.
- b) O condutor que praticou um crime de trânsito poderá ser preso em flagrante pela autoridade policial.
- c) Nesse caso, o delegado de polícia poderá conceder a liberdade mediante o pagamento de uma fiança, conforme disposto no art. 322 do Código de Processo Penal:

PENAL. HOMICÍDIO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ. PRESUNÇÃO SIMPLÓRIA DE DOLO EVENTUAL. IMPOSSIBILIDADE SEM MAIORES DEMONSTRAÇÕES QUE LEVEM A CONCLUIR PELO ELEMENTO VOLITIVO. IMPETRAÇÃO

NÃO CONHECIDA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA RESTABELECE A DECISÃO DO JUÍZO SINGULAR. 1 – Não descritos na denúncia elementos que demonstrem o dolo, ainda que na forma eventual, não se pode ter por escorreito o acórdão que encampa acusação nesses moldes deduzida. 2 – A embriaguez, por si só, sem outros elementos do caso concreto, não pode induzir à presunção, pura e simples, de que houve intenção de matar, notadamente se, como na espécie, o acórdão concluiu que, na dúvida, submete-se o paciente ao Júri, quando, em realidade, apresenta-se de maior segurança a aferição técnica da prova pelo magistrado da tênue linha que separa a culpa consciente do dolo eventual. 3 – Impetração não conhecida, mas concedida a ordem de ofício para restabelecer a decisão de primeiro grau que desclassificou a conduta para homicídio culposo de trânsito. (STJ – HC: 328426 SP 2015/0153353-7, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Publicação: DJ 03/08/2015) (BRASIL, 2019).

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR, SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA DE PLANO. EXCLUSÃO DO DOLO EVENTUAL. NECESSIDADE DE ACURADA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A existência de eventual erro na tipificação da conduta pelo Órgão Ministerial não torna inepta a denúncia e, menos ainda, é causa de trancamento da ação penal, pois o acusado se defende do fato delituoso narrado na exordial acusatória e, não, da capitulação legal dela constante. 2. O trancamento da ação penal pela via de habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, que há imputação de fato penalmente atípico, a inexistência de qualquer elemento indiciário demonstrativo de autoria do delito ou, ainda, a extinção da punibilidade.

Lei 9503/97 atualizada

A Lei 9503 refere-se às responsabilidades que devem ser tomadas no trânsito, sendo elas por vias terrestres, em território nacional e aberto à circulação. Além disso,

o termo trânsito está relacionado à utilização de vias por pessoas, veículos e animais, sejam eles isolados ou em grupos, com fins de circulação, parada, estacionamento ou carga e descarga.

A Lei 9503, no Art. 306, traz algo importante a ser mencionado: o esclarecimento acerca dos perigos da condução de veículos com a capacidade psicomotora alterada, devido à utilização de álcool ou outras substâncias que venham a fazer essa alteração.

Ainda sobre o referido artigo, é válido ressaltar que as penas ali previstas podem ser de detenção de seis meses a três anos, multas e suspensão ou proibição da obtenção da permissão ou da habilitação para dirigir algum veículo automotor após a apreensão.

Segundo ROUSSEAU:

O homem é bom, mas a sociedade deprava-o e torna-o miserável. No Brasil, atualmente, a crescente taxa de alcoolismo entre a população é resultado dessa miséria social, retratada pelo filósofo. Sendo assim, faz-se necessária a observação dos fatores que potencializam essa problemática, sendo a aceitação social do álcool e a ineficácia de políticas governamentais, os maiores causadores.

Primeiramente, vale ressaltar que bebidas contendo álcool são prejudiciais a saúde, assim, também as drogas ilícitas e podem levar à dependência física. No entanto, a falta de conhecimento sobre seus maléficos, faz com que a sociedade aceite essa droga, tornando-a parte do senso comum. De acordo com o filósofo Ralph Waldo, a saúde é a maior riqueza do homem, análogo a isso, o uso frequente de bebidas alcoólicas por alguns indivíduos, deixa-os a mercê de perder esse bem tão precioso, que é a saúde.

Ademais, além de colocar sua vida em risco, esses indivíduos alcoolizados se tornam um perigo para o trânsito, podendo causar acidentes e tirar a vida de outros cidadãos. No ano de 2013, foi colocado em vigor a Lei Seca, que proíbe conduzir automóveis sobre efeito de álcool, entretanto, o número de mortes no trânsito brasileiro causados por embriaguez aumentou significativamente nos últimos anos, segundo dados do Ministério da Saúde (MS), mostrando que tal lei não saiu de seu modelo teórico, não contribuindo para a melhoria do trânsito brasileiro, que além de perigoso, é fatal.

Fica claro, portanto, que medidas visando mudar essa realidade são necessárias, a começar com o Ministério da Saúde em parceria com os veículos midiáticos, como jornais, televisão e internet, atuando de forma conscientizadora da

população para os malefícios do álcool, por meio de campanhas publicitárias e reportagens educativas, a fim de que as bebidas alcoólicas sejam vistas pela sociedade como realmente são, drogas prejudiciais. Já o Governo, atuará de forma punitiva, tirando a Lei Seca do papel, por meio de uma maior fiscalização policial nas rodovias Federais e punições mais severas para aqueles que agirem contra a lei, a fim de que o trânsito brasileiro se normalize, diminuindo o número de mortes. E assim, o cidadão brasileiro dará mais um passo em direção ao homem bom, descrito por Rousseau.

4. CONCLUSÃO

Conforme o artigo científico conclui-se análise documental que consiste em identificar, e verificar de que forma os órgãos governamentais Detran e instituições como Secretária Executiva Adjunta de Inteligência (SEAI) vem, vislumbra o comprometimento com as políticas públicas e diretrizes eficaz para integração e combate a violência no trânsito dos Estados Brasileiros e no Amazonas.

A abordagem e síntese exige um estudo amplo do objeto de pesquisa, considerando o contexto em que ele está sendo inserido e as características da sociedade a que pertence e a conscientização e de responsabilidade do condutor, ressaltou Rodrigo Sá Diretor Geral do Departamento Estadual de Trânsito, DETRAN/AM, sendo que no interior do Estado.

Deste modo, o viés social diz respeito às diversas ações de integração e adaptação do condutor. O viés político abrange os acordos de mão-de-obra, as convenções bilaterais entre o meio de campanha e operações para reforçar nas áreas das festas de Reveillon patrocinada pela prefeitura de Manaus, de trabalho, e que se definem conforme as diferentes relações de força existentes na política públicas são nítidas duas diretrizes.

De um lado as entidades facilitadora e, resguardando a sua própria legislação perante a realidade que abala os Estados. E de outro, um órgãos combatendo a irregularidades relevante as condições que muito das vezes são objetos de restrição a cumprir as recomendações estabelecidas pelas medidas socioeducativa.

Portanto, por ser dolo e, desta forma, exigir os dois momentos, não pode ser conceituado com o desprezo de um deles, como fazem os adeptos da teoria da probabilidade, que se desinteressam, por completo, do momento volitivo. Assim, não basta que haja dolo eventual que o agente considere sumamente provável que, mediante seu comportamento, se realize o tipo, nem que atue consciente da possibilidade concreta de produzir o resultado, nem mesmo que tome a sério o perigo de produzir possível consequência acessória.

Não é exatamente no nível atingido pelas possibilidades de concretização do resultado que se poderá decretar o dolo eventual e, sim, numa determinada relação de vontade entre esse resultado e o agente. Daí a posição mais correta dos defensores da teoria do consentimento que se preocupam em identificar uma manifestação de vontade do agente em relação ao resultado.(Dolo penal- Barcelona p.92).

O trânsito seguro é direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, cabendo a eles adotar as medidas necessárias para assegurar o direito dos cidadãos.

5. REFERENCIAS

CAPEZ, Fernando;GONÇALVES, victor Eduardo Rios. Aspectos criminais do código de trânsito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva,1999.Curso de Direito Penal.

BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. 8. ed.. São Paulo: Saraiva, 2009.,

Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_01/leis/L543.htm; Acesso em: 01/08/ 2020

Fonte: Grau Curso online- Doutormultas.com.br

Barcelona Dolo Penal- p.92

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MARIA, Thereza; DE ASSIS MOURA- Data da publicação DJ. 03/08/2015 (BRASIL, 2019).

REVISTA ÂMBITO JURÍDICO - 07/08/2020.

LEI do Trânsito- 13.546/20/12/2017-

CAPEZ, 2012, p. 141

Departamento Estadual de Trânsito, **DETRAN/AM**.

Sistema Único de Saúde- 01/08/2018.

Callegari- 2011, p.309).

Organização Mundial da Saúde(2018).

In Trânsito- 2020).

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte especial 2 dos crimes contra pessoa. 10. ed. São Paulo: Saraiva.2014.

RALPH,Waldo (Filósofo)

Callegari (2013, p.286).

Fonte: **Instituto Sangari**- 09/04/2013

Pietzak (02/2019).

ROUSSEAU, Jean; Jacques(2/07/1778)

DECRETO PODE INOVAR E REVOGAR LEI? O CASO DA DIVISÃO ESPECIAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO NA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE ALAGOAS

ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS:

Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

O Diário Oficial do Estado de Alagoas, de 11 de agosto de 2020, trouxe uma inovação bastante cobrada por diversos setores públicos e privados da sociedade, vale dizer, a criação da Divisão Especial de Combate à Corrupção – DECCOR/PC/AL, vinculada a Polícia Civil do Estado de Alagoas – PC/AL, responsável por prevenir, reprimir e investigar os crimes de corrupção e lavagem de dinheiro no Estado de Alagoas[1].

De acordo com o Decreto Estadual nº 70.707/2020:

Art. 1º Fica instituída a Divisão Especial de Combate à Corrupção – DECCOR/PC/AL, unidade administrativa de natureza operacional, vinculada à Polícia Civil do Estado de Alagoas – PC/AL, cuja estrutura organizacional e distribuição de competência são estabelecidas na forma deste Decreto.

Art. 2º A DECCOR/PC/AL será dirigida por Delegado da Polícia Civil de carreira da ativa, estável no cargo, e subordinada ao Delegado-Geral da Polícia Civil do Estado de Alagoas, e constitui unidade administrativa de atuação operacional da instituição, com desempenho em todo o Estado, tendo por atribuições precípuas prevenir, reprimir e investigar:

I – a ocorrência de fraudes e crimes de corrupção praticados no âmbito da Administração Pública, cujas consequências importem em lesão ao erário e à moralidade administrativa, em especial aquelas previstas nas Leis Federais n^{os} 8.429, de 2 de junho de 1992 e 8.666, de 21 de junho de 1993;

II – os crimes praticados contra a ordem tributária em face do Estado de Alagoas, no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta; e

III – as ações que importem em “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores decorrentes dos crimes de competência dessa Divisão, bem como aqueles que lhes são conexos ou continentes.

Art. 3^o À DECCOR/PC/AL compete:

I – organizar, coordenar, orientar, prestar apoio e fiscalizar as atividades operacionais e administrativas de suas seções subordinadas, bem como acompanhar e analisar as ações planejadas e integradas com suas seções subordinadas, demais Delegacias da Polícia Civil, com o Laboratório de Tecnologia contra Lavagem de Dinheiro – Lab/LD PC/AL, e órgãos de atividades congêneres no combate à corrupção;

II – realizar ações e tomar medidas no sentido de recuperar ativos de origem ilícita;

III – efetuar gestões junto à administração da instituição quanto à resolução de eventuais demandas, no que diz respeito ao satisfatório funcionamento das unidades administrativas operacionais;

IV – incentivar os policiais civis a participarem de seminários, fóruns, cursos, congressos e outros eventos sobre a matéria de competência da DECCOR/PC/AL, para o aprimoramento do conhecimento de sua área de atuação;

V – promover convênios e manter permanente canal de diálogo e colaboração com os demais órgãos de controle e fiscalização do Estado e da União;

VI – manter o Delegado-Geral informado, diariamente, de todos os fatos relevantes ocorridos nas unidades administrativas sob sua gestão;

VII – apresentar ao Delegado-Geral, até a última quinzena do mês de janeiro de cada ano, o plano das atividades da DECCOR/PC/AL, bem como relatório das ações do ano anterior; e

VIII – desempenhar outras atividades correlatas à sua atividade ou designadas diretamente pelo Delegado-Geral.

Art. 4º A DECCOR/PC/AL é composta pelas seguintes seções administrativas:

I – Secretaria;

II – Seção Especializada no Combate à Lavagem de Dinheiro – SECLD/ DECCOR/PC/AL;

III – Seção Especializada no Combate a Crimes Contra a Ordem Tributária e Administração Pública – SECOTAP/DECCOR/PC/AL; e

IV – Seção Especializada no Combate à Corrupção – SECOR/DECCOR/ PC/AL.

Art. 5º À Secretaria compete:

I – executar todas as atividades administrativas inerentes às atividades desenvolvidas na DECCOR/PC/AL e em suas seções administrativas vinculadas; e

II – outras atividades conexas por determinação do seu titular.

Art. 6º A Seção Especializada no Combate à Lavagem de Dinheiro – SECLD/DECCOR/PC/AL, dirigida por Delegado de Polícia de carreira, da ativa, estável no cargo, subordinado à DECCOR/PC/AL tem como atribuições específicas:

I – apurar ações que importem “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores decorrentes dos crimes de competência dessa

Divisão, bem como aqueles que lhes são conexos ou continentes;

II – conduzir investigações que envolvam a ocultação, dissimulação e integração de ativos ilícitos, praticados por organizações criminosas ou em nome de interpostas pessoas, que sejam decorrentes dos crimes previstos na Lei Federal nº 9.613, de 3 de março de 1998, ou das infrações penais antecedentes;

III – apurar a conduta de qualquer pessoa que se utiliza, na atividade econômica ou financeira, de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal, bem como apurar a conduta de qualquer pessoa que participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos na Lei Federal nº 9.613, de 1998; e

IV – recuperar ativos ilícitos por meio de representação de medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado ou existentes em nome de interpostas pessoas que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos na Lei Federal nº 9.613, de 1998, ou das infrações penais antecedentes.

Art. 7º A Seção Especializada no Combate a Crimes Contra a Ordem Tributária e Administração Pública – SECOTAP/DECCOR/PC/AL, dirigida por Delegado de Polícia de carreira, da ativa, estável no cargo, subordinada à DECCOR/PC/AL, tem como atribuições específicas:

I – apurar a autoria e materialidade de infrações penais fiscais, por meio das funções de polícia judiciária, bem como colaborar com a administração tributária nas ações de fiscalização e comprovação de infrações penais, bem como apurar, por intermédio das funções de polícia judiciária, de autoria e materialidade das infrações penais e administrativas praticadas por funcionários públicos ou por particulares contra a administração em geral ou contra a administração da justiça;

II – manter permanente canal de diálogo e colaboração com as autoridades fazendárias do Estado e demais órgãos de

fiscalização tributária, objetivando melhor instrumentalizar os inquéritos policiais civis sobre a matéria; e

III – desempenhar outras atividades correlatas ou atribuídas, de acordo com a missão e funções da seção administrativa.

Art. 8º A Seção Especializada no Combate à Corrupção – SECOR/ DECCOR/PC/AL, dirigida por Delegado de Polícia de carreira, da ativa, estável no cargo, subordinada à DECCOR/PC/AL, tem como atribuições específicas:

I – apurar a ocorrência de fraudes e crimes de corrupção praticados no âmbito da Administração Pública, cujas consequências importem em lesão ao erário e à moralidade administrativa, em especial aquelas previstas nas Leis Federais nºs 8.429, de 1992 e 8.666, de 1993; e

II – apurar crimes praticados por funcionários públicos ou a eles assemelhados e por particulares contra a Administração Pública e que importem em prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito.

Art. 9º A estrutura organizacional, física, operacional e de recursos humanos da Delegacia Especializada de Crimes contra a Ordem Tributária e Administração Pública – DECOTAP, pertencente e integrante da estrutura da Polícia Civil do Estado de Alagoas, fica assimilada, absorvida e integrada à DECCOR/PC/AL, sob nomenclatura de Seção Especializada no Combate a Crimes Contra a Ordem Tributária e Administração Pública – SECOTAP/DECCOR/PC/AL.

[...]

Da análise dos dispositivos acima não restam dúvidas quanto à relevância da matéria veiculada no decreto. Trata-se de uma nova forma de atuação estatal com vistas à prevenção, repressão e investigação de crimes e atos de improbidade administrativa em face da Administração Pública.

Quanto à iniciativa do Poder Executivo Estadual, aliás, essa decorreu também em função da existência da Portaria nº 631, de 6 de julho de 2019, onde o Ministério da Justiça e Segurança Pública – no âmbito do Poder Executivo Federal – definiu

critérios sobre o rateio dos recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública aos Estados e ao Distrito Federal. Segundo a citada portaria:

Art. 1º Esta Portaria estipula os critérios de rateio dos recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública aos Estados e ao Distrito Federal referentes à transferência obrigatória de, no mínimo, 50 % (cinquenta por cento) dos recursos de que trata a alínea "a" do inciso II do caput do art. 3º da Lei nº 13.756, de 2018, contemplado as receitas decorrentes da exploração de loterias.

Art. 2º As variáveis utilizadas para definição dos critérios de rateio contemplam as dimensões criminal, sociodemográfica, de recursos humanos, de combate à corrupção e de aprimoramento do Banco Nacional de Perfis Genéticos.

Art. 3º Os critérios de rateio dos recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública são:

[...]

VIII - criação e efetivo funcionamento na Polícia Civil de unidade dedicada exclusivamente ao Combate à Corrupção.[2]

Assim, se o Estado de Alagoas não cumprisse a exigência contida no inciso VIII, do artigo 3º, da Portaria nº 631, de 6 de julho de 2019, seria proibido de se beneficiar de valiosos recursos públicos em favor da segurança pública. Irrazoável, pois, que o Estado mais pobre da federação (Alagoas) compactuasse com essa perda de valores exclusivamente pela inexistência de uma estrutura administrativa.

Nesse sentido, tanto pela exigência acima quanto pela própria urgência que o combate à corrupção recomenda, é preciso pontuar o significativo avanço que o Decreto Estadual nº 70.707/2020 buscou trazer ao criar a Divisão Especial de Combate à Corrupção – DECCOR/PC/AL, vinculada a Polícia Civil do Estado de Alagoas – PC/AL.

No entanto, há de se lembrar o pensamento do renascentista Nicolau Maquiavel e a sua máxima de que os fins justificam os meios[3].

Será?

Essa reflexão é pertinente ao se averiguar a constitucionalidade na edição do Decreto Estadual nº 70.707/2020 e o seu próprio desfecho nos últimos artigos, nos seguintes termos:

[...]

Art. 10. O art. 37 da Lei Delegada nº 47, de 10 de agosto de 2015, passa a vigorar acrescido do item 2.11, com a seguinte redação: “Art. 37. A Secretaria de Estado de Segurança Pública – SSP é integrada por: (...) 2. Gestão Estratégica: (...) 2.11. Divisão Especial de Combate à Corrupção – DECCOR/PC/AL vinculada a Polícia Civil do Estado de Alagoas – PC/AL: 2.11.1. Secretaria; 2.11.2. Seção Especializada no Combate à Lavagem de Dinheiro – SECLD/DECCOR/PC/AL /PC/AL; 2.11.3. Seção Especializada no Combate a Crimes Contra a Ordem Tributária e Administração Pública – SECOTAP/DECCOR/PC/AL /PC/AL; e 2.11.4. Seção Especializada no Combate à Corrupção – SECOR/DECCOR/PC/AL /PC/AL (...)” (AC)

Art. 11. Este decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12. Revogam-se as disposições em contrário, em especial o item 4.3.1.7 do art. 37 da Lei Delegada nº 47, de 10 de agosto de 2015.

Em palavras mais diretas, com a devida vênia, o citado decreto governamental praticou o impensável no processo legislativo, vale dizer: o decreto inovou na ordem jurídica e, ainda, revogou a lei.

Para uma breve explicação do assunto, no âmbito do Estado de Alagoas coube à Lei Delegada nº 47, de 10 de agosto de 2015, instituir o modelo de gestão da Administração Pública Estadual do Poder Executivo. Na mencionada lei estão os órgãos da Administração Direta, entre eles a Secretaria de Estado da Segurança Pública (SSP), a Polícia Civil de Alagoas e suas estruturas internas, notadamente Divisões e Delegacias[4].

Ora, salvo melhor juízo, a novel estrutura administrativa – Divisão Especial de Combate à Corrupção (DECCOR/PC/AL) – deveria ter sido criada mediante projeto de lei ordinária. Bastaria ao Chefe do Poder Executivo Estadual ter enviado tal proposta ao parlamento alagoano, o qual, após discussão, deliberação e aprovação, retornaria a minuta analisada ao Governador do Estado para sanção ou veto. É assim que prevê a Constituição Estadual de Alagoas de 1989[5]:

Art. 86. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Tribunal de Contas, ao Procurador-Geral de Justiça, ao Defensor Público-Geral do Estado e aos cidadãos, na forma prevista nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privada do Governador do Estado as leis que:

[...]

II – disponham sobre:

[...]

b) organização administrativa, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal de administração do Poder Executivo;

[...]

e) criação, estruturação e atribuição das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, direta ou autárquica e fundacional pública;

Outra opção seria o Poder Executivo solicitar a delegação ao Poder Legislativo para editar a denominada Lei Delegada, consoante prevê a mesma Carta Política estadual:

Art. 91. As leis delegadas serão elaboradas pelo Governador do Estado, que deverá solicitar delegação à Assembleia Legislativa.

[...]

§ 2º A delegação ao Governador do Estado terá a forma de resolução que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

§ 3º Se a resolução determinar a apreciação do projeto pela Assembleia Legislativa, esta a fará em votação única, vedada qualquer emenda.

No entanto, por melhores que sejam as suas intenções e seus aspectos moralizadores[6], fica evidente, salvo melhor juízo, que tal decisão do Poder Executivo violou a remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF):

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO Nº 6.618-E, DE 05.12.95, DO GOVERNADOR DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Ato pelo qual restou suspenso, pelo prazo de 120 dias, o pagamento de acréscimos pecuniários devidos aos servidores estaduais, decorrentes de concessão de vantagens e benefícios funcionais. Relevância do fundamento segundo o qual falece competência ao Chefe do Poder Executivo para expedir decreto destinado a paralisar a eficácia de ato normativo hierarquicamente superior, como a lei. Medida cautelar deferida. (ADI 1410 MC, Relator (a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 29/02/1996, DJ 01-02-2002 PP-00084 EMENT VOL-02055-01 PP-00024)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE DECRETO SUSPENDER A EFICÁCIA DE LEI. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 582487 AgR, Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 25/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 09-10-2012 PUBLIC 10-10-2012)

Nesse toar, pelos princípios da simetria concêntrica, do paralelismo das formas (ou da homologia) e hierarquia das leis, fica claro que um ato legislativo em sentido formal somente pode ser realizado da mesma forma do seu ato constitutivo, vale dizer, estas normas em destaque proíbem a revogação de uma lei através de decreto. Assim, a revogação somente poderia ocorrer por outra lei, pois, do contrário, os supracitados dispositivos constitucionais seriam violados.

Além disso, a própria criação de estrutura administrativa de alta repercussão política, jurídica e social sem a edição de lei também demonstra um vício na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro exige lei formal no processo criativo. Tanto é assim que já existe uma Lei Delegada nº 47/2015 que o Decreto Estadual nº 70.707/2020 pretendeu alterar.

É preciso, nessa linha de ideias, que o Poder Executivo ao editar atos de natureza legislativa busque observar as exigências constitucionais do ponto de vista formal e material. E mais. A matéria em deslinde que trata da prevenção, repressão e

investigação dos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro no Estado de Alagoas exigiria um amplo debate no seio do parlamento estadual, a fim de que as contribuições dos representantes da sociedade pudessem ser colhidas, até mesmo a partir de audiências públicas na linha da democracia participativa.

Isto, decididamente, é um tema de interesse de toda a sociedade.

Ao editar o Decreto Estadual nº 70.707/2020 houve, indubitavelmente e salvo melhor juízo, uma espécie de usurpação indevida das funções do Poder Legislativo já que este se viu alijado do exercício de um direito – e um dever – de exercer a sua atividade típica legiferante e fiscalizatória do Poder Executivo.

Tal situação é preocupante na medida em que Ações Diretas de Inconstitucionalidade e outras medidas de caráter individual (mandados de segurança ou ações anulatórias) perante o Poder Judiciário poderão ser manejadas visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade da novel estrutura administrativa.

Sob outra perspectiva, atos administrativos dessa estrutura recém-criada poderão ser questionados com vistas ao reconhecimento de futuras nulidades, gerando prejuízos aos fins legítimos que justificaram a sua criação como mecanismo de aperfeiçoamento da atividade persecutória criminal. Gerando-se mais impunidade.

Ainda, poderão ocorrer prejuízos futuros no que tange ao cumprimento da Portaria nº 631, de 6 de julho de 2019, onde o Ministério da Justiça e Segurança Pública – no âmbito do Poder Executivo Federal – definiu critérios sobre o rateio dos recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública aos Estados e ao Distrito Federal. Acaso haja questionamento sobre a constitucionalidade dessa novel estrutura administrativa criada no Decreto Estadual nº 70.707/2020, recursos públicos valiosíssimos poderão ser perdidos pelo Estado de Alagoas.

Também não se descuida que o Poder Legislativo, em entendendo ter ocorrido extrapolação de competência do Poder Executivo, poderá invocar a Constituição Estadual de Alagoas de 1989 para fins de sustar tal inovação na ordem jurídica sob o argumento de que ao decreto regulamentar não caberia criar essa estrutura, nos seguintes termos e sem prejuízo da fiscalização do Tribunal de Contas da União (TCU) – já que as verbas do Fundo supracitado são federais – e do Tribunal de Contas do Estado (TCE):

Art.79. Compete privativamente à Assembleia Legislativa:

[...]

XV – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

[...]

Art. 97. Ao Tribunal de Contas do Estado compete:

I – apreciar as contas prestadas anualmente pelo Governador do Estado, remetendo, dentro do prazo de sessenta dias, a contar de seu recebimento, o parecer prévio à Assembleia Legislativa, sob pena de crime de responsabilidade do Presidente do Tribunal;

II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das entidades da administração direta, indireta e fundacional pública, inclusive as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo à Fazenda Estadual;

[...]

XI – representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados;

Por fim, é importante que o Poder Executivo reveja com urgência tal procedimento adotado pelo Decreto Estadual nº 70.707/2020 e evite condutas semelhantes, pois o seu Chefe poderá vir a ser acusado – por mais genuína que tenha sido a sua intenção – de crime de responsabilidade, consoante o texto constitucional estadual:

Art. 109. São crimes de responsabilidade os atos do Governador do Estado que atentarem contra as Constituições Federal e Estadual e especificamente:

[...]

II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos Governos Municipais;

[...]

V – a probidade na Administração;

[...]

VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciais;

Frente ao exposto, é inadiável que o Decreto Estadual nº 70.707/2020 venha a ser anulado, imediatamente, no exercício da autotutela administrativa, pelo Chefe do Poder Executivo, por imperativo de observância estrita da Constituição Estadual de Alagoas de 1989; promovendo-se a futura criação da novel estrutura – Divisão Especial de Combate à Corrupção – DECCOR/PC/AL, vinculada a Polícia Civil do Estado de Alagoas – PC/AL, responsável por prevenir, reprimir e investigar os crimes de corrupção e lavagem de dinheiro no Estado de Alagoas – mediante lei formal.

É dizer: o combate à corrupção e à lavagem de dinheiro é necessário, mas deve ser exercido nos limites da lei.

NOTAS:

[1] **BRASIL**. Disponível em: <http://www.imprensaoficialal.com.br/wp-content/uploads/2020/08/DOEAL-11_08_2020-EXEC.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2020.

[2] **BRASIL**. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-631-de-6-de-julho-de-2019-190104505>>. Acesso em: 17 ago. 2020.

[3] MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Martin Claret, 1998, p. 48.

[4] **BRASIL**. Disponível em: <<http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 17 ago. 2020.

[5] **BRASIL**. Disponível em: <<http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 17 ago. 2020.

[6] **BRASIL**. Disponível em: <<http://www.gabinetecivil.al.gov.br/noticia/item/2032-governador-cria-delegacia-especial-de-combate-a-corrupcao-em-alagoas>>. Acesso em: 17 ago. 2020.

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

ACÁCIA REGINA SOARES DE SA: Juíza de Direito Substituta do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Especialista em Função Social do Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, Mestranda em Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, Professora de Direito Constitucional e Administrativo da Escola de Magistratura do Distrito Federal – ESMA.

RESUMO: O presente artigo se propõe a analisar relevância do princípio da segurança jurídica, direito fundamental, no contexto da ação civil pública por ato de improbidade administrativa. A referida análise se mostra necessária em razão da existência da caracterização aberta de alguns atos de improbidade administrativa, o que possibilita a existência de interpretações divergentes acerca de um mesmo fato, o que traz um clima de insegurança nas relações jurídicas. Para tanto, serão analisadas posições de doutrinadores que tratam dos temas abordados, além de artigos científicos e dissertações que tratam do mesmo tema, utilizando-se do método dedutivo para se chegar a uma conclusão.

Palavras-chave: Segurança jurídica. Improbidade administrativa. Interpretação.

ABSTRACT: This article aims to analyze the relevance of the principle of legal certainty, a fundamental right, in the context of public civil action for administrative misconduct. Said analysis is necessary due to the existence of open characterization of some acts of administrative improbity, which allows the existence of divergent interpretations about the same fact, which brings an atmosphere of insecurity in juridical relationships. To this end, positions of doctrines that deal with the topics covered will be analyzed, in addition to scientific articles and dissertations that deal with the same topic, using the deductive method to reach a conclusion.

Keywords: Legal security. Administrative dishonesty. Interpretation.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O princípio da segurança jurídica como direito fundamental. 2. A segurança jurídica na ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Considerações finais. Referências Bibliográficas

INTRODUÇÃO

O princípio da segurança jurídica sempre teve uma posição de destaque no ordenamento jurídico pátrio como uma forma de garantir a estabilidade das relações jurídicas em todas as áreas do direito, em especial no direito privado. No entanto, após a promulgação da Constituição de 1988, o princípio em comento alcançou status constitucional e passou a permear de forma mais incisiva todas as áreas do direito, inclusive o direito administrativo.

Nesse sentido, o princípio da segurança jurídica adquiriu especial importância no âmbito do direito administrativo sancionador, o qual engloba a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, isso porque se tratando de uma espécie punitiva deve possuir interpretações previsíveis a fim de garantir a estabilidade das relações jurídicas também nessa seara do direito.

1. O princípio da segurança jurídica como direito fundamental

O princípio da segurança jurídica é considerado como expressão da não surpresa da previsibilidade e da não surpresa no mundo jurídico, o qual deve nortear as relações jurídicas.

O princípio da segurança jurídica, direito fundamental, está previsto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, nos seguintes termos *“a lei não prejudicará o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito”*.

Para Maria Sylvania Zanella de Pietro¹ o princípio da segurança jurídica possui duas vertentes, uma objetiva, relacionada à estabilidade das relações jurídicas e outra subjetiva, que corresponde à boa fé e à confiança que deve nortear as ações humanas, especialmente no mundo jurídico.

De igual modo, José dos Santos Carvalho Filho² sustenta que as duas faces do princípio da segurança jurídica são a estabilidade, em termos similares aos trazidos por Maria Sylvania Zanella de Pietro e a certeza, que equivale ao conhecimento seguro das normas, o que abrange sua interpretação, a qual deve variar em um limite conhecido, o que justifica a utilização da jurisprudência dos tribunais superiores de forma vinculante, bem como do sistema de precedentes.

No mesmo sentido, Geraldo Ataliba³ afirma que a certeza é fundamento para a segurança jurídica, razão pela qual deve nortear as relações jurídicas, em seus diversos campos de atuação.

Já Celso Antônio Bandeira de Melo afirma que em razão da sua importância para a manutenção da ordem jurídica o princípio da segurança jurídica é um dos

princípios mais importantes entre os princípios gerais do direito, chegando a afirmar ainda se não seria o mais importante entre os referidos princípios:

“Ora bem, é sabido e ressabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois de antemão, o que devem o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, de um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da segurança jurídica, o qual, bem por isto, se não é o mais importante de todos os princípios gerais do Direito, é indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles.” (Curso de Direito Administrativo, vigésima sexta edição, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 124)⁴

No campo processual civil Luiz Guilherme Marinoni⁵ afirma que apesar da Constituição Federal não prever expressamente o princípio da segurança jurídica no processo, o referido princípio é um dos fundamentos do Estado Constitucional, sendo considerado um valor supremo, tendo em vista que se trata de um direito fundamental e considera que a segurança jurídica está presente no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, o qual trata a coisa julgada como garantia fundamental e traz como um dos argumentos da sua conclusão o exemplo da coisa julgada, vejamos:

“A segurança jurídica exige respeito à coisa julgada. A Constituição é expressa em determiná-lo ao legislador infraconstitucional (art. 5º, XXXVI). Isso quer dizer que é vedado ao legislador atuar de modo a enfraquecer ou abolir a coisa julgada no Estado Constitucional.”

2. A segurança jurídica na ação civil pública por ato de improbidade administrativa

Pela exposição acima, é possível observar que a segurança jurídica é sinônimo de certeza e estabilidade nas relações jurídicas, isso porque a multiplicidade de interpretações possíveis de determinado dispositivo legal vai de encontro à referida garantia constitucional. Outrossim, ainda que seja possível a existência de decisões divergentes, o que viola o princípio da segurança jurídica é ausência de previsão.

Nesse sentido, quando se trata de interpretação de princípios a possibilidade de uma interpretação divergente e lacunosa se mostra mais maior, isso porque em

razão da ausência de conteúdo jurídico, uma vez que estamos tratando de valores, os quais possuem uma variação de acordos com os parâmetros utilizados, além de um alto grau de subjetividade.

A partir de tais considerações se pode então observar que nos casos em que a fundamentação e interpretação da violação a um princípio constitucional administrativo previsto no "caput" do art. 10, da lei n.º 8.429/92 é realizada de forma genérica, com a utilização de conceitos gerais indeterminados e sem uniformidade nos julgamentos, o princípio da segurança jurídica é violado, tendo em vista que não se tem parâmetros objetivos para que se possa verificar porque o referido princípio foi violado.

Dessa forma, o agente público, no desempenho de suas funções não terá parâmetros objetivos para se basear no momento da tomada de decisões sem o risco de que tal conduta venha a ser considerada como violadora do princípio da moralidade administrativa em razão de um leque de decisões não uniformes acerca do tema, o que gera um estado de insegurança jurídica nas relações jurídicas.

De igual modo, a situação acima mencionada vai de encontro às posições defendidas pelos doutrinadores mencionados nesse tópico quando tratam do tema da segurança jurídica, isso porque os resultados demonstraram que os julgados analisados, quando tratam da violação ao princípio da moralidade são desprovidos de certeza, já que possuem fundamentos não uniformes em razão de tratarem de valores, conforme já mencionado, quadro que se contrapõe aos ditames do Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Diante da análise acima realizada é possível concluir que após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a elevação do princípio da segurança jurídica ao patamar constitucional, protegido pela imutabilidade, tendo em vista que se trata de cláusula pétrea sua influência no direito alcançou um maior espaço de abrangência, no qual se inclui o direito administrativo sancionar, razão pela qual a tipificação de qualquer conduta no âmbito da administração pública que enseje uma punição administrativa ou judicial necessita observar o princípio em comento sob pena de violar direito fundamental.

Nesse sentido, ainda se pode concluir que a realização de interpretações abertas acerca dos princípios constitucionais administrativos previstos no "caput" do art. 37 da Constituição Federal no momento da análise acerca da prática de atos de improbidade administrativa, em especial aos atos de improbidade administrativa previstos no "caput" do art. 11, da Lei n.º 8.429/92 pode vir a violar o princípio

constitucional da segurança jurídica, tendo em vista a ausência de previsibilidade e parâmetros objetivos para o administrador público no momento da tomadas de decisões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6º ed. 17ª Tiragem. São Paulo. Ed. Malheiros, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: O Estado a que chegamos**. In: Retrospectiva dos 20 Anos da Constituição Federal. AGRA, Walber de Moura (coord.). São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp> >. Acesso em 06.06.2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34º ed., São Paulo, Ed. Gen Jurídico, 2020.

DALLARI, Adilson de Abreu. Carlos Valder do Nascimento. Ives Gandra da Silva Martins. **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo. Ed. Saraiva. 2013.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Teoria geral e princípios do direito administrativo**. 33º ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2020

MARINONI, Luiz Guilherme, Sérgio Cruz Arenht e Daniel Mitidiero. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 1, Teoria do Processo Civil. 3º ed., São Paulo, RT, 2017

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22ª ed. São Paulo. Ed. Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo. Ed. Malheiros, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2º ed. 2º tiragem. Ed. Malheiros. São Paulo, 2017.

NOTAS:

1. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Teoria geral e princípios do direito administrativo.**
2. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**
3. ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária.**
4. MELO, Celso Antônio Bandeira de Melo. **Curso de direito administrativo.**
5. MARININI, Luiz Guilherme. **Curso de direito processual civil, Volume I**

ABORDAGEM PRINCÍPIOLÓGICA E JURISPRUDENCIAL DO DIREITO AMBIENTAL: AS DECISÕES DO STF E DO STJ CONSOANTE AO ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO DOS PRINCÍPIOS AMBIENTAIS

FILIPE EWERTON RIBEIRO TELES: Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Cariri - URCA (CE). Pós Graduado em Direito Penal e Criminologia - URCA.

RESUMO: O Direito Ambiental é um ramo do direito brasileiro relativamente jovem, sua criação e expansão ganharam força com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, desde então, os mecanismos e ferramentas protetivas vêm se especializando, a fim de atingir o nível exigido em âmbito internacional, para a proteção do bem ambiental. Tendo como objeto jurídico a proteção e a garantia do equilíbrio ambiental, um direito fundamental metaindividual, cuja repercussão não se limita às fronteiras geográficas do Brasil, o Direito Ambiental vem ganhando espaço entre os estudiosos e pesquisadores do tema, que cuidam de compreender e difundir suas ideias, a fim de garantir que o sistema nacional esteja de acordo com os padrões internacionais e exigências ratificadas pelo Brasil nas Convenções e Tratados Internacionais sobre a temática ambiental. Neste contexto, o presente artigo busca realizar uma abordagem sequenciada, que acompanha a evolução conceitual do tema, na tentativa de viabilizar a compreensão através de uma sequência lógica, ocorrida na gênese do próprio ramo do Direito, objeto de seu estudo. Seguindo essa lógica é feita a abordagem dos princípios que embasam o Direito Ambiental como um todo, sem os quais é impossível compreender as peculiaridades de suas ações específicas. Iniciando com um tópico sobre Meio Ambiente, onde é apresentado o seu conceito, fazendo a devida distinção de outros conceitos a ele relacionados, mas que não guardam relação com o objeto jurídico da matéria. Assim, é feita uma abordagem aos seus princípios norteadores, que embora sejam específicos, guardam estreita relação com os supra princípios que regem toda a legislação universal, à exemplo do princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Ambiental; Princípios do Direito Ambiental; Meio Ambiente.

ABSTRACT: Environmental Law is a relatively young branch of Brazilian law, its creation and expansion gained strength with the promulgation of the 1988 Federal Constitution and, since then, protective mechanisms and tools have been specializing in order to reach the level required at the international level, for the protection of the environmental good. Having as its legal object the protection and guarantee of the environmental balance, a fundamental meta-individual right, whose repercussion is

not limited to the geographical borders of Brazil, Environmental Law has been gaining space among scholars and researchers on the subject, who take care to understand and disseminate their ideas, in order to ensure that the national system is in accordance with international standards and requirements ratified by Brazil in the International Conventions and Treaties on the environmental theme. In this context, the present article seeks to carry out a sequenced approach, which follows the conceptual evolution of the theme, in an attempt to make understanding viable through a logical sequence, which occurred in the genesis of the branch of Law itself, object of its study. Following this logic, the principles that underlie Environmental Law as a whole are approached, without which it is impossible to understand the peculiarities of its specific actions. Starting with a topic on the Environment, where its concept is presented, making the due distinction from other concepts related to it, but which are not related to the legal object of the matter. In the following topic, an approach is made to its guiding principles, which, although specific, are closely related to the above principles that govern all universal legislation, such as the principle of the Dignity of the Human Person.

KEYWORDS: Environmental Law; Principles of Environmental Law; Environment.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Princípios do Direito Ambiental e Jurisprudência correlata. Conclusão; Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A interação humana com o meio ambiente sempre ocorreu de forma instintiva: o homem buscava na natureza os recursos para sobrevivência, de forma indiscriminada, sem a consideração acerca das condições de renovação destes recursos. O crescimento associado à evolução tecnológica foram as molas propulsoras para que essa exploração de recursos passasse a níveis antes inimagináveis, e, portanto, desse início a um processo de degradação em larga escala que, ainda assim, era fato desconsiderado diante da enorme evolução que vivia a sociedade de forma geral.

Começa a nascer o conceito de sustentabilidade voltado ao uso de recursos naturais, a fim de garantir não apenas a sua exploração, para possibilitar a sequência do desenvolvimento, mas a sua manutenção ao longo do tempo. Essa sequência exploratória eivada de degradação, começou a dar sinais de afetação ao meio ambiente e, a partir da também evoluída ciência, percebeu-se a finitude de alguns recursos naturais antes desconsiderada. Essa constatação gerou a necessidade de atuação preventiva, em todas as ações humanas, como forma de redução de impactos. Necessário também que houvesse a união de vários setores da

sociedade, assim como várias vertentes científicas conjugando esforços no sentido único de somar conhecimentos e repensar ações de desenvolvimento clássicas, que atendiam as finalidades imediatas, com um alto custo benefício a longo prazo.

Para que se concretizasse essa nova noção de desenvolvimento, houve a necessidade de congregar diversas áreas de conhecimento científico, jurídico e técnico, assim como foi necessário pensar o ajustamento do direito à efetivação dessa proteção na prática. Nesse contexto, nasce o Direito Ambiental, fruto de uma interação interdisciplinar que regula a atividade humana e sua relação com o meio ambiente, de forma a garantir que haja exploração sustentável, a fim de propiciar a manutenção de um meio ambiente sadio às próximas gerações.

Comparado aos outros ramos do direito, temos o direito ambiental como um segmento jovem do direito pátrio e, por essa razão, faz uso de vários conceitos e princípios de outras disciplinas jurídicas clássicas, a fim de tutelar o bem meio ambiente de forma satisfatória, não se limitando às fronteiras legais nacionais, ao incorporar posições e ferramentas legais supranacionais, a fim de preservar o bem ambiental. Essa sequência exploratória eivada de degradação, começou a dar sinais de afetação ao meio ambiente e, a partir da também evoluída ciência, percebeu-se a finitude de alguns recursos naturais antes desconsiderada. Essa constatação gerou a necessidade de atuação preventiva, em todas as ações humanas, como de reduzir os impactos.

A fim de possibilitar a tutela jurisdicional prevista no art. 225 da Constituição Federal de 1988, o Direito Ambiental apresenta-se como um ramo interdisciplinar do direito pátrio, trazendo em seu corpo: conceitos legais, tipificações de crimes ambientais, ferramentas de prevenção e contenção de violações ao meio ambiente sadio, atores legitimados para atuar em sua defesa e todos os instrumentos necessários ao atendimento das diretrizes internacionais acerca do tema.

Ao contrário do que possa parecer em um primeiro momento, o paradigma meio ambiente e desenvolvimento econômico não é uma oposição exata. O pensamento da sustentabilidade dentro do Direito Ambiental Brasileiro permite o desenvolvimento de atividades econômicas dentro da ótica da preservação e do reuso, que visam compatibilizar estas atividades com o desenvolvimento em ações sustentáveis ao longo do tempo.

Nesse contexto, há que se ressaltar o direito ao meio ambiente equilibrado, como direito fundamental sedimentado na Constituição Federal. Seguindo uma tendência constitucional da década de 70, a Constituição Federal de 1988 mantém a importância do equilíbrio do meio ambiente como ponto que serve de base para o

Direito Ambiental Brasileiro: relaciona as competências legislativas e administrativas em matéria ambiental, aspectos culturais e sociais do meio ambiente que devem ser protegidos, e coliga o meio ambiente sadio como um requisito indispensável ao atendimento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Essa importância concedida ao meio ambiente sadio, no contexto constitucional, já foi reconhecida pela Suprema Corte do Brasil, que entendeu:

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presente e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. (ADI-MC n.º 3540-1 – STF)

Grande discussão pousa sobre a natureza jurídica do Direito Ambiental. Por tratar de tutelar um bem garantido nos direitos fundamentais de terceira geração, há que se considerar a existência de um híbrido entre direito público e privado, haja vista que se caracteriza pela titularidade coletiva do bem tutelado, a quem se destina uma regulação Estatal como forma interventiva, devido à complexidade desse bem.

Em outras palavras, temos um interesse que ao mesmo tempo pode ser considerado privado e público, bastando para essa configuração o ajuste de prisma, mas que tem no Poder Público seu maior defensor, através de suas instituições que, no entanto, não gozam de legitimidade privada para acionar o poder jurisdicional na tutela do bem meio ambiente, podendo um particular tomar a decisão de fazer valer sua cidadania e tomar providências no sentido de retirar o Estado-Juiz de sua inércia principiológica.

Portanto, temos um Direito cuja natureza jurídica foge da dicotomia clássica do Público-Privado e nasce o conceito para os direitos fundamentais de terceira geração, dos interesses metaindividuais. A análise da natureza jurídica do Direito Ambiental se faz necessária, para que seja possível a compreensão das duas dimensões de atuação estatal no que tange à tutela do bem ambiental.

Segundo a lógica de atuação do Estado, temos que a natureza jurídica privada de um Direito estabelece os limites de atuação estatal como atividade eminentemente secundária, chegando a considerar-se como regra a abstenção dessa atuação, principalmente ao se considerar o princípio de valorização da vontade das partes. Já o direito de natureza pública prescinde do particular e impõe ao Estado uma veemente atuação no sentido de fazer valer seus poderes institucionais para a manutenção da paz e harmonia sociais.

Neste diapasão, percebe-se que o Direito Ambiental traz de forma muito clara essas duas dimensões da atuação Estatal. Essa lição é bem abordada por BACAL (2012):

O reconhecimento do direito ao ambiente enquanto direito fundamental não obstrui o fato de que a proteção do meio ambiente também constitui uma finalidade do Estado e, de forma geral, dos poderes públicos, aos quais se impõe o papel ativo na promoção e na defesa dos bens e valores ambientais. Ou seja, o reconhecimento do direito ao ambiente enquanto categoria de direito fundamental, do qual emerge uma série de prerrogativas para os cidadãos, não subtrai ao Estado o dever de legislar e fiscalizar a aplicação das normas relativas ao ambiente. [...] o direito ao ambiente possui a natureza, para além de um dever fundamental do Estado, de um direito subjetivo fundamental atribuído à generalidade dos cidadãos, aos quais são conferidos os meios idôneos para preservá-lo e defendê-lo contra quaisquer ameaças e danos que sobre ele recaiam (v.g. as ações coletivas). (Eduardo Braga Bacal. Tutela Processual Ambiental e a Coisa Julgada nas Ações Coletivas, 2012, p.13).

Destarte, percebe-se claramente que o Direito Ambiental é de natureza jurídica híbrida, apresentando-se o bem ambiental como direito da coletividade e dever protetivo do Estado que, diferentemente do direito público puro, atua preventivamente tanto nas relações entre Estado-particular, como nas relações estritamente estabelecidas entre particulares, quando haja qualquer risco ao bem ambiental.

As ferramentas para a efetivação desta proteção Estatal também possuem titularidade compartilhada, no entanto, suas ações são capitaneadas de forma muito competente pelo Ministério Público. O uso de ações civis públicas, inquéritos civis e termos de ajustamento de conduta, assim como a tipificação penal dos crimes e contravenções ambientais, são instrumentos que a legislação pôs à disposição do

Direito Ambiental para que seja possível uma atuação preventiva e corretiva à violação desses direitos que são tão caros a toda a sociedade.

A especificidade do Direito Ambiental também se estende aos seus princípios norteadores. Os princípios aplicados à tutela do bem ambiental são ajustados à realidade e aos detalhes necessários à prevenção e à correção de atos ou omissões que afetem a sua tutela. Grande parte dos princípios que regem o Direito Ambiental tiveram sua gênese na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em 1972, realizada em Estocolmo, cuja declaração trouxe elencados, por primeira vez, a base do Direito Ambiental no mundo.

2 PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL E JURISPRUDÊNCIA CORRELATA

a) Princípio do Direito à Sadia Qualidade de Vida:

O direito à vida, preconizado como o direito mais fundamental de todos, base para a existência dos demais, por si só traz a condução da existência do maior de todos os princípios: o da Dignidade da Pessoa Humana. Com o passar dos anos, a mera garantia de vida não correspondia ao atendimento dos critérios de dignidade, uma vez que as condições sob as quais essa vida se desenvolveria eram determinantes para que o supra princípio fosse respeitado em sua plenitude. Os princípios aplicados à tutela do bem ambiental são ajustados à realidade e aos detalhes necessários à prevenção e à correção de atos ou omissões que afetem a sua tutela. Grande parte dos princípios que regem o Direito Ambiental tiveram sua gênese na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em 1972, realizada em Estocolmo, cuja declaração trouxe elencados, por primeira vez, a base do Direito Ambiental no mundo.

Diante desta nova concepção, a qualidade de vida passou a ser a situação ideal dentro dos novos conceitos sociais conquistados pela luta dos direitos fundamentais de segunda e terceira geração. Sob o prisma ambiental, o meio ambiente é um dos fatores que proporciona condições mínimas de qualidade de vida à sociedade como um todo. Neste diapasão, a necessidade de manutenção de meio ambiente sadio foi elevada à condição de princípio e, portanto, rege todas as relações que, de alguma maneira, afetem o meio ambiente.

O princípio do direito à sadia qualidade de vida está previsto em inúmeros documentos e protocolos internacionais sobre a temática, dentre estes podendo ser destacada a sua presença na Declaração de Estocolmo, gerada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente ocorrida em 1972, que prevê a necessidade de adequadas condições de vida e um meio ambiente de qualidade em seu princípio 1:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas. (Organização das Nações Unidas - Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano. Estocolmo – 1972)

b) Princípio do Acesso Equitativo aos Recursos Naturais:

O equilíbrio no uso e exploração dos recursos naturais é uma constante preocupação quando se observa o respeito à sustentabilidade no processo de usufruto desses recursos. O termo equidade traz o sentido de justiça no acesso a quaisquer âmbitos de nossa sociedade, o tratamento diferenciado para os diferentes é uma forma de possibilitar o acesso justo a todos que possuam interesse comum.

No caso dos recursos naturais, a equidade na exploração de recursos naturais apresenta-se com um grau de complexidade maior: é necessário possibilitar acesso equânime à geração atual e as futuras, de forma que o uso desses recursos na atualidade não prejudique as sociedades que estão por vir, de forma que lhes sejam garantidos o mesmo meio ambiente sadio.

A Declaração de Estocolmo (1972) traz o princípio textualmente, elencado como o 5º:

Os recursos não renováveis da terra devem empregar-se de forma que se evite o perigo de seu futuro esgotamento e se assegure que toda a humanidade compartilhe dos benefícios de sua utilização. (Declaração de Estocolmo, art.5º)

A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento traz esse princípio elencado no número 3:

O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras. (Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, princípio 3º)

O direito à vida, preconizado como o direito mais fundamental de todos, base para a existência dos demais, por si só traz a condução da existência do maior de todos os princípios: o da Dignidade da Pessoa Humana. Muitos outros documentos sobre a temática ambiental, resultado de reuniões entre nações, trazem o princípio ajustado a outros recursos, como o uso equitativo da água, presente no documento da Convenção para a Proteção e Utilização dos Cursos de Água Transfronteiriços e dos Lagos Internacionais, de Helsinque, 1992; ou a Convenção sobre a Diversidade Biológica, ratificou cada em âmbito nacional pelo Decreto 2.519/98, todos com a preocupação comum de que a justiça ambiental não se limita ao uso comedido atual, e sim uma racionalidade atual preocupada com a subsistência dos recursos para as gerações futuras.

c) Princípio do usuário-pagador:

Segundo esse princípio, as pessoas que se utilizam dos recursos naturais escassos devem pagar pela sua utilização, ainda que não haja poluição. Dessa forma, por esse princípio, a utilização dos recursos naturais mais escassos deve ser cobrada na tentativa de racionalizar sua utilização, funcionando como medida educativa para evitar o desperdício.

d) Princípio do Poluidor-Pagador:

Ao analisar a questão do consumo de recursos naturais, é necessário estabelecer dois segmentos de acesso a eles: o consumo propriamente dito, a exemplo do consumo de água potável disponibilizada pelo Estado para finalidade econômica; e o consumo retratado pelo dano ao recurso, tendo como maior exemplo a poluição ambiental, através do lançamento de substâncias poluidoras no meio ambiente. Nas palavras de BENJAMIN (1993), p. 33, o princípio do poluidor-pagador:

Impõe ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção, reparação e repressão da poluição. Ou seja, estabelece que o causador da poluição e da degradação dos recursos naturais deve ser o responsável principal pelas consequências de sua ação (ou omissão). BENJAMIN (1993), p. 33.

A ideia norteadora do princípio do poluidor/usuário pagador é a compensação financeira como meio de contenção aos abusos, tanto no que diz respeito a consumo, como no tocante à degradação propriamente dita. Analisando especificamente a sua vertente punitiva, relacionada aos atos ou omissões que resultem em poluição ambiental, há discussões no sentido de entender que o referido princípio se apresenta como uma licença para poluir.

Longe deste entendimento, o princípio do poluidor-pagador busca otimizar a obediência aos demais princípios no momento em que torna inviável para o poluidor a sua ação/omissão danosa ao bem ambiental, em razão da repercussão financeira que ocorrerá em caso de impactos ou efeitos negativos. No direito ambiental o princípio do poluidor-pagador encontra-se previsto na Lei 6.938/1981 - que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, art. 4º, VII que impõe ao poluidor e ao predador, obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Essa amplitude do princípio poluidor-pagador não limita sua denominação como um princípio de compensação, uma vez que nos custos do valor cobrado estão inseridos gastos com prevenção, repressão e correção dos danos e consumo dos recursos naturais. A Declaração de Estocolmo (1972), traz o princípio textualmente, elencado como o 5º:

Os recursos não renováveis da terra devem empregar-se de forma que se evite o perigo de seu futuro esgotamento e se assegure que toda a humanidade compartilhe dos benefícios de sua utilização. (Declaração de Estocolmo, art. 5º).

Não obstante, necessário se faz verificar a relação entre poluidor-pagador e usuário-pagador: o primeiro visa, primordialmente, a responsabilizar o causador do dano, recompondo o meio ambiente. O segundo visa a evitar o enriquecimento sem causa do usuário de um bem comum da coletividade. O usuário é aquele que não causa poluição. Paga por um direito outorgado pelo poder público. O princípio do usuário-pagador representa uma evolução do princípio do poluidor-pagador. Embora apresentem traços distintos, são, na verdade, complementares. Por isso, muitas vezes, são tratados conjuntamente pela jurisprudência, para justificar do dever de reparação cumulado com o dever de pagamento:

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESMATAMENTO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE, SEM AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE AMBIENTAL. DANOS CAUSADOS À BIOTA. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 4º, VII, E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981 E DO ART. 3º DA LEI 7.347/85. PRINCÍPIOS DA REPARAÇÃO INTEGRAL, DO POLUIDOR-PAGADOR E DO USUÁRIO-PAGADOR. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). REDUCTION AD PRISTINUM STATUM. DANO AMBIENTAL INTERMEDIÁRIO, RESIDUAL E MORAL COLETIVO. ART. 5º DA LEI DE INTRODUÇÃO

AO CÓDIGO CIVIL. INTERPRETAÇÃO IN DUBIO PRO NATURA DA NORMA AMBIENTAL. 1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública proposta com o fito de obter responsabilização por danos ambientais causados pela supressão de vegetação típica de brejo sem autorização do órgão ambiental competente. O juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais consideraram provado o dano ambiental e condenaram o réu a repará-lo; porém, julgaram improcedente o pedido indenizatório pelo dano ecológico pretérito e residual. 2. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido da viabilidade, no âmbito da Lei 7.347/85 e da Lei 6.938/81, de cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar (REsp 1.145.083/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 4.9.2012; REsp 1.178.294/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2010; AgRg nos EDcl no Ag 1.156.486/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 27.4.2011; REsp 1.120.117/AC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 19.11.2009; REsp 1.090.968/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3.8.2010; REsp 605.323/MG, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 17.10.2005; REsp 625.249/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 31.8.2006, entre outros). 3. Recurso Especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer e não fazer voltadas à recomposição in natura do bem lesado, devolvendo-se os autos ao Tribunal de origem para que fixe, in casu, o quantum debeat reparatório do dano já reconhecido no acórdão recorrido. (REsp 1255127/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 12/09/2016)

e) Princípio da Prevenção:

Observando que os princípios se complementam entre si, vamos analisar o princípio da prevenção, percebendo que ele é, como todos os demais, complementar na efetiva tutela do bem ambiental. Sua primeira previsão encontra-se no princípio 7 da Declaração de Estocolmo, que dispõe:

Os Estados deverão tomar todas as medidas possíveis para impedir a poluição dos mares por substâncias que possam pôr em perigo a saúde do homem, os recursos

vivos e a vida marinha, menosprezar as possibilidades de derramamento ou impedir outras utilizações legítimas do mar. (Declaração de Estocolmo, princípio 7º)

Observe que o foco do princípio da prevenção é evitar a poluição, a ocorrência do dano atribuindo aos Estados a possibilidade de adoção de medidas preventivas. Inicialmente, o foco do princípio eram os mares, em virtude de sua sujeição ao derramamento de óleo e à poluição por deságue. No entanto, a prerrogativa atribuída aos Estados possibilitou, por exemplo, a previsão de ferramentas no Direito Ambiental Brasileiro de prevenção mais ampla, a exemplo do Estudo de Impacto Ambiental, constitucionalmente criado e aplicado a todas as obras que possuam potencial degradante para o entorno ambiental de sua instalação. O próprio artigo 225 da Constituição Federal traz em seu corpo o princípio da prevenção, ao impor ao Estado o dever de prevenção do meio ambiente.

f) Princípio da informação:

Este princípio é ligado ao princípio da participação comunitária e também ao princípio da publicidade, que norteia a Administração Pública. Isso porque o acesso às informações é imprescindível para que a população participe das decisões políticas ambientais. Com base nesse princípio, os órgãos ambientais possuem obrigação de permitir o acesso público aos documentos e aos processos administrativos que tratem de matéria ambiental, devendo fornecer todas as informações necessárias e que estejam sob a sua guarda. Tal direito é conferido a qualquer cidadão, independentemente, em regra, da demonstração de interesse específico.

g) Princípio da Precaução:

Diferentemente do princípio da prevenção, que objetiva prevenir ações e/ou omissões que, notadamente, afetarão o meio ambiente, o princípio da precaução tem como função prever situações que ainda não tenham efeitos negativos cientificamente comprovados, mas que possuam um potencial degradante a ser considerado, de forma que não haja danos ambientais pelo aparecimento de contextos não previstos, uma vez que o dano pode ser irreversível e, portanto, tenha um custo muito alto para a sociedade como um todo. O princípio teve sua gênese na Alemanha, por volta dos anos 70, e se consolidou no Direito Internacional após ser inserido na Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente, em 1992, como o 15º princípio presente no documento:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica

absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. (Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente, princípio 15º)

Estando também presente em outros dois tratados internacionais, ratificados e homologados pelo Brasil. Observe-se que à mera ameaça de dano basta para acionar o Estado no seu dever tutelar do bem ambiental, o que demonstra que o princípio da precaução possui natureza indubitavelmente preventiva.

De acordo com o STF:

De acordo com o princípio da precaução, se existe uma desconfiança, um risco de que determinada atividade pode gerar um dano ambiental sério ou irreversível ao meio ambiente e à saúde humana, neste caso, a referida atividade deverá ser proibida ou restringida mesmo que ainda não exista uma certeza científica de que ela é realmente perigosa. No caso analisado pelo STJ, uma associação de moradores de São Paulo ajuizou ação civil pública pedindo que a concessionária de energia elétrica "Eletropaulo Metropolitana – Eletricidade de São Paulo S.A" fosse obrigada a reduzir o campo eletromagnético na sua linha de transmissão localizada nas proximidades deste bairro. Segundo a parte autora os níveis do campo eletromagnético poderiam causar danos à saúde humana e ao meio ambiente e pediu que a concessionária adotasse os mesmos parâmetros que são previstos na legislação da Suíça. Entretanto, a Corte concluiu que, atualmente, não existem fundamentos fáticos ou jurídicos a obrigar as concessionárias de energia elétrica a reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica abaixo do patamar legal fixado pela ANEEL. STF. Plenário. RE 627189/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 8/6/2016 (repercussão geral) (Info 829).

É com base nesse princípio que a doutrina sustenta a possibilidade de inversão do ônus da prova nas demandas ambientais, carregando ao réu (suposto poluidor) a obrigação de provar que sua atividade não é perigosa nem poluidora:

PROCESSUAL CIVIL. AMBIENTAL. CUSTEIO DE PERÍCIA PARA AVALIAR SE HOUE INVASÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. REEXAME DO CONTEXTO

FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. RECURSO QUE NÃO ABRANGE TODOS OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO VERGASTADO. SÚMULA 538/STF. MULTA PROCESSUAL. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA. NECESSIDADE DE JULGAMENTO COLEGIADO PARA ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA INADEQUADA. SANÇÃO PROCESSUAL AFASTADA. PRECEDENTES DO STJ. 1. Na hipótese dos autos, o Juízo originário consignou que a inversão do ônus da prova decorreu da aplicação do princípio da precaução, como noticiado pelo próprio recorrente à fl. 579/STJ. Nesse sentido, a decisão está em consonância com a orientação desta Corte Superior de que o princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório. (AgRg no AREsp 183.202/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 13/11/2015). 2. O Tribunal de origem acrescentou que o ônus da prova recaiu sobre a parte recorrente, em razão de ter sido ela quem requerera a produção da prova pericial (fl. 563/e-STJ). 3. O acolhimento da pretensão recursal demanda o reexame do contexto fático-probatório, especialmente das circunstâncias fáticas que levaram o Juízo originário a adotar o princípio ambiental da precaução, o que faz incidir o óbice da Súmula 7/STJ. 4. A parte recorrente também não atacou, em Recurso Especial, o fundamento de que o ônus da perícia foi imputado a ela por ter sido a requerente da produção da prova, o que atrai o disposto na Súmula 283/STF. 5. Por outro lado, A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já estabeleceu que agravo interposto contra decisão monocrática do Tribunal de origem com o objetivo de exaurir a instância recursal ordinária, a fim de permitir a interposição de recurso especial e do extraordinário, não é manifestamente inadmissível ou infundado, o que torna inaplicável a multa prevista no art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil. 6. Agravo Interno parcialmente provido apenas para afastar a multa processual. (AgInt no AREsp 779.250/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 19/12/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. USINA HIDRELÉTRICA. CONSTRUÇÃO. PRODUÇÃO PESQUEIRA. REDUÇÃO.

RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO INCONTESTE. NEXO CAUSAL. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. PRECEDENTES. INOVAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A Lei nº 6.938/1981 adotou a sistemática da responsabilidade objetiva, que foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante, na espécie, a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de reparação do dano causado, que, no caso, é inconteste. 2. O princípio da precaução, aplicável à hipótese, pressupõe a inversão do ônus probatório, transferindo para a concessionária o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente e, por consequência, para os pescadores da região. 3. Não há inovação em recurso especial se, ainda que sucintamente, a matéria foi debatida no tribunal de origem. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 183.202/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 13/11/2015).

PROCESSUAL CIVIL – COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL DE MULTA POR DANO AMBIENTAL – INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - OMISSÃO - NÃO-OCORRÊNCIA - PERÍCIA - DANO AMBIENTAL - DIREITO DO SUPOSTO POLUI-DOR - PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. 1. A competência para o julgamento de execução fiscal por dano ambiental movida por entidade autárquica estadual é de competência da Justiça Estadual. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 3. O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva. 4. Nesse sentido e coerente com esse posicionamento, é direito subjetivo do suposto infrator a realização de perícia para comprovar a ineficácia poluente de sua conduta, não sendo suficiente para torná-la prescindível informações obtidas de sítio da internet. 5. A prova pericial é necessária sempre que a prova do fato depender de

conhecimento técnico, o que se revela aplicável na seara ambiental ante a complexidade do bioma e da eficácia poluente dos produtos decorrentes do engenho humano. 6. Recurso especial provido para determinar a devolução dos autos à origem com a anulação de todos os atos decisórios a partir do indeferimento da prova pericial. (STJ, REsp 1060753/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 14/12/2009).

Cumpra-se ressaltar que, nem sempre, a aplicação dos princípios da precaução e da prevenção devem levar à inviabilidade do procedimento, já que a aplicação de tais princípios é significativamente influenciada pelo caso concreto, ainda mais quando a desconstituição de determinado empreendimento leva a danos maiores que a sua manutenção pode proporcionar. Nesse sentido, veja-se julgado do STJ:

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMPREENDIMENTO HOTELEIRO. BAIXO IMPACTO AMBIENTAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DOS ÓRGÃOS AMBIENTAIS ESTADUAIS. MANIFESTAÇÃO MINISTERIAL PELO DESPROVIMENTO DO APELO RARO. INCIDÊNCIA DO ART. 462 DO CPC/73 ANTE A SUPERVENIÊNCIA DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL QUE ALTEROU AS DETERMINAÇÕES LEGAIS PARA AS ATIVIDADES DE BAIXO IMPACTO AMBIENTAL. OBJETIVO LEGAL DE MAXIMIZAR A PRESERVAÇÃO AMBIENTAL E COMPATIBILIZÁ-LA COM A SUA EXPLORAÇÃO SUSTENTÁVEL. O DESFAZIMENTO DAS OBRAS PODE SER ATÉ MAIS PREJUDICIAL DO QUE A SUA ADEQUAÇÃO À NOVA LEGISLAÇÃO. HIPÓTESE EM QUE DEVE SER DETERMINADO O PROSSEGUIMENTO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, A FIM DE SE CONCLUIR O DEVIDO LICENCIAMENTO SOB A ÉGIDE DA NOVA LEGISLAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO PARA ESSE FIM. 1. A superveniência da Lei 12.651/2012 (Novo Código Florestal) repercutindo no presente caso, é considerado normativo afluente, nos termos do art. 462 do CPC, porquanto deve o procedimento administrativo de licenciamento, já requerido pelo interessado, ser analisado e decidido pela Autoridade Ambiental, sob as novas diretrizes hoje vigentes, não se exigindo a apresentação de outro ou novo pleito administrativo. 2. A aplicação tópica do princípio da precaução recomenda, no caso dos autos, que antes de se determinar o eventual desfazimento

das obras, o que ensejará maiores prejuízos ambientais, seja dado prosseguimento ao procedimento administrativo de licenciamento, até a sua regular conclusão, decidindo-se o pedido na forma prevista no Novo Código Florestal. 3. O propósito de proporcionar a preservação ambiental a qualquer custo não é um fim em si mesmo, e não pode ser aplicado cegamente, causando até, um efeito contrário indesejado, razão pela qual, este caso, não comporta mero decreto de provimento ou improvimento recursal, mas sim a determinação de que o procedimento de licenciamento seja reanalisado, ante a superveniência de nova legislação ambiental, não sendo razoável impor-se a renovação do mesmo pleito na via administrativa, para decisão conforme as novas diretrizes ambientais. 4. Recurso Especial parcialmente provido para o fim de se determinar o prosseguimento do procedimento administrativo de licenciamento, agora sob a égide da nova legislação ambiental. (REsp 1201954/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 17/08/2017)

Além disso, o princípio da precaução, como fator de legitimação democrática, está intimamente ligado ao princípio da educação ou informação ambiental, pois somente diante das informações claras e acessíveis a toda a comunidade é possível se debater, com maior rigor, os efeitos que determinado empreendimento gera ou, em tese, poderia gerar no meio ambiente. Sobre o tema, relevante o seguinte julgado do STJ:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. MEIO AMBIENTE. DIREITO DE INFORMAÇÃO. ART. 225, § 1º, VI, DA CONSTITUIÇÃO. ART. 4º, V, DA LEI 6.938/1981. PRINCÍPIO 10 DA DECLARAÇÃO DO RIO. DIREITO DE PARTICIPAÇÃO. ART. 2º, § 1º, DA LEI 10.650/2003. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. CULTURA DA TRANSPARÊNCIA AMBIENTAL. ART. 3º, IV, DA LEI 12.527/2011. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL. IBAMA VERSUS PARTICULAR. IMPOSSIBILIDADE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. RECONHECIMENTO LIMITADO. 1. Trata-se, na origem, de Ação Ordinária ajuizada em desfavor da União e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama, na qual a Associação Brasileira da Indústria de Pneus Remoldados - ABIP e a BS Colway Pneus Ltda. postulam: a) declaração da ilegalidade de

publicação de "cartilha" pelo Ibama contendo informações alegadamente inverídicas e prejudiciais às autoras; b) imposição de obrigação de fazer consistente no recolhimento do material impresso já distribuído e sua retirada dos meios de comunicação, sob pena de multa diária; c) condenação em obrigação de não fazer qualquer anúncio ou divulgação do conteúdo questionado; e d) pagamento por danos morais sofridos. Por sua vez, o Ibama, em Reconvenção, buscou indenização por danos morais, aduzindo que fora denegrada sua honra objetiva. 2. Irretocável o acórdão recorrido. Alicerce do Direito Ambiental brasileiro e decorrência do dever-poder estatal de transparência e publicidade, o direito à informação se apresenta, a um só tempo, como pressuposto e garantia de eficácia do direito de participação das pessoas na formulação, implementação e fiscalização de políticas públicas de salvaguarda da biota e da saúde humana, sempre com o desiderato de promover "a conscientização pública para a preservação do meio ambiente" (Constituição, art. 225, § 1º, VI), de formar "uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico" (Lei 6.938/1981, art. 4º, V) e de garantir o "acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades", incumbindo aos Estados "facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando as informações à disposição de todos" (Princípio 10 da Declaração do Rio). 3. Nessa linha de raciocínio, mais do que poder ou faculdade, os órgãos ambientais portam universal e indisponível dever de informar clara, ativa, cabal e honestamente a população, "independentemente da comprovação de interesse específico" (Lei 10.650/2003, art. 2º, § 1º), para tanto utilizando-se de dados que gerem ou lhes aportem, mesmo quando ainda não detentores de certeza científica, pois uma das formas mais eloquentes de expressão do princípio da precaução ocorre precisamente no campo da transparência e da publicidade do Estado. A regra geral na Administração Pública do meio ambiente é não guardar nenhum segredo e tudo divulgar, exceto diante de ordem legal expressa em sentido contrário, que deve ser interpretada restritivamente pelo administrador e juiz. Além de objetivos estritamente ecológicos e sanitários, pretende-se também fomentar "o desenvolvimento da cultura de transparência na administração

publica" (Lei 12.527/2011, art. 3º, IV). 4. O acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do STJ, consoante o qual é impossível à pessoa jurídica de Direito Público (Administração Pública direta, autarquias, fundações públicas), de índole não comercial ou lucrativa, ser vítima de dano moral por ofensa de particular, já que constituiria subversão da ordem natural dos direitos fundamentais. Precedentes. 5. Assente na iterativa jurisprudência do STJ ser inviável analisar a tese defendida no Recurso Especial, a qual busca afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido, pois inarredável a revisão do conjunto probatório dos autos. Aplica-se o óbice da Súmula 7/STJ. Precedentes do STJ. 6. Quanto à interposição pela alínea "c", a jurisprudência pacífica do STJ é no sentido de que a incidência de sua Súmula 7 impede o exame de dissídio jurisprudencial, na medida em que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso concreto, com base na qual deu solução à causa a Corte de origem. 7. Recurso Especial não provido. (REsp 1505923/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 19/04/2017).

A ratificação do princípio no ordenamento pátrio, foi efetivada pela inserção dos incisos V, no parágrafo primeiro do artigo 225 da Constituição Federal, que dispõe que é dever do Estado "controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente."

h) Princípio da Reparação:

A complexa rede de conexões que forma o meio ambiente, requer que para a manutenção do seu equilíbrio, todas as suas variáveis sejam respeitadas, de tal forma que o aumento ou a diminuição de algum de seus elementos pode causar um desequilíbrio nesse sistema abstruso.

Considerada essa particularidade do sistema ambiental, há que se considerar o impacto negativo que um dano tem potencial de causar. Como vimos anteriormente, o princípio do poluidor-pagador tem um caráter punitivo e coator das práticas danosas. No entanto, nem sempre uma contraprestação pecuniária basta para sanar os transtornos causados pela ação degradante.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DANO AMBIENTAL. REPARAÇÃO INTEGRAL DOS DANOS. NATUREZA PROPTER REM. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE INDENIZAR. POSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que a necessidade de reparação integral da lesão causada ao meio ambiente permite a cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar, que têm natureza propter rem. Precedentes: REsp 1.178.294/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, j. 10/8/2010; REsp 1.115.555/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, j.15/2/2011; AgRg no REsp 1170532/MG, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, j. 24/8/2010; REsp 605.323/MG, Rel. para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, j. 18/8/2005, entre outros. 2. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no REsp 1254935 SC 2011/0113562-2. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. T1 – Primeira Turma. Julga-mento: 20/03/2014. Publicação: DJe 28/03/2014).

No direito ambiental o princípio do poluidor-pagador encontra-se previsto na Lei 6.938/1981 – que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, art. 4º, VII que impõe ao poluidor e ao predador, obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

O Superior Tribunal de Justiça tem, a propósito do assunto, inúmeros precedentes enfatizando que o dever de reverter danos em áreas de vegetação nativa é exigível em face do atual ocupante (a título dominial ou possessório), não importando se o quadro ambientalmente danoso já existia em época anterior à ocorrência da transmissão da propriedade ou posse. Pontua-se inclusive que a inércia ante a degradação preexistente traduz em si uma concordância com sua ocorrência por parte do sucessor na ocupação, tendo o efeito de atrair para este a responsabilidade sob forma indireta por aquela degradação.

AMBIENTAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS COMO AGRAVO REGI-MENTAL. PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE RECURSAL E DA ECONOMIA PROCES-SUAL. DANO AMBIENTAL EM RESERVA LEGAL. DEVER DE RECUPERAÇÃO. OBRI-GAÇÃO "PROPTER REM". ABRANGÊNCIA DO PROPRIETÁRIO ATUAL, INDEPEN-DENTE DE QUEM CAUSOU O DANO. [...] 1. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que (i) a averbação da reserva legal, no âmbito do Direito

Ambiental, tem caráter meramente declaratório e (ii) a obrigação de recuperar a degradação ambiental ocorrida na faixa da reserva legal abrange aquele que é titular da propriedade do imóvel, mesmo que não seja de sua autoria a deflagração do dano, tendo em conta sua natureza propter rem. [...] (STJ, EDcl no Ag 1224056/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 06/08/2010).

Diante dessa realidade, considerando que o estado do meio ambiente não retornará nunca a sua situação prévia a ocorrência danosa, o direito pátrio previu a necessidade de responsabilidade do agente no sentido de reparar, dentro das possibilidades reais, o dano efetivamente causado pela sua ação ou omissão, conforme previsão do artigo 4º, da Lei 6.938/81 que em seu inciso VII, determina que o poluidor ou predador, tem obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados.

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENDIDA INDENIZAÇÃO POR DANOS AMBIENTAIS EM PROPRIEDADE PRIVADA NA AÇÃO PRINCIPAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO DNPM, IBAMA, ESTADO DE MINAS GERAIS (COPAM), FEAM, IGAM E BNDES. O ESTADO RESPONDE CIVILMENTE POR ATO OMISSIVO DO QUAL RESULTE LESÃO AMBIENTAL EM PROPRIEDADE DE TERCEIRO. 1. As entidades de direito público responsáveis pela vigilância, controle e fiscalização da atividade mineradora, juntamente com a empresa extrativista, possuem legitimidade para responder como sujeitos passivos em ação de reparação por danos ambientais que se alega sofridos por particular em sua fazenda, os quais causaram crateras (dolinas) e a morte de animais, por contaminação da água. 2. Legitimidade do DNPM - Departamento Nacional de Produção Mineral que se reconhece em face de sua competência para autorizar e fiscalizar a atividade mineradora (DL 227/67). 3. O IBAMA, na qualidade de órgão executor no contexto do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA e devido a sua competência fiscalizadora supletiva (Dec 99.274/90, at.18) possui legitimidade para integrar a lide, na medida em que lhe cabe exercer ingerência direta para conter a degradação ambiental, bem como o Estado de Minas Gerais possui, por seu órgão específico, o COPAM, a inegável atribuição de expedir licenças e de fiscalizar as atividades ambientais. 4. A FEAM - Fundação Estadual do Meio Ambiente, por ser a fundação estadual

responsável pela fiscalização e determinação de medidas compensatórias do meio ambiente, também é parte legítima para integrar o pólo passivo da lide. 5. Igual sujeição passiva cabe reconhecer ao Instituto Mineiro de Gestão das Águas - IGAM , tendo em vista que existe, nos autos, laudo técnico atestando a poluição da água, em decorrência da atividade extrativista, de sorte que, até que o fato seja devidamente comprovado, na ação originária, estaria havendo falha na fiscalização por parte, também, do dito instituto. 6. Quanto ao BNDES, o simples fato de ser ele a instituição financeira incumbida de financiar a atividade mineradora da CMM, em princípio, por si só, não o legitima para figurar no pólo passivo da demanda. Todavia, se vier a ficar comprovado, no curso da ação ordinária, que a referida empresa pública, mesmo ciente da ocorrência dos danos ambientais que se mostram sérios e graves e que refletem significativa degradação do meio ambiente, ou ciente do início da ocorrência deles, houver liberado parcelas intermediárias ou finais dos recursos para o projeto de exploração minerária da dita empresa, aí, sim, caber-lhe-á responder solidariamente com as demais entidades-rés pelos danos ocasionados no imóvel de que se trata, por força da norma inscrita no art. 225, caput, § 1º, e respectivos incisos, notadamente os incisos IV, V e VII, da Lei Maior. 7. Agravo de instrumento provido. (TRF1, AG 200201000363291, DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS, TRF1 - QUINTA TURMA, DJ DATA:19/12/2003 PAGINA:185.)

PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E ADMINISTRATIVO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. RES-PONSABILIDADE CIVIL. ENCHENTES NO PARQUE DAS ORQUÍDEAS. AÇÃO INDIVIDUAL DE CUNHO PATRIMONIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ÓRGÃO AMBIENTAL ESTADUAL. IMÓVEL FINANCIADO PELO SFH. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF. SENTENÇA ULTRA PETITA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. CASO FORTUITO E FORÇA-MAIOR VERIFICADOS IN CONCRETO. EXCLUSÃO DO DEVER DE INDENIZAR. 1. Sentença que reconheceu, em prol de morador do Parque das Orquídeas, situado no Município de Parnamirim/RN, o direito à indenização por danos materiais e morais causados por alagamento que atingiu aquela localidade no inverno de 2000. 1. A proteção específica do meio ambiente,

destinada a promover a recuperação ambiental no interesse da coletividade e, se for o caso, punir os responsáveis pelos danos, não é o aspecto preponderante da controvérsia. 3. O litisconsórcio passivo do órgão ambiental estadual (IDEMA) não se justifica em face da sua inadequação com a causa de pedir, o objeto da lide e o pedido em si de indenização, que têm índole individual e patrimonial. 4. A construção de imóvel financiado com recursos do FGTS, por meio de contrato firmado com a CEF, gera deveres do agente financiador, inclusive no tocante à fiscalização da obra financiada, conferindo legitimidade passiva àquela instituição financeira, ainda que in meritis se possa descartar a sua responsabilidade civil. Competência da Justiça Federal (art. 109, I, da CF). [...] (TRF5, AC 200384000046696, Desembargador Federal Marcelo Navarro, TRF5 - Quarta Turma, DJ - Data::12/09/2007 - Página::628 - Nº::176.)

Essa reparação não se trata de indenização pecuniária, e sim de ações de reversão e minimização dos impactos negativos causados. Apenas em caso de impossibilidade de restauração é arbitrado quantum indenizatório com a finalidade de reparação dos danos.

Concernente à corrente da corresponsabilidade do estado solidária, objetiva, ilimitada e subsidiária adotada pelo STJ:

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSOS HÍDRICOS. PRIORIDADE DO ABASTECIMENTO PÚBLICO. LEI 9.433/1997. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL. LEI 6.938/1981. DANO IN RE IPSA AO MEIO AMBIENTE. CONSTRUÇÃO DE IMÓVEL EM ÁREA DE PROTEÇÃO DE MANANCIAS. RESERVATÓRIO GUARAPIRANGA. ÁREA NON AEDIFICANDI. IMPUTAÇÃO OBJETIVA E EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA. MUDANÇAS CLIMÁTICAS. 1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público paulista contra o Estado de São Paulo e a Imobiliária Caravelas Ltda. Nos termos da peça vestibular, a segunda ré construiu imóvel em área de manancial (represa de Guarapiranga), na faixa non aedificandi. O Tribunal de Justiça reconheceu a existência das edificações ilícitas e determinou sua demolição, entre outras providências

Caso prático, de grande repercussão nacional, onde ocorreu cumulação dos princípios do poluidor-pagador e da reparação foi o caso de Brumadinho com o rompimento das barragens da Vale do Rio Doce. A empresa, além da condenação pecuniária pelo dano ambiental causado, foi condenada a realizar ações de reparação com o recolhimento e destinação adequada de rejeitos, reparação e recuperação do trecho do rio Paraopeba, atingido pelo desastre, entre outras ações relativas à fauna e a flora locais.

i) Princípio do desenvolvimento sustentável:

A doutrina não é pacífica sobre a denominação de princípio para o desenvolvimento sustentável, muitos defendem tratar-se de um conceito. Autores e estudiosos da temática desenvolvimentista não concordam com a sua denominação de princípio, entendendo que se trata de um conceito, que subsidia o princípio do acesso equitativo dos recursos naturais.

O contexto sob o qual se insere esse princípio é bem mais complexo e, naturalmente, apresenta-se como a raiz de todos os problemas ambientais: a complexa relação entre o desenvolvimento econômico e a necessidade real de manutenção do meio ambiente, como garantia, inclusive da possibilidade de um futuro para o capital, por ser esse um absorvedor natural de recursos naturais. Neste cenário, temos o meio ambiente como uma importante variável do complexo sistema desenvolvimentista, principalmente no âmbito econômico, haja vista que o conceito de desenvolvimento abarca muitos outros prismas não analisados neste momento, a exemplo do social, do cultural, entre outros. Em outras palavras: decisões que objetivem o progresso e o desenvolvimento econômico, devem sem exceção, considerar os impactos ao meio ambiente, como meio de garantir não apenas a existência humana em tempos posteriores, mas também a possibilidade de manutenção do ciclo desenvolvimentista. Na jurisprudência do STF:

MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO

CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. (...) A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUI-LÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras

gerações. (...) (STF, Pleno, ADI 3540 MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 03/02/2006).

Um exemplo claro de aplicação desse princípio é a adaptação da indústria automobilística às fontes de energia disponíveis no planeta. Se antes tínhamos uma indústria 100% baseada em combustíveis fósseis, de natureza não renovável, a iminência de escassez desse elemento fundamental para essa indústria e para a sociedade como um todo fez com que fossem pensadas alternativas energéticas, e hoje os automóveis movidos a eletricidade já são uma realidade em muitos países.

O STF (ADI 3.540-MC) já se manifestou no sentido de que “o princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações”

Percebe-se que essa adaptação da indústria tem dois objetivos claros: proteger as reservas de combustível fóssil e, mais objetivamente, garantir que seu mercado não esteja na dependência dessa única fonte finita de combustível, possibilitando a sustentabilidade do planeta e do seu nicho de mercado.

j) Princípio da participação democrática:

A participação democrática da população na defesa do meio ambiente é atribuição constitucional concorrente com a atuação estatal, conforme o caput do artigo 225 que dispõe sobre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A complexa rede de conexões que forma o meio ambiente, requer que para a manutenção do seu equilíbrio, todas as suas variáveis sejam respeitadas, de tal forma que o aumento ou a diminuição de algum de seus elementos pode causar um desequilíbrio nesse sistema abstruso.

Elemento vital para possibilitar a atuação popular no exercício da prerrogativa protetiva é, inicialmente, prover a sociedade de educação ambiental, para que seja

possível entender os conceitos, compreender o bem ambiental protegido, suas formas de atuação e, em caso de impossibilidade, as formas de provocação ao Estado para que exerça seu mister.

O acesso à educação ambiental é tema da Lei 9795/99, que dispõe sobre a inclusão de estudos sobre o meio ambiente no âmbito educacional e institui a Política Nacional de Educação Ambiental (PNEA) e, em seu corpo, traz como norte a necessidade dos indivíduos serem dotados de conceitos e processos que lhes permitam construir valores sociais, competências, atitudes, habilidades e conhecimentos que os permitam exercer sua função constitucional de proteção ao meio ambiente.

E a abordagem educacional prevista nesta legislação, atinge desde a educação de nível fundamental, passando por todas as etapas, até a educação ambiental não formal, que se dá fora das salas de aulas. Outro aspecto importante para viabilizar a obediência ao princípio da participação democrática é o livre acesso às informações ambientais.

Dentro das atividades de proteção ambiental, a fiscalização é uma das mais importantes e, em virtude do contingente populacional, seria uma das formas mais viáveis de exercer a vigilância ambiental em um território tão extenso quanto o nosso. A participação democrática da população na defesa do meio ambiente é atribuição constitucional concorrente com a atuação estatal, conforme o caput do artigo 225 que dispõe sobre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

No Brasil, o acesso à informação ambiental é garantido por lei, através da Lei 10.650/03, que dispõe sobre o acesso à base de dados das entidades componentes do SISNAMA – Sistema Nacional de Meio Ambiente, e pela lei de acesso à informação, Lei 12.527/11, associadas às faculdades legais como o direito de petição, direito à informação e todos os demais instrumentos legais postos à disposição da sociedade.

Além dessas ferramentas, a sociedade ainda dispõe das Curadorias do Meio Ambiente, dentro da estrutura do Ministério Público, onde é possível denunciar e solicitar atuação do Parquet quando houver suspeita ou comprovada ameaça ou dano ao meio ambiente.

k) Princípio da função social e ambiental da propriedade:

O dever constitucional conjuntamente atribuído à sociedade e ao Estado, de exercer a proteção e a preservação da sociedade, traz consigo algumas repercussões fora do escopo da atuação efetiva, no que diz respeito ao exercício dessa atribuição. Uma destas é a repercussão no que tange à propriedade privada. O direito à propriedade, que já foi um direito absoluto, passou por inúmeras transformações ao longo do processo evolutivo social, e o que no início se via apenas como a proteção de patrimônio individual, passou a ter nuances e variáveis exigíveis, a fim de gozar da efetiva proteção estatal.

Com o passar do tempo, a propriedade, ainda que privada, passou a necessariamente ter que cumprir uma função social, estando em consonância com as necessidades da sociedade em que se insere. Isso não significa que na prática, o proprietário deva atender aos anseios de seus pares dentro de suas posses, entretanto, é necessário que a existência de uma propriedade privada não atinja a harmonia e a paz social, exercendo então sua função social dentro desse sistema.

O acesso à educação ambiental é tema da Lei 9795/99, que dispõe sobre a educação ambiental e institui a Política Nacional de Educação Ambiental e, em seu corpo, traz como norte a necessidade dos indivíduos serem dotados de conceitos e processos que lhes permitam construir valores sociais, competências, atitudes, habilidades e conhecimentos que os permitam exercer sua função constitucional de proteção ao meio ambiente.

Sob o prisma ambiental, a necessidade é de que a propriedade privada não se ajuste às exigências e princípios ambientais, de modo que, se o exercício do direito privado de propriedade atinge, de alguma maneira, o bem ambiental, direito difuso, o particular está sujeito a responder por seus atos e pelos efeitos desta propriedade. Logo, após a abordagem dos principais princípios, é possível perceber a complementariedade existente entre eles, e a necessidade de que sejam considerados, para que o meio ambiente possa ser privilegiado como direito da coletividade ante os interesses privados e estatais específicos.

l) Princípio da função socioambiental da propriedade:

Atualmente, fala-se em função socioambiental da propriedade. Isso porque um dos requisitos para que a propriedade rural cumpra sua função social é o respeito à legislação ambiental. No que tange à propriedade urbana, o requisito é respeitar o plano diretor, que, por sua vez, deverá necessariamente considerar a preservação ambiental (ex.: instituição de áreas verdes).

O art. 1228, § 1º, CC/02 denota o caráter transversal do direito ambiental, que permeia todos os ramos jurídicos – “o direito de propriedade deve ser exercido em

consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados (...), a flora, a fauna (...), bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

A função social (socioambiental) não é apenas uma limitação ao exercício do direito de propriedade. Na verdade, é um atributo do direito de propriedade ao lado do uso, gozo, disposição e reivindicação. Compreende-se, assim, na “ecologização” da propriedade.

m) Princípio do limite:

Tal princípio consiste no dever do Estado de editar e de efetivar normas jurídicas que instituem padrões máximos de poluição, com a concepção de não afetar o equilíbrio ambiental e a saúde pública. O estabelecimento de padrões de qualidade, inclusive, é um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente.

n) Princípio da responsabilidade comum, mas diferenciada:

Tal princípio tem feição ambiental internacional e decorre do princípio da isonomia. Segundo esse princípio, todas as nações são responsáveis pelo controle da poluição e pela busca da sustentabilidade. Ressalta-se que os países poluidores devem adotar medidas mais drásticas, pois são os principais responsáveis pela poluição.

CONCLUSÕES:

Sob o prisma ambiental contemporâneo, a necessidade é de a sociedade e as instituições se ajustem às exigências legais e à principiologia ambiental, de modo que, se o exercício do direito privado de propriedade atinge, de alguma maneira, o bem ambiental, direito difuso, o particular está sujeito a responder por seus atos e pelos efeitos desta propriedade. Logo, após a abordagem dos principais princípios, é possível perceber a complementariedade existente entre eles, e a necessidade de que sejam considerados, para que o meio ambiente possa ser privilegiado como direito da coletividade ante os interesses privados e estatais específicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade **Direito ambiental esquematizado**. 5.^a ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. **O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente**. Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

BACAL, Eduardo Braga. **Tutela Processual Ambiental e a Coisa Julgada nas Ações Coletivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental**. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8692>>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília 1988.

___ Lei nº 8.078/1990 – **Código de Defesa do Consumidor**

___ Lei nº 9.605/1998 - **Lei de Crimes Ambientais**

___ Lei nº 6.938/1981 - **Institui a Política e o Sistema Nacional do Meio Ambiente**

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**, 40 ed.. São Paulo: Saraiva, 20.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco e CONTE Christiany Pegorari **Crimes ambientais** – São Paulo: Saraiva, 2012

MACHADO, Paulo Affonso. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. **Direitos Coletivos e atuação do Ministério Público** Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/direitoscoletivos/>. Acesso em 28 de jul. de 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS– **Declaração sobre o Meio Ambiente Humano**. Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente humano em junho de 1972 – Suécia 1972. Disponível em [http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-](http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html)

[de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html). Acesso em 28 de jul. de 2020.

RIBEIRO, Lúcio Ronaldo P. **Da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/respppj.html>, 1998. Acesso em 28 de jul. de 2020.

RICHARD, Domingues Dulley - **Noção de Natureza, Ambiente, Meio Ambiente, Recursos Ambientais e Recursos Naturais** - Agric. São Paulo, São Paulo, v. 51, n. 2, p. 15-26, jul./dez. 2004.

SIMÕES, Alexandre Gazetta. **A transindividualidade do direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado**. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24451/a-transindividualidade-do-direito-fundamental-a-um-meio-ambiente-ecologicamente-equilibrado>. Acesso em 28 de jul. de 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: ANÁLISE DAS DESVANTAGENS AO TRABALHADOR COM A REFORMA TRABALHISTA.

RAFAELA DE SOUZA BORGES: Graduada de Direito. Centro Universitário Salesiano de São Paulo (Americana).

Resumo: O presente trabalho é decorrente de uma análise das desvantagens dos trabalhadores frente ao modelo contratual de trabalho intermitente, tratado pela Lei 13.467/2017, também denominada como Reforma Trabalhista. São ressaltados alguns aspectos nocivos a classe trabalhadora no que tange a insegurança no mercado de trabalho e as lesões nos direitos da personalidade devido a descontinuidade do trabalho. Verifica-se, no transcorrer deste artigo, que o novo modelo contratual não condiz com o conceito de direito de trabalho e tampouco com os requisitos da relação de emprego, tendo mais aspectos negativos do que positivos para o trabalhador. O método aplicado para o desenvolvimento deste artigo foi o dedutivo, tendo como instrumentos utilizados como base de pesquisa livros e artigos científicos.

Palavras-chave: Trabalho intermitente. Emprego. Empregado. Reforma Trabalhista. Contrato.

Sumário: 1. Conceito e requisitos da relação de emprego. 2. Conceito de trabalho intermitente. 3. Inatividade e a descaracterização da relação de emprego. 4. Insegurança de trabalho. 5. Remuneração. 6. Férias. 7. Previdência social. 8. Estabilidades – acidente de trabalho e gravidez. 9. Direito comparado.

Introdução:

Em síntese, o direito do trabalho busca igualdade jurídica entre o capital e o trabalho, objetivando proteger o trabalhador de lesões que podem lhe ocorrer pela busca incessante de lucro das empresas e melhorar as relações de emprego. Dentre as funções dessa área, o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana são as mais importantes. Os titulares naturais dos direitos fundamentais do trabalho são os empregados, mas também a pessoa jurídica tem seus direitos assegurados. Para Octavio Bueno Magano, o direito do trabalho é:

“Conjunto de princípios, normas e instituições, aplicáveis à relação de trabalho e situações equiparáveis, tendo em vista a melhoria da condição social do trabalhador, através de medidas protetoras e da modificação das estruturas sociais”.

Mais especificamente, o direito do trabalho surgiu, a partir de leis específicas, decretos e princípios, para equiparar o empregado ao empregador, porque, em regra, há desigualdade entre as partes, haja vista que o empregador é a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado, que para a prestação de seus serviços, contrata uma pessoa física; conforme conceitua Maurício Godinho Delgado, e segundo o art. 2º da CLT, há a definição:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

A partir do poder de direção, o empregador possui responsabilidade de assumir os riscos da atividade econômica, determinando as execuções de seus funcionários para o alcance das finalidades da empresa. Por outro lado, o empregado deve ser subordinado às ordens e não ser prejudicado por qualquer falta de funcionamento da empresa, devendo receber seu salário habitual, independentemente de qualquer imprevisto.

Esta área do direito tem como objeto a relação de emprego e como base, dentre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana, onde o homem não pode ser usado como objeto na busca incessante de lucro, sendo devidos a ele dignidade, respeito e direitos fundamentais. Estes direitos são inerentes às pessoas e não podem ser transferidos, renunciados ou terem seu valor diminuído, visando a melhora no ambiente de trabalho.

Analisados esses conceitos, verifica-se as afrontas e a imprudência do legislador brasileiro ao desenvolver o trabalho intermitente.

Entretanto, objetivando desenvolver melhoras às condições de trabalho no sistema brasileiro, na data de 13 de julho de 2017, foi promulgada a Lei nº 13.467 e o contrato de trabalho intermitente, o qual foi postulado e introduzido nos artigos 443 a 452—A da CLT.

A finalidade deste novo texto foi modernizar as relações de trabalho; gerar mais empregos (principalmente para estudantes, devido a flexibilização de horário); formalizar os “bicos” – denominação utilizada para trabalhos não formais e sem vínculos trabalhistas e também para atender demandas específicas de determinados setores.

Porém, há algumas lacunas na lei que deixam inseguros os integrantes do polo hipossuficientes da relação jurídica, ferindo os preceitos fundamentais do direito do trabalho.

1. CONCEITO E REQUISITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO:

Emprego é espécie de trabalho. A relação de trabalho é toda e qualquer energia contratada pelo ser humano para transformar objetos e o meio em que vive; neste sentido, sustenta Amauri Mascaro Nascimento “No processo de trabalho, os homens transformam os objetos da natureza para satisfazer suas necessidades”.

Para que se caracterize empregado, deve conter seis requisitos presentes na relação de emprego, dentre os quais são: pessoa física, subordinação, onerosidade, alteridade, pessoalidade e não eventualidade.

- a) Pessoa física: o empregado deve ser pessoa física (também chamada de natural);
- b) Subordinação: entende-se por submissão, posição de dependência do funcionário devido ao poder de direção do empregador para reger as atividades econômicas;
- c) Onerosidade: a relação de emprego requer contrato bilateral, constituídos de direitos e deveres de ambos os lados, a qual de um lado há o empregado que exerce as atividades e de outro o empregador que lhe paga a remuneração;
- d) Alteridade: como exposto, os riscos do negócio são de responsabilidade do empregador, não podendo recair estes perigos sobre o funcionário, que deve ter sua remuneração independente de ter atividade para ser realizada;
- e) Pessoalidade: o contratado não pode ser substituído por outro, pois somente ele deve prestar serviços à quem o contratou;
- f) Não eventualidade: é exigido do empregado prestar serviço de modo periódico, contínuo e habitual.

2. CONCEITO DE TRABALHO INTERMITENTE:

Este novo tipo contratual de trabalho é considerado emprego e sua descrição está no artigo 443 da CLT em seu parágrafo terceiro:

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do

empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria. (BRASIL, 1943)

Este modelo de contrato permite que a prestação de serviços seja descontínua, com períodos de alternância de atividade, em que o empregado aguarda a ser convocado até três dias corridos antes do dia do trabalho e quando recebida a convocação, o colaborador terá um dia útil para fornecer a resposta.

O contrato deve ser por escrito e conter o valor não inferior a hora do salário mínimo vigente no país e nem menor ao dos outros empregados que exercem a mesma função (art. 452-A da CLT e seus parágrafos).

3. INATIVIDADE E A DESCACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO:

De acordo com o parágrafo 3º do artigo 443 da Consolidação das Leis do Trabalho, o trabalho intermitente permite alternância entre períodos de atividade e inatividade, em que o colaborador se mantém no aguardo para ser chamado.

No entanto, a falta do requisito de “não eventualidade” que exige função contínua atinge diretamente o empregado, uma vez que fica incerto a quantidade de salário que receberá ao final do mês, colocando em risco sua vida financeira.

Portanto, em consequência, é colocado para o empregado os riscos da atividade econômica, ferindo o princípio da alteridade, porque na relação empregatícia, independente se houver atividade ou não a ser executada, o empregado não pode ter sua remuneração prejudicada.

Nesse contexto, na reforma, há o afastamento da responsabilidade do empregador, uma vez que ele pode escolher por não chamar o(s) empregado(s) nesse tipo de contrato se estiver em estado de crise por exemplo ou qualquer outro tipo de instabilidade.

As empresas, desta forma estão permitidas a contratarem qualquer número de pessoas pelo contrato de trabalho intermitente e solicitar os seus serviços quando estiverem financeiramente organizadas, ao passo que as pessoas terão prejuízos devido a remuneração horária (não serão chamadas e nem receber) quando houver situações empresariais instáveis.

O grande lapso de inatividade descumpra o período de valorização do trabalho humano, que tem por fim assegurar a todos existência digna, previsto na lei maior, em seu artigo 170.

4. INSEGURANÇA DE TRABALHO:

A nova legislação expõe toda a sociedade brasileira a uma instabilidade empregatícia, uma vez que não aplicou nenhum número mínimo de dias que o empregado deve ser chamado, permitindo que as empresas contratem vários funcionários e chame-os com pouca frequência. Deste modo, é desconsiderado o princípio da proteção do lado hipossuficiente da relação à medida que a existência de atuação do empregado depende exclusivamente do empregador.

Entretanto, a insegurança de trabalho é perceptível, já que para o estado, um empregado que tem contrato de trabalho intermitente com uma empresa mas não é chamado nem uma vez para exercer atividade é classificado como empregado; conceito que fere de modo direto os requisitos da relação de emprego definido pela própria Consolidação das Leis do Trabalho do país.

A indagação recai sobre como é possível adquirir compromissos, fazer negócios e administrar os bens se nem sequer o empregado conhece o mínimo salário que receberá no mês subsequente. Esta questão desonra os direitos da dignidade, a integridade da pessoa humana e inclusive o mínimo constitucional, mencionado do artigo 7º, inciso IV:

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

(...)

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;”

(...)

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

Como bem analisa o doutrinador Amauri, o salário é fundamental:

“Ter um salário para prover às necessidades mínimas de subsistência é uma questão de dignidade do ser humano. O salário vital é um direito fundamental porque corresponde a uma renda mínima. Tendência, essa, necessária para que numa

sociedade justa as pessoas desfavorecidas tenham um mínimo necessário que permita fazer frente aos gastos indispensáveis para a sua manutenção e da sua família”.

Ainda assim, é possível que o empregado tenha vários vínculos de trabalho intermitente e seja chamado poucas vezes ou até que nenhuma empresa o convoque no mês. A finalidade desta regulamentação trazida pela Reforma foi formalizar os trabalhos informais e gerar empregos, porém devido às lacunas existentes na lei não foi possível regularizar de forma que o empregado tivesse segurança jurídica.

Apesar disso, buscou-se aumentar os índices de contrato de trabalho, porém sem nenhuma fundamentação, porque se o empregado é contratado e não é convocado, isso não tem nenhuma colaboração para o desemprego e nem com a economia.

5. REMUNERAÇÃO:

A remuneração é a composição de toda massa retributiva que o empregado recebe da empresa. O salário tem como princípios fundamentais a indisponibilidade, irredutibilidade, intangibilidade (em regra não sofre descontos), a periodicidade e a natureza alimentar. Todos esses princípios foram elaborados para a segurança e subsistência digna do trabalhador.

O empregado intermitente será remunerado ao final de cada período de prestação de serviço e deve o empregador implementar as parcelas descritas no parágrafo 6º do artigo 452 da CLT, as quais são: férias proporcionais com acréscimo de um terço, décimo terceiro salário proporcional, repouso semanal remunerado e adicionais legais (o que inclui por exemplo adicional noturno, insalubridade, hora extra, dentre outros). A hora paga para o funcionário não deverá ser inferior a hora do salário mínimo nem ao dos outros empregados que fazem a mesma função.

O parágrafo 6º do referido artigo se trata do descumprimento das partes após aceita a oferta de trabalho. A parte que descumprir tem o encargo de pagar 50% da hora à outra. Há uma lacuna na lei quanto ao que seja “justo motivo”, visto que não fica explícito quais as situações cabíveis.

A questão é a impossibilidade do empregado pagar ao empregador se tampouco tem trabalho estável. É desabonador e contraditório colocar este tipo de responsabilidade para o empregado, porque não se pode admitir penas para o lado hipossuficiente da relação, bem como entendem Francisco Jorge Neto e Jouberto Calvacante:

“O estabelecimento de multa para o trabalhador (art. 452-A, § 4o) que descumprir convocação anteriormente atendida não é compatível com os princípios constitucionais da dignidade humana, do valor social do trabalho, da isonomia, da proteção do trabalhador e da função social da empresa”

Esta tese afronta o fundamento da existência do direito do trabalho, o qual visa equiparar as partes.

6. FÉRIAS:

As férias no trabalho tem como objetivo o descanso, desenvolvimento social, cultural e político do trabalhador em local diverso, com remuneração de pelo menos um terço a mais do salário habitual. O parágrafo 9º do artigo 452-A da CLT prevê o direito de usufruir férias nos doze meses subsequentes de um ano de trabalho, período no qual o empregado intermitente não poderá ser convocado pela empresa que lhe concedeu este direito.

Art. 452-A, § 9º A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.

A sistematização é sobre o modo de passagem desse período ausente da empresa, visto que a remuneração acrescida de um terço lhe é paga por período de trabalho. A cada dia ou lapso de tempo que foi pactuado, o funcionário recebe valores ínfimos referente às férias e no período de gozo não possui um montante relevante. É violado o inciso XVII, do art. 7º da Constituição Federal:

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

(...)

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

No entanto, a consequência é uma férias sem recursos financeiros. Inclusive o empregado fica impedido de ser chamado para exercer função para o mesmo empregador. Contudo, percebe-se o descabimento dessas férias por motivo de falta de recursos: sem trabalho e sem remuneração.

7. PREVIDÊNCIA SOCIAL:

A lei atual até a presente publicação deste artigo requer a base do salário mínimo para recolhimento percentual para a colaboração da previdência social. Ocorre que como visto anteriormente, não é previsível e nem certo que o trabalhador receberá tal montante base. O § 8º do artigo 452-A, da CLT, descreve:

Art. 452-A, § 8º. O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

A lei é omissa no que tange a esse reconhecimento. Se o empregado não for convocado para trabalhar no mês, ou, a remuneração for inferior a um salário mínimo, o empregado perde a qualidade de segurado, ficando despidido de direitos, e, de fato, a lei não protege os trabalhadores como deveria para cumprir os fundamentos do Estado com o desenvolvendo do labor.

O funcionário, no entanto, fica dependente do empregador para o recolhimento previdenciário, prejudicando a aposentadoria ou o recebimento de um seguro se necessário. Logo, os riscos são do empregado, caso não consiga o montante base do salário mínimo.

8. ESTABILIDADES – ACIDENTE DE TRABALHO E GRAVIDEZ:

Em casos de acidente de trabalho e gravidez, são silentes os aspectos no novo texto legislativo. Fica claro que ao ocorrer por exemplo um acidente de trabalho em um dos ambientes, o outro empregador, caso haja mais de um, que nada teve relação, não poderá chamar o funcionário intermitente para prestar atividades e nem tampouco ajudará no auxílio neste período.

É importante ressaltar que, se o emprego não é suficiente para a contribuição previdenciária, não há nenhum tipo de seguro para estabilizar este cidadão que deveria ser de direitos.

Da mesma forma, as grávidas e lactantes serão excluídas da preferência na chamada para trabalhar, pois se sempre houve discriminação contra mulheres no ambiente de trabalho, esse tipo de contrato nada contribuiu com esse fato. Se não há um número mínimo de dias, podem os empregadores não chamá-las devido ao direito das lactantes terem sua jornada reduzida e as grávidas não poderem exercer toda e qualquer atividade no ambiente laboral.

Desta forma, há lacunas na lei que não protegem os trabalhadores intermitentes em situações excepcionais onde deveriam ter estabilidades.

9. DIREITO COMPARADO:

Cada país tem suas singularidades e maneiras de gerir este contrato, alguns mais liberais e outros com mais segurança e regulamentação. Na Alemanha, a empresa deve garantir um salário mínimo e estipular a jornada, é prefixado esses aspectos na contratação.

Na Itália, a previsão está na Lei Biagi/2003. É como um programa de inclusão e voltado para aposentados e jovens, onde são ofertadas oportunidades para esses grupos. Após 3 anos de trabalho intermitente o contrato se torna por prazo indeterminado e o empregado têm maior estabilidade, o que não é previsto na legislação brasileira.

Na Espanha é estipulado em convenção coletiva o número mínimo de dias obrigatórios de trabalho, para que melhor se organize os funcionários. Nos Estados Unidos, é ofertado para os jovens de até 25 anos e senhores com mais de 65 anos. Denominado como Zero Hora, não há dias mínimos estipulados e o empregado fica a espera. A empresa não é obrigada a convocá-lo, assim como no Brasil.

Conclusão:

Após estas análises feitas sobre a nova legislação que trata sobre a intermitência de trabalho, conclui-se alguns pontos precários relevantes para os trabalhadores brasileiros submetidos a esse tipo de contrato.

Todas as omissões reputadas neste artigo partem de uma única temática não colocada e muito importante; assunto este que tange ao número mínimo de dias em que o empregador deve chamar o empregado. No entanto, se assim fizesse, melhoraria as relações de emprego deste módulo, pois o empregado ficaria ciente de qual o mínimo que receberia no mes, mesmo que tivesse somente um contrato.

Os assuntos que não foram tratados na reforma trabalhista referente ao trabalho intermitente, ferem diretamente o conceito de direito do trabalho, que é a igualdade das partes e os requisitos empregatícios, sendo eles a alteridade, continuidade e habitualidade. As lacunas na lei geram prejuízos emergentes para os empregados brasileiros principalmente nos direitos previdenciários e em suas estabilidades.

Salienta-se aqui que o trabalho intermitente não é uma regularização ruim, pois possibilita a formalização de trabalhos e geração e vínculos empregatícios, mas ainda não há segurança suficiente para que o contratado tenha plena dignidade, conforme previsto na CLT e principalmente na Constituição Federal, trazendo algumas desvantagens e insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16. ed. rer. e ampl. - São Paulo: Ltr, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei no 5.452., de 1o de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho.

NASCIMENTO, Amaurí Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 29. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014

MAGANO, Octávio Bueno. Manual de Direito do Trabalho, vol. III – Direito Coletivo do Trabalho. São Paulo: LTr.

GEN JURÍDICO. Notas Sobre a Inconstitucionalidade do Contrato Intermitente. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/02/07/notas-sobre-a-inconstitucionalidade-do-contrato-intermitente/>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASÍLIA. Poder Executivo. Parecer ao projeto de lei n 6.787, 2016. Altera a o Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio 1943 - Consolidação das Leis do trabalho, e a Lei nº 6.019, de 2 de janeiro de 1974. Disponível em: https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/0/?ui=2&ik=9e9e9e12c9&attid=0.2&permmsgid=msg-f:1672132297784714130&th=17349b772aea6392&view=att&disp=inline&sadbat=ANGjdJ_XIcYtkw7J79lvrgMxxHeLqa1I5UXXec7V9RnpVsKvCC45WaS3JoHmZg_x_qBdQ7Y3RhoOhOi0p0iLXro-7kiuIgfIND5JI7LMIgDhAvtXX8ngA-01D8FKer1CeYOrRisBABvqZY4ITtK4dFyb9QTpGslHEp642UxZPR7CiyWtRyIzaRHFTB7AHRaw0yFvWui0CKa5Jp5ZA82xHUuJ41TgB6bm4aOdYSMUqBEPEXAgJwrrexZaVuWq5MFVHXyYLnIX41k7AOp8H4EtfI4DmsFgBrFkCuH8UWN4UVR4YN8UPAWUrYYJE-I03TSCibaHzzCIu16gM7btcoNQjIGs7a433Ro8cb4yYT5T8JYCh7dukqXbVRZsvJ3Ooe2AgpoYO0z7WjlxGX6-

NurPG2BLUNqawuHTOzfXohJJeG7qIGYSk5EcMmJe_nK9thBATgBbRcvlBYzTLqFvO
-A4BEtAgfWcZzkzb62ZO-
tzVU_7ek2XZ800rXoKjMXQF7ygisAte0eIUVT5rCnDFhD4SRxmKq-
BTu_A5rQcMjkzkV6UWNWNe1aCdNLpZlICK_4BIL2Pin13ItbEpcSCDV0fMd_2zEdYVQ
wq0LZcb3nM6pJA60KRNi1rL4m_X-
ackE28cfksXEIrTxvYj6k9Il4bb74jNcJpT2lqf8hEu5zx141XwDS1kHQALDONvA6Vk.
Acesso em: 14 jul. 2020

CRIANÇAS E ADOLESCENTES LGBT'S E O ÓBICE DO CYBERBULLYING

VANESSA ANDRIANI MARIA: Advogada, pós-graduanda em Advocacia Cível e Direito do Trabalho. Membro da Comissão de Direitos Humanos e do Grupo de Violência de Gênero da OAB Santa Maria-RS.

Resumo: Na contemporaneidade, por meio do uso das tecnologias de comunicação e de informação e dos dispositivos agregados, o cyberbullying possui o potencial para extrapolar os obstáculos de tempo e espaço do bullying tradicional entre crianças e adolescentes LGBT's causando sérias consequências na vida destas pessoas. Neste sentido, o objetivo deste trabalho é apresentar a temática do cyberbullying, suas repercussões provocadas nas vítimas e as formas de prevenção. Trata-se de uma pesquisa do tipo exploratória, que utilizou procedimentos de coleta de dados bibliográficos em publicações periódicas de cunho científico. Os resultados ressaltaram que as medidas para combater ou minimizar o cyberbullying serão mais eficientes se cada usuário da internet adotar a ética no ambiente virtual. É fundamental salientar que o cyberbullying deve ser amplamente estudado, pois é através da problematização do assunto que será possível a elaboração de ações preventivas e medidas de combate ao problema, permitindo à população uma maior elucidação sobre o assunto e, por conseguinte, maior qualidade nas relações sociais entre crianças e adolescentes.

Palavras-Chave: Cyberbullying, crianças, adolescentes, Ambiente virtual, LGBT.

Sumário: 1. Introdução – 2. A Sobrecarga que Envolve os Grupos mais Vulneráveis; 2.1 O Embate do Cyberbullying na Vida de Crianças e Adolescentes LGBT's; 2.2 Como Prevenir o Cyberbullying. 3. Considerações Finais. 4. Referências.

1. Introdução

Tanto as crianças quanto os adolescentes, hodiernamente, exibem sua identidade em diversas plataformas digitais. Tais jovens, com a finalidade de aumentar sua interação participando das redes sociais, criam perfis públicos e compartilham diversas informações pessoais, através destes dispositivos tecnológicos.

É notadamente perceptível a existência de particularidades comuns do cyberbullying com o bullying tradicional. A intencionalidade do/da agressor/agressora, o caráter recorrente das agressões e o desequilíbrio de poder

entre o/a agressor/agressora e a vítima são aspectos que se mantêm no cyberbullying (BUELGA et al., 2010).

O cyberbullying pode ser definido como um comportamento intencional, agressivo e repetido, através da utilização de variados dispositivos eletrônicos que permitem estabelecer contato com outrem, e em que existe uma relação desigual de poder agravada pelo fato de muitas vezes a vítima não saber quem a está a agredir/violentar (SMITH et al, 2006).

Com relação aos aspectos teóricos e conceituais que circundam o fenômeno em sua complexidade, não existe uma consonância (LANGOS, 2012). Uma suposição para a ausência de uma definição precisa do cyberbullying está relacionada ao fato em que se observa uma significativa proliferação de novas tecnologias, no qual surgem novos comportamentos e modos de agir diante de tais inovações (SPEARS et al, 2009).

Diversas inquirições já realizadas acerca da temática situa o cyberbullying como um fator de risco expressivo para o desenvolvimento subsequente de crianças e adolescentes. Entendido como "um tipo de bullying que utiliza a tecnologia" (SHARIFF, 2011, p. 59)

A prática do cyberbullying é facilitada pela diversidade de meios proporcionados pelas tecnologias de informação e comunicação: e-mails, grupos de discussão, mensagens de texto/digitais blogs, salas de chats, mensagens instantâneas, redes sociais, sites de crítica de cinema, sites de partilha de vídeos ou jogos online (PESCITELLI, 2013).

O cyberbullying gera uma amplificação das suas consequências e do seu impacto nas vítimas, contribuindo desta forma para a abrangência da gravidade deste tipo de agressão (MATOS et al., 2011, p.186).

Nestes ambientes dotados de tecnologia de informação com internet, ações hostis, humilhantes e reiteradas descrevem mais recentemente o bullying eletrônico ou cyberbullying. Os instrumentos utilizados no cyberbullying estão em expansão juntamente com o desenvolvimento de novas tecnologias de informação. O instrumento mais utilizado é o SMS, o qual é usado para a emissão de mensagens atemorizantes, difamatórias ou ofensivas contendo inclusive fotografias ou vídeos. O e-mail (com probabilidade de envio de anexos – fotos ou vídeos), as redes sociais, os chats, os jogos online e as chamadas telefônicas via internet.

Excluídos de suas famílias, censurados pela sociedade e isolados de seus amigos, muitas crianças e adolescentes LGBT's apelam para a internet procurando

solidariedade. Através da internet, estes veem uma forma de evadir-se de seus confins físicos e ser imediatamente conduzidos para um local repleto de pessoas semelhantes e acolhedoras. Ali, podem buscar seu rumo sobre como revelar sua orientação sexual, quanto melhor compreender sua sexualidade e identidade de gênero. De certa forma, a internet promove o senso de comunidade nos indivíduos LGBT's, independentemente da distância física entre eles.

Em um ambiente virtual, práticas discriminatórias e discursos de ódio são cada vez mais cíclicos aos sujeitos. As redes sociais digitais tornaram-se um ambiente de constante interação humana e, portanto, de dispersão de opiniões a respeito de outrem. O problema reside no fato de que essas opiniões, invariavelmente, desqualificam e inferiorizam as crianças e adolescentes por serem LGBT's.

A rede constitui um espaço de socialização como qualquer outro, sendo mediada por atos de indivíduos que fazem parte dela, logo, o cyberbullying se expressa como sendo a violação dos direitos humanos neste ambiente, através de tecnologias digitais.

Os critérios estabelecidos na metodologia adotada no estudo permitiram a seleção de referências com as seguintes características: livros, artigos científicos, e periódicos. Foram atendidos todos os critérios necessários para a realização de uma revisão de literatura com excelência.

Evidências sugerem que a vítima, criança ou adolescente LGBT resista a comunicar aos adultos porque receiam a perda do acesso às tecnologias e uma represália maior por parte do agressor, também acham que os adultos não poderiam fazer nada para mudar a situação; mesmo que tentassem.

Outros motivos para o silêncio incluem não saber a identidade do agressor, não confiar na capacidade dos educadores de compreender ou resolver a situação de forma adequada, bem como temer ser julgado mentiroso ou culpado pela própria resposta agressiva ao cyberbullying. Temem que a situação seja banalizada e se preocupam em serem rotulados como medrosos (CASSIDY; FAUCHER; 2013, p. 575).

Para CANDAU (2008, p. 181), "a interculturalidade orienta processos que têm por base o reconhecimento do direito à diferença e a luta contra todas as formas de discriminação e desigualdade social".

A questão relacionada à LGBTfobia no Brasil sempre existiu desde a edificação de nossa sociedade. Atualmente, a situação teve uma piora.

2. A Sobrecarga que Envolve os Grupos mais Vulneráveis

Crianças com deficiências, crianças excluídas socialmente, que estão fora da escola, pertencentes a minorias ou afetadas pela migração são mais propensas a não terem acesso à internet, ficando impossibilitadas de aprender sobre segurança online. De modo que, ao terem acesso corre maior risco de sofrer cyberbullying. (UNESCO, 2015)

Outro grupo de vulneráveis são os mais pobres ou provenientes de minorias étnicas, linguísticas ou culturais, migrantes ou que fazem parte de comunidades de refugiados ou pessoas com deficiências físicas, apresentam maiores riscos de sofrer violência escolar e bullying. Crianças e adolescentes cuja orientação sexual, identidade ou expressão de gênero não se conforma às normas sociais ou de gênero tradicionais são afetados de modo desproporcional. (UNESCO, 2019, p.9)

As crianças e os adolescentes mais vulneráveis, incluindo os mais pobres ou provenientes de minorias étnicas, linguísticas ou culturais, migrantes ou pertencentes a comunidades de refugiados ou pessoas com deficiências físicas, apresentam maiores riscos de sofrer violência escolar e bullying. Crianças e adolescentes cuja orientação sexual, identidade ou expressão de gênero não se conforma às normas sociais ou de gênero tradicionais são afetados de modo desproporcional.

Crianças e adolescentes cuja orientação sexual, identidade ou expressão de gênero não se identifica às normas tradicionais de gênero (estereótipos de gêneros) também são mais predispostas a sofrerem violência escolar e bullying. Alguns meninos podem ser importunados quanto a sua falta de masculinidade ou as meninas, quanto a sua falta de feminilidade.

Em relação ao cyberbullying, a escola acredita que seja como um espaço apenas de instrução onde valores não são discutidos. Assuntos mais polêmicos como preconceito, racismo, sexismo, homofobia e intolerância religiosa também não estão na pauta da escola. (GARCEZ, 2014, p. 163) "Talvez o cyberbullying não seja de fato um problema que esteja afetando a escola, mas a sua omissão em relação a este fenômeno é apenas a ponta do iceberg."(ib.)

Algumas crianças e adolescentes vivenciam a violência e o bullying em casa e na escola, e tanto no mundo real como no virtual. Quase não existem mais limites entre o mundo real e o virtual, devido às novas tecnologias de informação e comunicação (TICs) que passam a integrar o dia a dia de crianças e adolescentes LGBT's. Os que relatam ter sofrido este tipo de bullying on-line, também sofrem bullying pessoalmente.

As crianças têm acessado a internet cada vez mais cedo e em maior número, e a idade média para o início do uso da internet tem diminuído. Embora a maior

parte dos dados disponíveis sobre a prevalência do cyberbullying seja proveniente de pesquisas conduzidas em países industrializados, o uso da internet tem crescido no mundo todo.

O bullying homofóbico visa estudantes lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros (LGBT) e também estudantes não LGBT que não se enquadram aos padrões tradicionais de gênero. Estudantes LGBT são mais propensos a sofrer bullying homofóbico na escola do que na comunidade, sendo a violência psicológica, que inclui a exclusão social e o bullying verbal, entre as mais relatadas pelos estudantes. (UNESCO, 2017)

A internet também pode ser um lugar ameaçador e perigoso, principalmente ameaçadora à comunidade LGBT, considerando-se o fato de que grande parte desses comentários odiosos inclui ofensas homofóbicas e agressões desorientadas.

Observa-se que algumas pessoas não se sentem suficientemente seguras para revelar sua orientação sexual, ou que preferem não revelar determinados aspectos de sua identidade, caso se sintam ameaçadas.

Assumir para a sociedade a orientação sexual ocasiona a imposição de limites aos seus desejos, deixando esses indivíduos mais propensos ao desrespeito, à discriminação e à relação da pessoa LGBT à doença, ao desvio, ao crime e à oposição. (DAVI; BRUNS; 2015, p. 521)

Estudantes não-LGBT's considerados atípicos segundo as normas de gênero, também são alvos de violência homofóbica. Na Tailândia, por exemplo, 24% dos estudantes heterossexuais sofreram violência porque sua expressão de gênero era percebida como atípica, e no Canadá 33% dos estudantes do sexo masculino sofreram violência verbal relacionada a sua orientação sexual real ou percebida, incluindo aqueles que não se identificavam como gays ou bissexuais.(ibid.)

2.1 O Embate do Cyberbullying na Vida de Crianças e Adolescentes LGBT's

Assim como ocorre com o bullying praticado fora do ambiente virtual, o cyberbullying pode acarretar sérias consequências para os jovens vitimados. Geralmente ocorre, um quadro inicial de isolamento e tristeza, o qual pode evoluir para sérios quadros de depressão, transtorno de ansiedade e síndrome do pânico.

A relação foi negativa quando relacionada à saúde, percebida nos seguintes pontos: sedentarismo, tabagismo e ingestão ou abuso de bebidas alcoólicas. (SILVA et al, 2007, p.1115)

Tanto as vítimas quanto os agressores apresentam problemas adaptativos na escola, com seus os pares, baixo rendimento escolar, tendem a consumir substâncias psicoativas, possuem baixa autoestima, fobia social, estresse, depressão, e apresentam mais condutas autolesivas. (LI, 2006; SCHNEIDER et al.; 2012, p. 171; HINDUJA; PATCHIN, 2008)

Outros problemas listados para os que sofrem de cyberbullying e vivenciam experiências negativas em sua saúde psicológica e comportamental, podem refletir inclusive na evasão escolar, isolamento social, depressão, ideação suicida e suicídio. (FERREIRA; DESLANDES; 2018, p.3369) Grande parte dos estudos cita que o cyberbullying está associado à depressão, uso de drogas, ideação suicida e suicídio, estresse, solidão e ansiedade (EL ASAM; SAMARA, 2016; HINDUJA; PATCHIN, 2011; GINI; ESPELAGE, 2014) com consequências psiquiátricas que afetam a saúde mental e o desenvolvimento escolar (CARPENTER; HUBBARD, 2014), principalmente dos adolescentes.

2.2 Como Prevenir o Cyberbullying

Designar um espaço específico para o debate do uso da internet tanto em casa quanto na escola e através de telefones celulares (principalmente), faz parte do uso seguro da tecnologia com a finalidade de prevenção ao cyberbullying para crianças e adolescentes LGBT's: "o desenvolvimento de hábitos relacionados ao uso seguro de tecnologia deve ser estimulado desde muito cedo na vida das crianças na atualidade, de modo a garantir a efetiva internalização desses comportamentos. (HINDUJA; PATCHIN; 2009, p. 148).

A determinação de limite de tempo ou restrição de acesso a determinado(s) conteúdo(s) foi investigado e comparado ao uso da internet por parte dos filhos no estudo de LEE E CHAE (2011, p. 640). Tais autores encontraram relações expressivas entre o tempo gasto na internet e uma redução da convivência familiar. Analisaram ainda, que quando os pais exibiam práticas como "recomendar um site positivo ao filho" ou "navegar junto do filho", os filhos acabavam gastando mais tempo envolvidos em atividades educativas online e, deste modo, menos predispostos ao cyberbullying.

Uma questão muito importante a ser analisada, diz respeito ao papel das escolas, que admitem a proibição de aparelhos celulares em seus redutos com a finalidade de não tumultuar o ambiente escolar através do uso indiscriminado das redes sociais, com jogos e aplicativos que não são de uso didático. Esta forma seria uma maneira eficaz de minimizar o cyberbullying? Fica a pergunta "no ar" para ser respondida em próximas pesquisas.

Outro procedimento favorável é implantar um modelo de prática restaurativa, visando a resolução de conflitos por meio do diálogo, da colaboração e da cooperação.

As estruturas construídas no seio das escolas e a melhoria da convivência escolar devem servir de suporte para colaborar na resolução dos casos de cyberbullying. A mediação, o trabalho cooperativo, as aulas de convivência, os programas de acompanhamento e mais programas e estruturas que aprofundem na filosofia da resolução colaborativa e cooperativa dos conflitos são suportes muito aproveitáveis para prevenir as condutas de cyberbullying no contexto escolar (AVILÉS 2013, p. 234).

3. Considerações Finais

O cyberbullying contra crianças e adolescentes LGBT's apresenta características específicas tornando-o ainda mais prejudicial que as formas convencionais de bullying e que devem ser reconhecidas para traçar táticas de intervenção mais apropriadas. A revisão de estudos realizada permite concluir que se trata de um fenômeno, que pode ocasionar em sérios prejuízos sociais, emocionais e cognitivos aos envolvidos, especialmente pela amplitude de sua abrangência.

O cyberbullying é uma prática trágica ao desenvolvimento salutar de crianças e adolescentes. Pode acarretar consequências deletérias na fase adulta, se negligenciado. Quando se almeja coibir a violência de gênero, homofobia, assédio moral no ambiente de trabalho, preconceito e racismo, o Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA deve ser aplicado integralmente.

Os meios e formas de ofensas e agressões utilizadas são variados e demandam uma constante atualização para que esta realidade seja mais bem estudada e avaliada, pois sabemos que os problemas de âmbito virtual não se exaurem e que a educação visando o uso adequado da tecnologia precisa ser ininterrupta.

A principal ferramenta de combate ao cyberbullying ainda é a prevenção e deve abranger os jovens (crianças e adolescentes LGBT's), que deverão ser ensinados para a utilização das tecnologias de intercessão, e os seus responsáveis, que deverão monitorar o seu uso de forma racional. Apesar dos jovens terem maior domínio sobre o uso das novas tecnologias que seus responsáveis legais, esses possuem um dever de zelar pelo bem estar e saúde daqueles que estão sobre sua responsabilidade. É importante considerar que certo monitoramento de atividade tem um aspecto positivo relacionado à proteção.

Importante da mesma forma, é manter um diálogo aberto e monitorar as atividades on-line do seu filho, ajudando-o a ficar seguro.

Pesquisas sugerem que o incentivo a uma cultura inclusiva, por parte das escolas, com práticas inclusivas sobre diversidade tornam as crianças e adolescentes mais preparados para reconhecer situações de violência ou abuso, sentindo-se mais confortáveis em reportar incidentes de violência ou cyberbullying sofridos para um professor, ou outro adulto de confiança.

É de extrema importância asseverar que as crianças e jovens aprendam como protegerem-se a si próprios e a sua privacidade on-line, aprendendo a desenvolver métodos que os ajudem a suportar o cyberbullying: como bloquear contatos, não expor informações pessoais, procurar dicas de segurança, bloquear spams, e usar sites seguros.

Ainda é insuficiente o conhecimento sobre programas eficazes contra o cyberbullying. Novas pesquisas podem fornecer informações valiosas sobre o melhor foco de intervenção e como intervir de modo mais eficaz.

4. Referências

AVILÉS, J. M. **Bullying: Guia para educadores**. 1 ed. Campinas-SP. Mercado de Letras, 2013.

BUELGA, S.; CAVA, M.; MUSITU, G. Cyberbullying: victimización entre adolescentes a través del teléfono móvil y de Internet. *Psicothema*. v. 22, n. 4, p. 784-789. 2010.

CANDAU, V. M. Memórias, Diálogos e Buscas: aprendendo e ensinando. *Educação Unisinos*. v. 12, n.3, p. 174-181. 2018.

CARPENTER L.M.; HUBBARD G.B. Cyberbullying: Implications for the Psychiatric Nurse Practitioner. *Journal of Child and Adolescent Psychiatric Nursing*. v. 27 n. 3, p.142–8. 2014

CASSIDY,W; FAUCHER C; JACKSON, M. Cyberbullying among youth: A comprehensive review of current international research and its implications and application to policy and practice. *Sch Psychol Int*. v. 34, n. 6, p. 575–612. 2013 May 8 Disponível em <<http://spi.sagepub.com/content/34/6/575.full> > Acessado em 19 de julho de 2020.

DAVI, D.E.H.; BRUNS M.A.T. Mundo-vida travesti: abordagem fenomenológica das travestilidades. *Temas Psicol*. v .23, n.3, p. 521-533. 2015

EL ASAM, A., SAMARA, M. Cyberbullying and the law: A review of psychological and legal challenges. *Computers in Human Behavior*. v. 65, p.127-141. 2016.

FERREIRA, T.R.S.C.; DESLANDES, S.F. *Ciência & Saúde Coletiva*. Cyberbullying: conceituações, dinâmicas, personagens e implicações à saúde. v. 23, n. 10, p. 3369-3379. 2018.

GARCEZ, A. M. Representações sociais do cyberbullying na mídia e na escola. Tese doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2014. 186 p.

GINI, G.; ESPELAGE, D. L. Peer Victimization, Cyberbullying, and Suicide Risk in Children and Adolescents. v. 312, n. 5, p.545-546. 2014.

HINDUJA, S.; PATCHIN, J. W. Cyberbullying: An Exploratory Analysis of Factors Related to Offending and Victimization, *Deviant Behavior*. v. 29, n. 2, p.129-156. 2008.

HINDUJA, S.; PATCHIN, J. W. *Bullying beyond the schoolyard: Preventing and responding to Cyberbullying*. Thousand Oaks, CA: Corwin Press. 2009. Disponível em: < <https://cyberbullying.org/bullying-beyond-the-schoolyard-preventing-and-responding-to-cyberbullying> > Acesso em 22 de julho de 2020.

HINDUJA, S.; PATCHIN, J. Cyberbullying: A Review of the Legal Issues Facing Educators. *Preventing School Failure: Alternative Education for Children and Youth*. v. 55, n. 2, p. 71-78. 2011.

LANGOS, C. Cyberbullying: The challenge to define. *Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking*. v.15, n. 6, p. 285-289. 2012.

LEE, S. J.; CHAE, Y. G. Children's internet use in a family context: Influence on family relationships and parental mediation. *CyberPsychology & Behavior*. v. 10, n. 5, p. 640-644. 2011

LI, Q. Cyberbullying in Schools: A research of gender differences. *School Psychology International*. v. 27, n. 2, p.157-170. 2006.

MATOS, A.; PESSOA, T.; AMADO, J.; JÄGER, T. Agir contra o cyberbullying – Manual de formação. Congresso Nacional “Literacia, Media e Cidadania”. 2011. p. 183-196.

SCHNEIDER, S. K.; O'DONNELL, L.; STUEVE, A.; COULTER, R. W. S. Cyberbullying, School Bullying, and Psychological Distress: A Regional Census of High School Students. *American Journal of Public Health*. v. 102, n. 1, p. 171-177. 2012. Acesso em: 14 jul 2020.

SHARIFF, S. **Cyberbullying: Questões e Soluções para a Escola, a Sala de Aula e a Família.** Porto Alegre, RS. ArtMed. 2011.

SILVA, R. A.; HORTA, B. L.; PONTES, L. M.; FARIA, A. D.; SOUZA L. D. M.; CRUZEIRO, A. L. S.; PINHEIRO, R. T. Bem-estar psicológico e adolescência: fatores associados. Caderno de Saúde Pública. v. 23, n. 5, p. 1113-1118. 2007

SMITH, P. K.; MAHDAVI, J.; CARVALHO, M.; TIPPETT, N. An investigation into cyberbullying, its forms, awareness and impact, and the relationship between age and gender in cyberbullying. London. 2006. Disponível em: <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130323025443/https://www.education.gov.uk/publications/eOrderingDownload/RBX03-06.pdf>> Acesso em 19 julho 2020.

SPEARS, B.; SLEE, P.; OWENS, L.; JOHNSON, B. Behind the scenes and screens. Zeitschrift für Psychologie / Journal of Psychology. v. 217, n. 4, p. 189-196. 2009.

UNESCO. School-related gender-based violence is preventing the achievement of quality education for all. Paris. 2015. (Policy paper, 17). Disponível em: <<https://hivhealthclearinghouse.unesco.org>> Acesso em 18 de julho de 2020.

UNESCO. Jogo aberto: respostas do setor de educação a violência com base na orientação sexual e na identidade/expressão de gênero. Brasília – DF. 2017. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002446/244652por.pdf>>. Acesso em: 18 de julho de 2020.

UNESCO. Violência escolar e bullying: relatório sobre a situação mundial. – Brasília. 2019. 54 p.

PROTEÇÃO AOS DIREITOS DOS TREINADORES DE FUTEBOL INCIDE EM SEGURANÇA JURÍDICA

DELFINO ANTONIO PEDRO JUNIOR:

Graduando do Curso de Direito do IESB

RESUMO: Um dos princípios fundamentais conquistado e garantidos na constituição é o direito ao trabalho o Estado Brasileiro se comprometeu a assegurar esse direito a todo ser humano de forma protetiva com dignidade, e o treinador de futebol está incluído por ser um profissional regulamentado e de direitos semelhantes a qualquer outro trabalhador que goza do direito da liberdade para execução de suas atividades, e desenvolver suas ideias com a observância e amparo legal em todo o território nacional. Essa observância é erga omnes é para todos e sem se concentrar somente nos grandes centros, todavia a partir desse cenário é importante a análise da lei 8.650 de 1993 artigo 4º inciso 1º de forma precisa e detalhada sobre o conhecimento dos direitos que o treinador de futebol e um deles é a garantia da autonomia. O artigo teve o método indutivo e os procedimentos de pesquisas como a bibliografias assim como a doutrina e artigos científicos foram a forma de pesquisa na observância fundamental para a formatação na carreira.

Palavras-chave: Lei. Futebol. Profissão. Trabalho.

ABSTRACT: One of the fundamental principles conquered and guaranteed in the constitution is the right to work. The Brazilian State has pledged to guarantee this right to every human being in a protective manner with dignity, and the football coach is included for being a regulated professional with similar rights. any other worker who enjoys the right to freedom to carry out his activities, and to develop his ideas with legal observance and protection throughout the national territory. This observance is erga omnes is for everyone and without focusing only on the big centers, however from this scenario it is important to analyze the law 8.650 of 1993 article 4 item 1 ° precisely and in detail about the knowledge of the rights that the coach football and one of them is the guarantee of autonomy. The article had the inductive method and research procedures such as bibliographies as well as doctrine and scientific articles were the form of research in fundamental observance for career formatting.

Key words: Law. Soccer. Profession. Job.

1 INTRODUÇÃO

A carreira do treinador de futebol nos últimos anos passou a ser analisado de maneira diferente gerando uma convicção necessário da importância do

conhecimento teórico na profissão que se transformou através de um olhar técnico e profissional que adquiriu prestígio, algo que não acontecia em tempos passados e para alcançar esse objetivo diversas organizações se conjugaram afim fundamentar valores de desenvolvimento e aprendizado. A profissão obteve sua legislação própria para defender os direitos da categoria do treinador de futebol buscando o equilíbrio exato entre a teoria e a prática reduzindo o descontentamento que assolou por muito tempo pautado no amadorismo, onde por muito tempo o que se via era não somente o treinador mais um ser humano que sofria com a falta do mínimo de dignidade tendo os seus direitos ao trabalho, moradia e saúde rasgados, contudo nessa trajetória de evolução de direitos fundamentais como a autonomia de realizar o seu trabalho o treinador teve um papel fundamental na luta e na formatação do brilho que clareia o espetáculo. A profissionalização da carreira criou uma realidade diferente de tempos passados, sabendo se que ainda há muito a fazer para que a realidade e garantias fundamentais mercadológica atinjam a todos refletindo e conhecendo sobre a lei e as normas para que se mantenha um trabalho com o máximo de dignidade possível elevando a conspiração para trazer indicadores precisos beneficiando toda a sociedade reconhecendo a igualdade e a efetividade da justiça. O artigo teve a preocupação de demonstrar o fundamento jurídico na proteção dos direitos dos treinadores segundo lei 8.650 de 1993 artigo 4º inciso 1º que garante a autonomia para a realização de seu trabalho. (BARROS, 2010).

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO NO FUTEBOL

A legislação esportiva brasileira respeita as hierarquias das normas tendo no topo à constituição federal que é a carta magna a carta maior que garante e protege nossos direitos sem distinção alguma e no seu artigo 1º, inciso III da constituição federal está fundamentado que a dignidade da pessoa humana reveste o trabalhador e o protege e seguindo regularmente a pirâmide desenvolvida por Kelsen, onde incorpora abaixo da constituição respeitando a hierarquia o decreto lei nº 3.199, de 14 de abril de 1941 que teve como base a legislação italiana aplicada sob a ótica de um regime autoritário tinha como o Estado o detentor da fiscalização e vetada a obtenção de lucro no esporte, e em 1974 regida pelo conhecido presidente Ernesto Geisel publicou Lei nº 6.251 de 1975 e suas características eram parecidas com a lei anterior de 1941 porem essa definia legalmente o desporto, e no mesmo ano a tão esperada carta de educação física da UNESCO, Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura que re-conceituou o esporte e foi finalmente inserida na constituição federal de 1988 no artigo 217 e incisos e em seus parágrafos. (FONSECA, 2009).

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados:

I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;

III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional;

IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

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

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

§ 3º O poder público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

A lei Zico Lei 8.672/93 procura programar as ações democratizando ações concorrentes propondo independência, as entidades de forma geral regulamentaram o esporte e em 1998 a Lei 9.615, Lei Pelé, revogou as Leis 8.672/93 e 8.946/94 e passou a vigorar e reger o desporto em todo o Brasil. O futebol é um esporte popular em todo o mundo e é cultural em algumas nações gerando lucratividade empregos e ajudando nos índices do produto interno bruto sendo assim tem interesses próprios e coletivos, desde sua introdução na Inglaterra em 1863 e no Brasil em 1894 por Charles Miller onde nessa data ele trouxe na volta ao Brasil em sua mala uma bola e as regras do jogo, iniciando não somente um jogo, mais nesse momento se iniciava uma forma de vida uma nova proposta que ao passar do tempo gerou muitos empregos, partindo desse pressuposto da paixão à profissionalização do futebol é um mercado que não para de crescer envolvendo cada vez mais profissionais de diversas áreas do saber, como o advogado especializado em direito desportivo se faz necessária na garantia do direito do treinador isso porque a profissão constituiu nos dias atuais regras próprias e normas regulamentadoras na carreira. Contudo na pratica o que se tutela é a autonomia e sem interferência de forma negativa em seu trabalho porque o mesmo quando acontece tende a ter resultados negativos, os interesses particulares podem gerar controvérsias e os interesses pessoais de

empresários, diretores, patrocinadores não podem ser maiores que os interesses dos clubes e precisa ter real de respeito à lei Nº 8.650, de 22 de abril de 1993 no artigo Art. 4º inciso I onde a ampla e total liberdade na orientação técnica e tática da equipe de futebol cabe ao treinador à aplicação do artigo 4º inciso I que está expresso. (SCAGLIA, 1996).

LEI Nº 8.650, DE 22 DE ABRIL DE 1993

Art. 4º. São direitos do Treinador Profissional de Futebol:

I - ampla e total liberdade na orientação técnica e tática da equipe de futebol.

Ajustado à legalidade e conhecimento de seus poderes, a confiança do treinador em relação ao grupo aumenta e as consequências é um trabalhador motivado com tendências de obter melhores resultados frente a sua equipe criando credibilidade e prestígio por ter seus direitos resguardados perante ao ambiente de trabalho e com os seus direitos protegido pela lei sua equipe consegue trabalhar com mais tranquilidade e ser mais eficiente e eficaz nos treinamentos, isso devido o treinador ser um dos grandes responsáveis na aquisição dos resultados e ele é o que estabelece o laço de comprometimento profissional na equipe. É notório o desenvolvimento do direito desportivo seu crescimento cada vez mais amplia os direitos desse profissional que por muitos anos sofreu com as interferências externas de seus superiores que não respeitavam o artigo 4º da lei Nº 8.650, de 22 de abril de 1993. O interesse e o número crescente de advogados que quer atuar nessa área do direito é de extrema importância para se dar visibilidade aos direitos do treinador, advogados com suas habilidades com o conhecimento e preocupações propicia a apresentação de princípios e normas e estão antenado ao que precisa ser feito de melhor para a segurança na vida jurídica defendendo os interesses da classe para manter o estado democrático de direito no ápice das razões que lutamos e buscamos a cada dia dentro do esporte garantindo a dignidade profissional mostrando que este profissional merece respeito e amparo legal. (SIMÕES, 1998).

2.1 DIREITOS DOS TREINADORES

A organização no ambiente de trabalho é um fator decisivo para o êxito e desenvolvimento de qualquer empresa individual ou coletiva, e independente do regime de contratação os direitos dos trabalhadores são inerentes e fundamentais estando positivado na constituição e na consolidação das leis do trabalho a CLT editada em 1943, que prevê nulo qualquer ato que fraude ou que degrade os direitos dos trabalhadores. Segundo o artigo 9º da consolidação das leis do trabalho.

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

A consolidação das leis do trabalho deixa bem claro que as consequências de infligir os direitos do trabalhador acarretará a nulidade, contudo somente é possível as alterações nos contratos de trabalho se for de mútuo consentimento ainda que não prejudique o trabalhador, diante da breve exposição desse fato a modalidade sofre com a falta de aplicação da lei em sua profissão em muitos ambientes de trabalho é levada de forma amadora e algumas equipes o profissional trabalha sem contrato expresso na carteira de trabalho gerando instabilidade constante e desrespeito à legislação. Os motivos são muitos e a falta de informação sobre seus direitos ainda é grande novos cursos específicos para exercer a carreira traz em sua emenda noções básicas sobre os direitos e deveres dentro e fora de campo expressado de forma consciente, propondo o melhor com planejamento à médio e longo prazo elevando o conhecimento jurídico. O ato de interrupção do contrato de trabalho de forma precipitada vai de encontro ao planejamento e demonstra que uma tomada de decisão, rompendo o contrato unilateralmente devido aos maus resultados não é o melhor caminho para a aquisição de bons resultados. Essa interrupção no trabalho profissional vai contra a lei 8.650 de 1993 em seu artigo 4º inciso 1º que garante autonomia propondo e aplicando aquilo que ele acredita que seja correto e o melhor para sua equipe obtendo na lei a ampla e total liberdade na orientação técnica e tática da equipe, tendo o apoio moral e material assegurado pelo empregador, todavia desrespeitar a lei unilateralmente cria insegurança jurídica e até mesmo pode gerar indenizações, o fato fundamental para o sucesso não somente no futebol mais em toda empresa é a organização através do planejamento e quando isso não acontece o advogado usará da lei para atestar o direito. (BARROS, 2010).

As relações entre clubes empresas e o trabalhador está cada vez mais distante de ser uma relação amorosa pelo contrário ela tem interesses unilaterais, e a maioria das vezes vive se uma relação de amor e ódio, desgastantes e este assunto vem geram críticas internacionais e insegurança jurídica. As perspectivas de ter altos salários e o sonho em ter uma carreira de fama e sucesso é frustrada pelas constantes demissões unilaterais pelos motivos de baixos resultados o contrato formalizado e registro na carteira de trabalho é uma garantia na vida dessas pessoas que trava uma grande batalha em pró a categoria. As demissões em grande rotatividade é uma realidade que infringe as leis e quando os direitos da categoria não forem respeitados estará o advogado que não virará as costas para o que está escrito na constituição propondo a tutela de direitos na aplicação da legislação de forma adequada levando a todos o conhecimento da lei 8.650 de 1993 onde os treinadores podem buscar

judicialmente seus direitos e pleitear a proteção para que este venha ter condições semelhante a de um trabalhador que ingressa em uma empresa com o objetivo de receber salário e trabalhar de forma a dignidade da pessoa humana seja mantida a dignidade na vida humana é um aspecto que cabe a todos e para todos e é um requisito maior do que qualquer bem material, contudo para os que estão abaixo da pirâmide ou para aqueles treinadores que busca seu espaço no mercado de trabalho precisa ser garantido os mesmos direitos com aplicação do princípio da isonomia. (NORIEGA, 2009).

2.2 REQUISITOS PARA SER TREINADOR NO BRASIL

Um dos principais requisitos é a formação superior em educação física que existe gerando várias argumentações e questionamentos, de quem realmente tem o direito de exercer a profissão, porém um dos requisitos para ser treinador de futebol é experiência comprovada na área por um determinado lapso de tempo e assim preceitua o artigo 3º inciso I e II da lei 8.650 de 1993 atuar na área também:

Art. 3º O exercício da profissão de Treinador Profissional de Futebol ficará assegurado preferencialmente:

I - aos portadores de diploma expedido por Escolas de Educação Física ou entidades análogas, reconhecidas na forma da Lei;

II - aos profissionais que, até a data do início da vigência desta Lei, hajam, comprovadamente, exercido cargos ou funções de treinador de futebol por prazo não inferior a seis meses, como empregado ou autônomo, em clubes ou associações filiadas às Ligas ou Federações, em todo o território nacional.

A CBF confederação Brasileira de Futebol oferece curso para a habilitação e capacitação profissional, o curso é oferecido para estudantes de educação física e profissionais que já atua no mercado passando por análise do curriculum ao todo são quatro licença oferecida transpondo de nível a nível que são licença A, para treinadores que já estão a algum tempo no mercado e a licença B, habilita os estudantes a exercer seu trabalho na categoria de base focando a formação de atletas e tudo inicia pela licença C, é para quem está afim de se capacitar e iniciar um trabalho em escolas de futebol partindo da recreação e desenvolvimento das habilidades mais básicas, a licença PRO é mais específico e amplo voltada ao topo do futebol brasileiro e ligas, campeonatos no mais alto nível que temos no Brasil exemplo o campeonato Brasileiro, copa do Brasil. Os sindicatos da categoria também oferecem o curso para habilitar quem queira engrenar no futebol, o curso é oferecido

a nível estadual e foca campeonatos de categorias de base de idades menores e não profissionais como sub 10 ao sub 20 e competições profissionais organizadas a nível estadual com a objetividade de atingir a máxima qualidade possível. (FONSECA, 2009).

3 CONTRATO DE TRABALHO DO TREINADOR

O contrato é um acordo que pode ser tácito ou expresso com validade onde as partes pactuam obrigações recíprocas a sua importância é a vinculação do exercício que contém os elementos de subordinação, pessoalidade, não eventualidade sendo ele oneroso, sinalagmático, consensual e intuito personae de interesse de ambas as partes que pactua e também tem caráter imperativo aplicada as normas trabalhistas pois as partes envolvidas precisam sempre respeitar o princípio da boa-fé firmando compromisso que respeitem as normas trabalhistas pois ambos se encontram em paridade jurídica na discussão e elaboração do contrato. O contrato é elaborado pelas regras comuns da previdência social ele é considerado empregado do clube ou da empresa ou da associação com a obrigação de ministrar o treinamento aplicando as técnicas da modalidade subordinado a legislação e mediante o seu salário, seu contrato será registrado no prazo de 10 dias no conselho nacional de desporto na federação ou liga o qual o clube é federado. Em contra partida o empregador deve sempre respeitar a autonomia do profissional para elaborar e aplicar suas ideias fundamentadas pelo artigo 4º da lei 8.650 de 1993, o treinador normalmente trabalha em dois períodos seguindo uma programação feita pela equipe com a sua anuência, normalmente jogos aos sábados ou domingos ele concentra junto com a equipe, é um momento onde se complementa com o trabalho ocorrido durante a semana estudando o adversário e propiciando uma gestão estratégica para seus atletas. (OLIVEIRA, 2010).

4 O FUTEBOL PARA O BRASILEIRO

Praticado em campos de terra em escola ou na rua é nítido que o futebol faz parte da nossa cultura, o sucesso de grandes jogadores e o destaque que vem tendo alguns treinadores, incentiva ainda mais a prática e a obtenção de um diploma nos cursos superiores para trabalhar com o esporte a miscigenação entre as profissões faz do futebol um esporte rentável e de grande procura seja na prática do jogo lúdico ou esporte amador realizado em todos os âmbitos os investimentos na economia gera vários empregos. O futebol está presente no nosso cotidiano através de jornais revistas televisão e internet na música e em filmes fazendo parte cotidiana das pessoas e influenciando crianças, jovens e adultos. Detentor de um enorme saber o mestre Paulo Freire destacou responsabilidades ao ensinar e essa transmissão de aprendizado que não fica somente nos bancos acadêmicos ou na sala de aula, o

ensinar que Paulo Freire deixa é válido para a relação humana e pode ser aplicada no futebol através do modo de concretizar as atividades respeitando o que seu atleta tem de melhor, aquilo que ele aprendeu com outros treinadores e professores, o que a vida te deu de mais eficiente, tendo o professor como um mediador responsável de aplicar o novo para a vida dos educandos o professor de futebol sempre usando do bom senso para que as mudanças possíveis aconteça através da sua pedagogia adequada exigindo a compreensão de todos. O comprometimento na formação de um atleta não é mais importante do que a formação de uma pessoa de bem um indivíduo que através dos conhecimentos adquiridos se completará no todo com um caráter ético e moral, receber os ensinamentos de seu comandante não quer dizer que ele será submisso ou ser um reproduzidor do que se faz nos treinamentos os ensinamentos transmitidos são sempre de forma que o atleta pense o jogo e que suas condutas sejam de um criador de ideias comprometidas com o funcionamento de forma autônoma a desenvolver suas potencialidades cabendo o mediador revestido de treinador a renovação na elaboração tática e transformação dos processos que possibilitam chegar aos resultados desejados. (FREIRE, 1996).

4.1 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA

A filosofia implantada para a equipe pode levar a grandes conquistas ou ao fracasso, a gestão proposta pelo treinador pode encontrar vários fatores que comporta um ideal pautado na autonomia aplicando da ética com aspectos morais tendo a livre iniciativa para agir com as melhores intenções, pois é dotado de capacidade de compreensão no que realmente o outro precisa. Essa liberdade que ansiamos é um preceito fundamental no direito e esse direito do livre exercício profissional não pode que não pode ultrapassar seus limites ao ponto de infringir o direito do outro, passados 30 anos da constituição os valores incorporaram efetividade combatendo o autoritarismo e aplicando valores de isonomia no trabalho do treinador, preservar esses direitos é ter melhores resultados a curto e longo prazo, vejamos abaixo que o quadro demonstra a importância e os benefícios de se preservar a autonomia do treinador de futebol e as consequências ao desrespeitar a autonomia. (FREIRE, 1996).

Quadro 1	
Profissionais com autonomia	Profissionais sem autonomia
Tem admiração	Insegurança no trabalho

Credibilidade na orientação técnica e tática	Desconfiança
Felicidade no trabalho	Descontentamentos
Fortalece o relacionamento	Enfraquece as relações

Quadro elaborado pelo autor.

Seguir a lei é ser justo e ser justo é ter um treinador contente como mostra o quadro 1, com respeito a sua autonomia o profissional rende mais, produz mais e estabelece um elo forte de relacionamento no trabalho. O elemento de proteção que a lei Nº 8.650, de 22 de abril de 1993 no artigo Art. 4º inciso I traz é bem específico no desenvolvimento do trabalho do treinador onde está escrito que é ampla e de total liberdade ao treinador executar seu trabalho frente à equipe manifestando o que foi acordado no contrato de trabalho de forma livre e autônoma de qualquer vício oculto. (DAOLIO, 1997, p.3).

5 JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TREINADOR

O posicionamento adotado pelos tribunais de justiça é unânime e esgotado na não proibição de exercício da carreira de treinador de futebol sem a formação do curso superior de educação física e a não vinculação específica desse profissional no conselho de educação física, sendo assim com as decisões tomadas e consolidadas o treinador de futebol sem a formação em educação física pode atuar somente sendo habilitado por cursos específicos adquirindo direitos no mercado de trabalho de forma autônoma com conhecimentos científicos se aperfeiçoando cada vez mais na aquisição do domínio das técnicas pedagógicas de natureza intelectual, prática e dinâmica com a liberdade de criar e desenvolver segundo a sua autonomia que tem no trabalho. (DINIZ, 2005).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento histórico foi de grande valia para chegar onde estamos, para tal posição a formação profissional e a autonomia do treinador ajudaram a criar aspectos evolutivos na qualidade de vida e na dignidade humana com respeito e acesso a informação como um direito de todos que em via única ultrapassou as esferas individuais atingindo um status de erga omnes, para todos contribui para o crescimento e desenvolvimento da sociedade fortalecendo a

democracia e a cidadania diminuindo as desigualdades na pela luta pela justiça. A partir do conhecimento sobre a lei 8.650 de 1993 artigo 4º inciso 1º é possível abrir uma importante reflexão sobre os direitos do treinador de futebol compreendendo o verdadeiro sentido da no trabalho, revestido do direito e assegurado constitucionalmente de autonomia, o treinador exerce uma função importante na sociedade e perante a lei passou a ter mais destaque nesse cenário que dotou de autonomia respaldado pela lei, onde nesse artigo procuramos demonstrar que o treinador tem proteção jurídica para realizar o seu trabalho e o conhecimento sobre a lei que garante satisfação e segurança. Procurando trazer detalhes de como se tornar um treinador de futebol no Brasil com cursos específicos para poder exercer sua profissão e se qualificar para obter uma melhor pedagogia, conclui-se que a aplicabilidade da autonomia é um princípio constitucional fundamental para a ordem jurídica na vida do treinador e a sua aplicação e interpretação é um elemento indispensável que garante a dignidade humana, percebe-se que por todos esses aspectos a preservação e manutenção desse direito esta relacionado a uma luta constante das garantias constitucionais que por direito todos os treinadores tem. (OLIVEIRA, 2009).

Dessa forma a fim de estabelecer uma relação amparada na lei, o profissional precisa conhecer seus direitos, sendo assim através do artigo escrito com a intenção de levar o conhecimento sobre a lei especifica do treinador de futebol com a razão pela qual apresentamos legalmente seu direito de exercer e propor sua ideia respaldada na lei Nº 8.650, de 22 de abril de 1993 no artigo Art. 4º inciso I. (. (OLIVEIRA, 2009).

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 8.650, de 22 de abril de 1993. Dispõe sobre as relações de trabalho do Treinador Profissional de Futebol. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1989_1994/L8650.htm [2019/10/10].

FREIRE, Paulo. Pedagogia da autonomia: Saberes necessários prática educativa. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

BARROS, Alice Monteiro de. Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências. LTr, 2010.

SCAGLIA, A. J. Escolinha de futebol: uma questão pedagógica. "Motriz". Revista de Educação Física- UNESP- Rio Claro, v.2, .I, 1996.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Série Legislação da Editora Edipro. São Paulo: Edipro, 2015.

NORIEGA, Mauricio. Os 11 maiores técnicos do futebol brasileiro. São Paulo: Contexto, 2009.

DAOLIO, Jocimar. Cultura: educação física e futebol. Campinas: Unicamp, 1997.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. LTr, 2010.

FONSECA, Maria Hemília. Direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. LTr, 2009.

SIMÕES, A.C.; **RODRIGUES**, A.; **CARVALHO D.** Liderança e as forças que impulsionam a conduta de técnico e atletas de futebol em convívio grupal. Revista Paulista de Educação Física, São Paulo, v.12, p.134-44, 1998.

DINIZ. Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v.1., p. 22.

BRASIL. Constituição Federal. VADE MECUM. Universitário de Direito. São Paulo: Editora Rideel, edição 25° especial, 2019.

LEI 13.979/2020: A CONSTITUCIONALIDADE DA INTERVENÇÃO MÉDICA COMPULSÓRIA NO CONTEXTO DA PANDEMIA

ERICA COSTA FREITAS: Advogada.
Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar a constitucionalidade da intervenção médica compulsória, positivada no artigo 3º, da lei 13.979/2020, os direitos fundamentais que adentram ao mérito da respectiva lei e a limitabilidade dos mesmos, tendo em vista o atual momento vivido. Diante do cenário caótico enfrentado pelo Brasil, em decorrência da COVID-19, tornou-se necessária a adoção de medidas de enfrentamento, visando o controle da doença, razão pela qual, foi promulgada a referida lei. Ocorre que houve o questionamento sobre a constitucionalidade de seu artigo 3º, em que se admite a determinação de realização compulsória de exames laboratoriais, vacinas e tratamentos específicos no controle da doença, considerado por muitos, uma afronta aos direitos protegidos constitucionalmente. Desta forma, de um lado encontra-se o direito à saúde e à vida, e de outro, o direito à liberdade, como forma de autodeterminação. Este artigo busca fazer um comparativo dos respectivos direitos e, diante dessa antinomia jurídica, a solução que entende-se viável no atual momento, tendo como base o bem comum.

Palavras-chave: isolamento; quarentena; COVID-19; direitos fundamentais; intervenção médica compulsória; constitucionalidade; Lei 13.979/20.

ABSTRACT: The present article goal is to analyze the constitutionality of the compulsory medical intervention, positivized on the 3rd article, of the 13.979/2020 law, the fundamental rights that adhered the merits of the respective law and their limitability, in view of the moment we're living in. In the face of the chaotic scenario faced in Brazil, due to Covid-19, it has become necessary to adopt coping actions, with the aim of controlling the disease, reason why, this law was passed by. It happens that there was a questioning about the constitutionality of its third article, in which is admitted the determination of carrying compulsory lab exams, vaccines and specific treatments for disease control, considered by many, would constitute a direct violation of protected constitutional rights. This way, on one side we have the right to health and to life, and on the other, the freedom right, as a way of self-determination. This article seeks to make a comparative of the respective rights and, in the face of this legal antinomy, the viable solution at the actual moment, with its foundation resting on common welfare.

Keywords: isolation; quarantine; COVID-19; fundamental rights; compulsory medical intervention; constitutionality; Law 13.979/20.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Lei 13.979/2020: A constitucionalidade da intervenção médica compulsória no contexto da pandemia – 2.1. Direitos fundamentais protegidos – 2.2. Razoabilidade na aplicação das medidas positivadas na lei 13.979/2020 - 3. Considerações finais – 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A rápida propagação e os seus efeitos nefastos fez com que a COVID-19, que é uma doença respiratória causada pelo vírus SARS-COV-, fosse popularizada e temida. Os primeiros casos da doença surgiram na China, ainda no final de 2019, espalhando-se rapidamente para outros países, o que levou a Organização Mundial de Saúde a decretar, no dia 11 de março de 2020, estado de pandemia.

A disseminação veloz do vírus acarretou na superlotação nos hospitais em diversos países, fazendo com que os leitos de UTIs se tornassem insuficientes para atender a grande demanda de infectados em estado grave, causando assim, milhares de mortes em todo o mundo, de acordo com os dados da OMS.

Diante das informações mundiais e temendo um colapso na saúde brasileira, buscou-se realizar medidas de enfrentamento da pandemia, momento em que se tornou necessária a edição da Lei 13.979, em 6 de fevereiro de 2020, em processo de tramitação de urgência.

Ocorre que a referida lei conflita com alguns direitos protegidos constitucionalmente. Assim, o presente artigo ponderará essas questões, analisando a lei 13.979/2020, como garantia do acesso à saúde e direito à vida.

2. LEI 13.979/2020: A CONSTITUCIONALIDADE DA INTERVENÇÃO MÉDICA COMPULSÓRIA NO CONTEXTO DA PANDEMIA

No intuito de controlar a proliferação do vírus, em 6 de fevereiro de 2020 foi promulgada a lei 13.979, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

A referida lei regulamenta questões diretamente relacionadas ao COVID-19, questões estas que adentram na esfera de direitos fundamentais, regulamentados constitucionalmente, tais como o direito à vida e à saúde.

2.1 Direitos fundamentais protegidos

Primeiramente, é importante destacar que os direitos fundamentais, nele incluído o direito à vida, advém de um processo histórico, possuindo grande importância nos dias atuais. Em decorrência do sofrimento e dizimação de vidas ocorridas nas duas guerras mundiais, a sociedade como um todo passou por um processo de reconstrução e transformação, buscando o respeito aos direitos fundamentais, ocasião em que, após a segunda guerra mundial, criou-se a Organização das Nações Unidas (ONU), tendo o Brasil como membro integrante desde a sua fundação, em 1945.

A proteção à vida reforça-se com a assinatura de diversos documentos internacionais, destacando-se:

Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948): "*todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal*";

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966): "*o direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida*";

Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com vistas à abolição da Pena de Morte (1989): "*nenhum indivíduo sujeito à jurisdição de um Estado-Parte no presente Protocolo será executado. Os Estados-Partes devem tomar as medidas adequadas para abolir a pena de morte no âmbito da sua jurisdição*".

No Brasil, o direito à vida é tido como fundamental, vindo positivado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal: "*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)*". (BRASIL, 1988)

Para Alexandre de Moraes, "*o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos*". (MORAIS, Alexandre. Direito Constitucional. 2003, p.63)

Nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco:

[...] a existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades disposto na Constituição e que esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria

sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse. (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2010, p.441).

Portanto, percebe-se que o direito à vida é inato; quem nasce com vida, tem direito a ela. Em relação às leis e outros atos normativos dos poderes públicos, a incolumidade da vida é assegurada pelas regras jurídicas constitucionais.

Já a saúde, trata-se de um direito social, positivado no artigo 6º, bem como nos artigos 196 a 200 da CF/88. Os direitos sociais, também chamados de direitos de segunda dimensão ou geração, apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado.

Pedro Lenza, em sua obra discorre sobre o assunto:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (2017, pág. 1251).

Na doutrina há dupla vertente em relação aos direitos sociais, principalmente em relação à saúde, sendo divididas em natureza negativa e positiva. Em relação à natureza negativa, o Estado ou o particular devem abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros. De maneira diversa, na natureza positiva, fomenta-se um Estado prestacionista buscando implementar o direito social.

2.2 Razoabilidade na aplicação das medidas positivadas na lei 13.979/2020

Em razão da facilidade de propagação do vírus, vêm ocorrendo o aumento diário de infectados, mortos e superlotação de hospitais, razão pela qual tornou-se necessária a edição da Lei 13.979/2020, como forma de enfrentamento da pandemia e assim, de preservação do direito à vida.

Aqui se pretende ponderar, frente às questões constitucionais, as medidas que poderão ser adotadas em situações emergenciais da saúde pública. Vejamos, *in verbis*:

“Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as

autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

I - isolamento;

II - quarentena;

III - determinação de realização compulsória de:

a) exames médicos;

b) testes laboratoriais;

c) coleta de amostras clínicas;

d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou

e) tratamentos médicos específicos;(..."

Questão que vem sendo bastante debatida com posicionamentos controvertidos é a determinação compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, bem como a coleta de amostras clínicas, sendo por muitos considerado uma violação do direito de autodeterminação.

Tendo em vista os dados apresentados pela OMS em relação ao grande número de mortos, infectados e à facilidade de propagação da doença, não entendo tratar-se de uma violação ao sobredito direito. O que é visto por muitos como uma medida extrema, vejo como uma medida necessária de controle da doença.

O princípio da razoabilidade deve ser a base da aplicação dessas medidas, utilizando-o para resolver colisão de princípios jurídicos. Em relação à restrição ao direito à liberdade, em virtude da determinação compulsória de exames médicos, o referido princípio pondera a relevância da "supressão" de um princípio em detrimento de outro. Razoável, traduz um julgamento pautado na justiça e equilíbrio.

Ocorre que estamos diante de um cenário caótico, em que de um lado encontra-se a lesão ao direito à vida e à saúde, em razão da insuficiência de assistência médica e hospitalar, justamente pela alta demanda de casos, e de outro lado está a restrição da liberdade, privando o direito de autodeterminação, porém, como forma preventiva de controle à proliferação da doença.

Em razão disso, a defesa aqui apresentada pauta-se pela constitucionalidade de tais medidas e se sustenta basicamente no direito à vida, razão pela qual, em conformidade com o artigo 1º, §1º, da referida lei, a proteção à coletividade deve sobressair, como forma de prevenção à vida em larga escala.

Uma das características dos direitos fundamentais é justamente a limitabilidade, entendendo-se que os mesmos não são absolutos, podendo ser relativizados, caso haja no caso concreto, conflito de interesses. Dessa forma, a solução é feita analisando os direitos fundamentais envolvidos no caso concreto, conjugando-os com sua mínima restrição.

Konrad Hesse defende esse posicionamento ao afirmar que:

"[...] a limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. [...] Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido estrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental." (HESSE, Konrad. p. 256. 1998.)

André Ramos Tavares discorre brilhantemente sobre o assunto:

"Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada nos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos." (TAVARES, André Ramos, p. 528, 2010).

No mesmo sentido entendeu o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000, p.20, *in verbis*:

"OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO.

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos e garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por partes dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas,

desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas 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.”

No próprio ordenamento jurídico há casos de relativização dos direitos fundamentais, demonstrado claramente no artigo 14, §1º da lei 8069/1990, em situação análoga à qual se demonstra o presente artigo. O Estatuto da Criança e do Adolescente reúne normas com o objetivo de **proteger o direito à vida** e à saúde de crianças e adolescentes e, em seu artigo 14, §1º estabelece que “**é obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias**”.

Há situações que torna-se plenamente possível e necessário adentrar à esfera individual, como forma de proteção da coletividade e, tendo em vista o atual cenário brasileiro, em que os casos de COVID-19 aumentam diariamente e os hospitais atingem sua capacidade máxima, a lei 13.979/2020 mostra-se necessária, vigorando enquanto perdurar o estado de emergência relacionado à saúde.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como bem afirma Pedro Lenza, “a análise do direito à vida e seus desdobramentos enaltece o que é denominado pela doutrina como desacordo moral razoável”. Desde que se fundem em uma conclusão racional, não há regra, tampouco consenso em relação a temas polêmicos, pautados em entendimentos divergentes.

Entendo que, em um contexto isolado e de normalidade social, a realização compulsória de exames pode ferir o direito à autodeterminação, porém, em um cenário extremo como estamos vivendo, vejo como possível e necessário adentrar à esfera individual, como forma de proteção à vida da coletividade. Sabendo que uma norma é a junção de texto e contexto, o artigo 3º da lei 13.979/2020 deve ser visto como uma forma de prevenção e proteção social.

Portanto, desde que sejam realizados de maneira razoável, proporcional e no contexto epidemiológico, não há inconstitucionalidade na determinação compulsória dos exames mencionados na lei, pois a realização dos mesmos, visa justamente a proteção à vida da coletividade. Coletividade esta a que o cidadão

compulsoriamente levado à realização dos exames também se insere e, evidentemente, se vê contemplado com a instituição de medidas de prevenção e manutenção de sua própria saúde. E claro, caso tais medidas sejam extrapoladas, aplicadas em excesso, sem fundamentação e fora do contexto proposto pela lei, gerando dessa forma lesão ao direito, é cabível e necessário o controle judicial posterior.

4.REFERÊNCIAS

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva jur, 2017.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.441

MORAIS, Alexandre. *Direito Constitucional*. 13ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p.63.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, p. 256. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional, p. 528. São Paulo: Saraiva, 2010.

<https://covid19.who.int/>

<https://exame.com/brasil/em-abril-o-sistema-de-saude-entrara-em-colapso-diz-mandetta/>

<https://jus.com.br/artigos/80669/a-lei-13979-2020-e-a-violacao-do-direito-de-autodeterminacao-frente-a-intervencao-medica>

<https://www.migalhas.com.br/depeso/322180/a-importancia-da-lei-13979-20-a-lei-nacional-da-quarentena-no-combate-a-proliferacao-do-coronavirus>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

<https://www.conjur.com.br/2020-mar-11/lei-nacional-preve-adocao-isolamento-quarentena>

<https://jus.com.br/artigos/63960/a-vida-como-direito-humano>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

BREVE HISTÓRIA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: DESDE OS MITOS ATÉ VIDOCQ

BRENO EDUARDO CAMPOS ALVES:

Delegado de Polícia Civil do Estado do Tocantins; Graduado em Direito pela PUC-MINAS; Pós-graduado em Direito em Administração Pública; Pós-Graduado em Ciências Criminais.

1 INTRODUÇÃO

A investigação criminal é árvore com raízes em diversas disciplinas científicas, sendo desenvolvida ao longo da história até ter seus contornos delineados, seus princípios fundamentados, metodologia esculpida e objeto traçado.

Um dos maiores estudiosos do Brasil na temática, Prof. Célio Jacinto dos Santos aduz com clareza que *“a investigação criminal é uma disciplina científica autônoma que emprega saberes e técnicas para descoberta e definição de delitos, com estrita observância dos limites e formas jurídicas aplicáveis ao processo investigativo”*.¹

Neste rumo, iremos traçar uma rota de verificação da história da investigação criminal, partindo da primeira forma de transmissão de conhecimento e tradição por meio de mitos, indo para a idade antiga e, após, analisaremos a idade média e moderna, concluindo até a figura expoente de Eugène-François Vidocq.

2 – A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA MITOLOGIA

Desde tempos remotos a idéia de se reconstruir um fato para enquadrá-lo ao conceito de crime ou não é tarefa perseguida pelas comunidades, famílias e associações de homens na vida social. De comunidades menos complexas às mais evoluídas em diversidades de trabalhos e manufaturas, a perseguição de um autor de crime e a conseqüente aplicação de sua pena tem sido uma das relações humanas sociais de maior variedade de concepções, justificações e aplicações.

Embora neste ponto inicial, a investigação criminal mais se aproxima a uma decisão de culpa criminal, não deixa de haver um contributo à noção de investigação criminal moderna, sendo aquela, em algum grau, a própria finalidade desta.

Na **mitologia grega** já se apresentava o *Tártaro* como sendo a personificação do mundo inferior, o mundo dos mortos, para onde todos os inimigos do *Olimpo*

1 SANTOS, Célio Jacinto dos. Teoria da Investigação Criminal. Belo Horizonte: Del Rey, 2020. (pág. 07)

eram enviados para serem castigados por seus crimes, como os Titãs, em exemplo, o foram punidos por Zeus ao serem para lá enviados. Em Hesíodo consta *“Aí, os Deuses Titãs sob a treva nevoenta estão ocultos por desígnios de Zeus agrega-nuvens, região bolorenta nos confins da terra prodigiosa”*².



FIGURA 1 – Quadro “Queda dos Titãs” de Cornelis van Haarlem - Museu Nacional de Arte da Dinamarca

O Tártaro é apontado como sendo o local onde o crime encontrava seu castigo.

Um bom exemplo é o de Sísifo, ladrão e assassino, condenado a eternamente empurrar uma rocha ladeira acima - apenas para vê-la novamente descer com o próprio peso. Também ali se encontrava Íxion, o primeiro homem a derramar o sangue de um parente. Fez com que o seu sogro caísse num fosso cheio de carvões em brasa para assim evitar o pagamento do dote pela esposa. Seu justo castigo foi o de passar toda a eternidade girando uma roda em chamas. Tântalo, que desfrutava da confiança dos deuses, conversando e ceando com eles, dividiu a comida e os segredos divinos aos seus amigos. Sua punição pela perfídia consistia em ser mergulhado até o pescoço em

² HESÍODO. TEOGONIA, a origem dos deuses. Tradução Jaa Torrano. 7ª ed. São Paulo: Iluminuras, 2007. (pág. 141)

água fria, que desaparecia sempre que tentava bebê-la para aplacar a enorme sede, além de ver frutificando logo acima de sua cabeça deliciosas uvas que, quando tentava colhê-las, subiam para fora de seu alcance.³

As *erínias* (*Alecto, Megera e Tisífone*) eram, no contexto da mitologia grega, as personificações da vingança, forças primitivas da natureza que atuavam como vingadoras do crime, que puniam os mortais, seguiam os infratores sem parar, não os deixavam dormir em paz, ameaçando-os com fachos acesos. Assim, temos em sentido conotativo, a perseguição para punição daqueles humanos que cometeram crimes.



FIGURA 2 – Quadro “O REMORSO DE ORESTES” – 1862 - Óleo sobre tela de William-Adolphe Bouguereau (1825/1905) Museu Chrysler de Arte

Neste ímpeto, ainda temos na mitologia grega o crime conhecido como “*o roubo do fogo*”, no qual Prometeu, proibido por Zeus de ensinar o segredo do fogo aos mortais, subiu até o Olimpo e trouxe de lá uma tocha em chamas para os homens, os quais poderiam, a partir de então, moldar utensílios, forjar metais, etc. Entretanto, Zeus, em um ato investigativo, verificou-se em sua diligência de observação, reflexos luminosos na terra, descobrindo-se então o crime de Prometeu, “*o roubo do fogo*”.

3 GUEDES, Maria Helena. OS FILHOS DE GAIA. Joinvile: Clube dos Autores, 2016. (pág. 92/93)

Zeus condenou a humanidade enviando-lhe Pandora, uma mulher, com uma caixa contendo todas as maldades e desgraças. Ainda, Prometeu foi condenado a ser preso e ter seu fígado comido todas as manhãs por uma água faminta.

Na mitologia **romana** também há a menção do *Tártaro* como o local de envio dos pecadores, sendo gigantesco, rodeado pelo rio de fogo e cercado com muralha para impedir a fuga dos pecadores. Virgílio, poeta romano, descreve que *“a vara empunha; com esta ele as almas evoca desde o Orco, pálidas sombras, ou as joga mais baixo que o Tártaro triste, dá sono e o tira, e abre os olhos que a Morte da luz já privara”*.⁴

No seu interior havia um castelo com amplas muralhas e um alto torreão de ferro. Tisífone, a Fúria que representava a Vingança, é a vigia que jamais dorme no alto deste torreão, chicoteando os condenados a ali passar a eternidade.

No interior deste castelo há um poço que desce até as profundezas da terra, no dobro da distância que há entre a terra dos mortais e o Olimpo. No fundo deste poço estão os Titãs, os Aloídas (gigantes gêmeos) e muitos outros criminosos.

No próprio Tártaro estão milhares de outros criminosos, recebendo castigos semelhantes aos dos mitos gregos.⁵

Na **mitologia nórdica** temos a lenda do roubo do hidromel, no qual Fialar e Galar, dois anões, mataram Kvasir e criaram do sangue deste a substância hidromel. Odin decidiu-se ir procurar pela bebida e seguiu as pistas dos anões e, após havê-los encontrado, conseguiu arrancar deles a história dos seus crimes⁶.

Assim, em uma investigação de seguimento de pistas, o deus Odin, chegou até os suspeitos e, empregando a inquirição – técnicas de interrogatório -, arrancou-lhes a história de seus crimes.

4 VIRGILIO, Publio. ENEIDA. Trad. Carlos Alberto Nunes. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983. (pág. 224/263)

5 ____ GUEDES. (pág. 193/194)

6 Franchini, Ademilson; Seganfredo, Carmen. As melhores histórias da mitologia nórdica. Porto Alegre/SC: Editora Artes e Ofícios, 2004. (pág. 159/160)



FIGURA 3 - A Caçada selvagem: *Asgårdsreien* (1872) por Peter Nicolai Arbo

No **texto bíblico** encontramos a menção de um processo investigativo indutivo, sendo que Deus, ao impor a lei penal de não comer o fruto da árvore proibida, notou, em diligência de observação, que Adão e Eva sentiam vergonha de seus estados nus, concluindo, com base neste raciocínio indutivo, Deus, que eles haviam comido do fruto proibido, vez que este lhes daria tal conhecimento.

E viu a mulher que aquela árvore era boa para se comer, e agradável aos olhos, e árvore desejável para dar entendimento; tomou do seu fruto, e comeu, e deu também a seu marido, e ele comeu com ela.

Então foram abertos os olhos de ambos, e conheceram que estavam nus; e coseram folhas de figueira, e fizeram para si aventais.

E ouviram a voz do Senhor Deus, que passeava no jardim pela viração do dia; e esconderam-se Adão e sua mulher da presença do Senhor Deus, entre as árvores do jardim.

E chamou o Senhor Deus a Adão, e disse-lhe: Onde estás?

E ele disse: Ouvei a tua voz soar no jardim, e temi, porque estava nu, e escondi-me.

E Deus disse: Quem te mostrou que estavas nu? Comeste tu da

árvore de que te ordenei que não comesses?

Então disse Adão: A mulher que me deste por companheira, ela me deu da árvore, e comi. (Gênesis 3:6-12)

Os mitos são formas de expressão que as gerações passavam e explicavam o mundo umas às outras, sendo fonte rica de acomodação e fixação de modelos de conduta de atividades humanas. Assim, não diferente poderia ser a presença de ações investigativas nos mitos dos povos antigos, seguindo a lógica de Jean-Jacques Rousseau⁷, na qual o homem social se estabelece mediante um contrato social as bases de convivência mútua, temos que, através dos mitos, detinham o substrato para estabelecer esta primeira base, criando a ética dos grupos de homens que passaram a viver conjuntamente.

3 – A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA ANTIGUIDADE

O *Código de Hamurabi* é composto por 282 normas talhadas em uma rocha de diorito, tratando-se do conjunto normativo mais antigo que utilizamos para referenciar legislações da antiguidade, acreditando-se que tenha sido escrito pelo rei Hamurábi, no século XVIII a.C., sendo encontrado na região da Mesopotâmia (hoje Irã) no início do século XX.



FIGURA 04: Pedra contendo o Código de Hammurabi - Exposição no Museu do Louvre - Páris

⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social: princípios do direito político. 2ª ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2015

Logo em seu primeiro artigo, temos uma noção de investigação para comprovação de um fato alegado, vejamos:

§ 1. Se um *awllum* acusou um (outro) *awllum* e lançou sobre ele (suspeita de) morte mas não pôde comprovar: o seu acusador será morto.⁸

Nesta época, temos uma fase de produção privada de investigação, sendo que o particular deveria conseguir angariar as informações para apresentação ao juiz, o qual avaliaria e julgaria o caso concreto. Temos, neste tempo, uma forte presença do elemento testemunhal.

§ 9 Se um *awllum*, de quem se extraviou um objeto, encontrou seu objeto perdido nas mãos de um (outro) *awllum* e o *awllum* em cujas mãos foi encontrado o objeto perdido declarou: «um vendedor mo vendeu, eu o comprei diante de testemunhas»; (se) o dono do objeto perdido por sua vez declarou: «eu trarei testemunhas que conhecem o meu objeto perdido»; (se) o comprador trouxe o vendedor que lhe vendeu ,(o objeto) e as testemunhas diante das quais comprou. e o dono do objeto perdido trouxe ás testemunhas que conhecem seu objeto perdido: os juizes examinarão as palavras deles; as testemunhas diante das quais a compra foi efetuada e as testemunhas que conhecem o objeto perdido declararão seu conhecimento diante da divindade. (Neste caso) o vendedor é ladrão, ele será morto. O dono do objeto perdido tomará seu objeto perdido e o comprador tomará na casa do vendedor a prata que havia pesado.⁹

Na cultura indiana, temos a presença da Arthasastra, um antigo tratado escrito em sânscrito no século IV a.C., no qual encontramos no livro IV, capítulo III, o seguinte título: *“O julgamento e a tortura necessária para obter uma confissão”*.¹⁰

8 HAMMURABI, Rei de Babilônia. O código de Hammurabi, introdução, tradução e comentários de E. Bouzon. Petrópolis: Vozes, 1976. pág. 25

9 HAMMURABI, Rei de Babilônia. O código de Hammurabi, introdução, tradução e comentários de E. Bouzon. Petrópolis: Vozes, 1976. pág. 28

10 Conselhos aos governantes / Isócrates ... et al. - Brasília: Senado Federal, 1998. Pág. 113.



FIGURA 05: Arthashastra inscrito em madeira

Neste documento, com conteúdo amplo, de esboço jurídico e burocrático, denotamos a presença de procedimentos de investigação com vista a produção de uma confissão, de formas de se buscar o conhecimento de um fato – contextualizando com sua época de elaboração.

No espectro indiano, ainda temos o *Código de Manu*, também escrito em sânscrito, sendo uma coleção quatro compêndios redigidos entre II a.C. e II d.C. em forma poética e imaginosa. No livro oitavo deste código, temos a menção de meios de prova – demonstrando, mais uma vez, a investigação criminal privada baseada na produção de conteúdo testemunhal. Vejamos:

Art. 47º Eu foi fazer conhecer, com testemunhas, os credores, e os outros litigantes devem produzir nos processos, assim como a maneira porque essas testemunhas devem declarar a verdade.

Art. 48º Donos de casa, homens tendo filhos varões, habitantes de um mesmo lugar,, pertencendo quer à classe militar, quer à comerciante, quer à servil, sendo chamados pelo autor, são admitidos a prestar testemunho, mas não os primeiros vindo, exceto quando há

necessidade.

Art. 49º Devem-se escolher como testemunhas, para as causas, em todas as classes, homens dignos de confiança, conhecendo todos os seus deveres, isentos de cobiça, e rejeitar aqueles cujo caráter é o oposto a isso.

Art. 50º Não se devem admitir nem aqueles que um interesse pecuniário domina, nem amigos, nem criados, nem inimigos, nem homens cuja má-fé seja conhecida, nem doentes, nem homens culpados de um crime.

Art. 51º Não se pode tomar para testemunha nem o rei, nem um artista de baixa classe, como um cozinheiro, nem um ator, nem um hábil teólogo, nem um estudante, nem um ascético afastado de todas as relações mundanas.

Art. 52º Nem um homem inteiramente dependente, nem um homem mal afamado, nem o que exerce um ofício cruel, nem o que se entrega a ocupações proibidas, nem um velho, nem uma criança, nem um homem só, nem um homem pertencente a uma classe misturada, nem aquele cujos órgãos estão enfraquecidos.

Art. 53º nem um infeliz desanimado pelo pesar, nem um ébrio, nem um louco, nem um sofrendo fome ou sede, nem fatigado em excesso, nem o que está apaixonado de amor, ou em cólera, ou um ladrão.

Art. 54º Mulheres devem prestar testemunho para mulheres; *Dvija* da mesma classe para *Dvijias*, *Sudras* honestos para pessoas da classe servil; homens pertencentes às classes misturadas para os que nasceram nessas classes. Mas, se se trata de um fato acontecido nos aposentos interiores ou em uma floresta, ou de um assassinato, aquele, quem quer que seja, que viu o fato, deve dar testemunho entre as duas partes.

Art. 55º Em tais circunstâncias, na falta de testemunhas convenientes, pode se receber o depoimento de uma mulher, ou de uma criança, de um ancião, de um discípulo,

de um parente, de um escrava ou de um criado.¹¹

11 CÓDIGO DE MANU. Disponível em: <https://www.docsity.com/pt/codigo-de-manu/4758411/>. Acesso em 23 de mai. de 2020

Após o discorrido acima, chegamos, dada a suntuosidade, a um dos momentos históricos de maior impacto na humanidade: a história de Roma. A história do Direito Romano percorre de 753 a.C a 1453 d.C, ou seja, mais de duas dezenas de séculos.



FIGURA 6: Martírio de Santa Inês. Pintura óleo sobre madeira. Museu Nacional do Prado. Madri, Espanha.

Temos, neste enredo, a criação das figuras do *irenarcas*, do *curiosi*, *stationarii* ou *frumentarii*, oficiais romanos encarregados de manutenção da ordem pública, e, assim, serviam de responsáveis pela investigação de crime, conforme aduz MICHEL RASSAT:

Eram eles oficiais com atribuições de polícia, que deviam exercer uma fiscalização e levar ao conhecimento das autoridades superiores aquilo que de errado encontrassem. Os *frumentarii* andavam à procura de crimes como os soldados atrás dos delinqüentes; os *curiosi* percorriam incessantemente as províncias, para levar ao conhecimento do imperador os abusos que descobrissem; os *stationarii* exerciam sem dúvida as mesmas funções em posto fixo¹².

No mesmo sentido, COGAN:

12 MEIRELES, Jose Dilermano. Ministério Público: sua gênese e sua história. Brasília, 1983. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181585/000414210.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 18.07.2020 (pag. 3)

Em Roma, havia algumas funções ministeriais, como os *irenarchas*, que tinham a obrigação de zelar pela manutenção da tranquilidade e da paz nas províncias e pela concórdia em seu território, os *curiosi*, que investigavam o que ocorria nos lugares por onde passavam os *stationari*, que faziam o mesmo, porém em locais fixos (...)13.

Assim, surgidas no quarto século, com atribuições de polícia investigadora, temos nas figuras, principalmente, dos *curiosi* e dos *stationarii*, a gênese de fundamento da polícia investigativa – polícia judiciária.

O mestre Célio Jacinto dos Santos assim exprime que *“curiosi exprime a idéia de investigar, explorar, de se informar, de fazer perguntas e, também, está relacionada à inquisitividade. Deriva do latim curiosus e corresponde àquele que é diligente, cuidadoso, inquiridor, assim como cura significa cuidado”*14.

4 – A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA IDADE MÉDIA

A idade média é uma conceituação temporal histórica que se inicia com a queda do Império Romano do ocidente no ano de 476 e tem o seu fim com tomada de Constantinopla pelo povo turco no ano de 1453, logo, compreende-se um período cerca de mil anos.

Cleber Masson (2016) aduz que neste período, o direito penal, base da investigação proposta neste trabalho, compreenderia, principalmente o direito penal germânico e o direito penal canônico. Quanto ao primeiro, não havia leis escritas, sendo um costume consuetudinário, uma ordem de paz, marcada, primeiramente pela justiça privada e, depois, por um preço da paz. Assim, havia um sistema de *“composição pecuniária (Vehgeld), que muito bem substituía a vingança privada, no qual predominava a responsabilidade penal objetiva”*15.

A porção penal das leis germânicas – *leges barbarorum*, da época franca, e outras posteriores a essa compilação – tornou-

13 COGAN, José Damiano Pinheiro Machado. Mandado de Segurança na Justiça Criminal e Ministério Público. 1ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva. 1990. (p. 254)

14 SANTOS, Célio Jacinto dos. Teoria da Investigação Criminal. Belo Horizonte: Del Rey, 2020. (pág. 2)

15 MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado – Parte Geral – vol. 1. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. (pág. 77)

se na sua maior parte, um minucioso tabelamento de taxas penais, variáveis segundo a gravidade das lesões e também a categoria do ofendido, ou a sua idade ou sexo¹⁶.

Porém, em que pese essa vinculação à um direito penal objetivo, temos pouco avanço quanto ao campo investigativo criminal, existindo, neste contexto, o julgamento das ordálias ou juízos de deus. No mesmo norte, a verdade dos fatos não era perseguida, dando lugar para juramentos, duelos, etc. A título de contraste, crimes de pequeno potencial ofensivo – estes aqueles com penas pequenas – no Brasil, atualmente, não recebem tratamento investigativo à procura de verdade dos fatos em *prima face*, tendo um desfecho de composição junto ao juizado especial criminal.

Por outro lado, quanto ao direito penal canônico, temos, na figura do Papa Inocêncio III, o qual foi chefe da igreja católica de 1198 a 1216, criando, em 1199, pela bula *Vergentis in senium*, a inquisição dos legados pontifícios, a aparição de um procedimento de investigação inquisitiva. No mote da bula citada, funcionários nomeados pelo papa era enviados para julgar e condenar os hereges onde os bispos não estavam trabalhando a contento.



FIGURA 7: Galileu diante do Santo Ofício, pintura do século XIX de Joseph-Niclas Robert-Fleury

¹⁶ BRUNO, Aníbal. Direito Penal: parte geral. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. (pág 69)

A Inquisição tem começo no século XII na França para combater o sectarismo religioso, tomando uma amplitude no final da idade média, promovida pela Igreja Católica Romana. KRAMER e SPRENGER no livro 'O Martelo das Feiticeiras' aduzem que "(...) *todas as bruxas, todas as videntes, todas as necromantes e todos os que praticam qualquer arte divinatória, desde que uma vez tenham abraçado e professado a Santa Fé, devem ser submetidos ao Tribunal da Inquisição (...)*"¹⁷.

Neste período há uma figura do âmbito da investigação criminal muito presente nos tempos atuais, a *denúncia*, sendo que, para aqueles que confessassem dentro de um "*período de graça*" suas próprias heresias, e denunciassem cúmplices, teriam a volta à igreja, gerando, para o acusado (denunciado) o ônus da justificação. Em que pese o dissabor histórico, observa-se uma espécie de delação formal, elemento contemporâneo de investigação criminal de crimes associativos.

5 – A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA IDADE MODERNA E CONTEMPORÂNEA

Neste momento histórico, séculos XVIII e XIX, temos o aumento da urbanização, os elementos de territorialidade se alteram, fixam novas raízes, havendo um crescimento da população nos centros urbanos uma nova dinâmica sócio-econômica e do espaço geográfico.

Por um lado temos a Revolução Industrial que implementou na Europa a utilização do uso de máquinas, alternando o trabalho artesanal pelo trabalho assalariado. Por outro lado, temos a Revolução Francesa, com seu impacto político social, sob o lema da igualdade, liberdade e fraternidade, o qual fez cair a monarquia francesa e se estabelecer uma república.

Neste novo cenário, temos uma burguesia e um magote de trabalhadores urbanos, gerando novas espécies de delinquentes, subversivos a esta ordem sócio-econômica que se delineava, gerando uma incapacidade da força armada (Exército) enfrentar a identificação de autores de crimes e prover elementos para a condenação destes.

Pois bem, é neste espectro de história que surge Eugène-François Vidocq, o primeiro "*policial civil investigativo*" em sentido conotativo, criador do primeiro órgão de polícia investigativa moderna em sentido denotativo.

¹⁷ KRAMER, Heinrich. SPRENGER, James. O martelo das Feiticeiras. Trad. Paulo Fróes; Rose Marie Muraro; Carlos Byington. 5ª ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2020. (pág. 393)



FIGURA 8: Eugène-François Vidocq por Marie Gabriel Coignet

EUGÈNE-FRANÇOIS VIDOCQ nasceu em 23 de julho de 1775 e morreu em 11 de maio de 1857, quando adolescente foi preso por furtar de seus pais, ficando alguns dias na cadeia. Entrou para Regimento de Bourbon, se alistando em 1791, tendo uma carreira de deserções, marcadas por prisões, diversas fugas e recapturas.

Após uma vida marcada por crimes, prisões e fugas, quando detinha 33 anos foi mais uma vez preso, momento em que ofereceu seus 'trabalhos' como um informante da polícia, sendo que assim atuou nas prisões de *Bicêtre*¹⁸ e em *La Force*¹⁹, onde sondava seus detentos e transmitia a sua informação sobre as identidades forjadas e crimes não resolvidos para o chefe de polícia de Paris.

Eu acredito que eu poderia ter me tornado um espião perpétua, até então era impossível supor que qualquer conivência existia entre os agentes do poder público e eu. Até mesmo os porteiros e guardas estavam na ignorância da missão que me foi confiada. Adorado pelos ladrões, estimado pelos bandidos mais determinados (até mesmo para esses miseráveis

¹⁸ Prédio francês utilizado como prisão, bem como asilo para doentes mentais e hospital. Marquês de Sade ficou internado nele.

¹⁹ Prisão francesa criada em 1780 no prédio pertencente anteriormente à Duque La Force

endurecidos há um sentimento que eles chamam estima), eu sempre podia contar com sua devoção a mim²⁰.

Após quase dois anos, Vidocq foi libertado e continuou a trabalhar como agente secreto para a polícia de Paris, usando seus contatos e sua reputação no submundo do crime para ganhar a confiança, se disfarçou como fugitivo e pôs-se a aprender sobre crimes e sobre o planejamento destes, passando a usar disfarces e outras identidades para não ser descoberto e continuar seu trabalho auxiliar.

No ano de 1811, informalmente, Vidocq criou a Brigada de *La Sûreté*, sendo reconhecida no ano de 1812 como uma unidade policial de segurança tendo ele como líder. No ano de 1813, Napoleão Bonaparte assinou um decreto que fez da brigada uma força policial denominada, a partir de então, de *Sûreté Nationale*.



FIGURA 9: Heráldica da Sûreté Nationale

Vidocq treinou seus agentes de equipe para utilização de técnicas de disfarce, desenvolvendo técnicas de infiltração em ambientes criminosos, ainda, detinha uma abordagem diferente para o implemento do interrogatório, jantando com os presos antes de levá-los aos cárceres, desta forma acaba recrutando informantes e obtendo confissões, diminuindo – consideravelmente – os índices criminais da cidade de Paris. Vidocq e seus agentes visitavam as prisões para memorizar os rostos dos presos (técnica), participava de audiências judiciais para observar espectadores nas galerias públicas e verificar possíveis cúmplices (técnica).

20 Memórias de Vidocq. (tradução livre) Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k510007.notice>. Acesso em: 17.07.2020 (pag. 190)

Vidocq visitava regularmente as prisões para memorizar os rostos dos presos e fez seus agentes fazer o mesmo. A polícia inglesa adotou este método. Até o final de 1980, os investigadores britânicos participaram audiências judiciais para observar os espectadores nas galerias públicas e tornar-se consciente de possíveis cúmplices. Ainda, para cada pessoa presa criou um cartão índice com uma descrição pessoal, com diversas informações de condenações anteriores, *modus operandi*, entre outras.

Essa foi a gênese da polícia judiciária francesa, a polícia investigativa. A importância de Vidocq ainda foi maior, sendo, inclusive, citado diversas vezes até por Cesare Lombroso, pai da criminologia, em sua obra O Homem Delinquente, como nesta assertiva retirada do referido livro: "*Os ladrões são tão estúpidos que não tentam fazer-se espertos com outros. Muito, magrado eu soubesse ser delatores, contavam-me os projetos deles. (Vidocq)*"²¹.

6 – DAS CONCLUSÕES

Percebe-se no, contexto apresentado nesta narrativa, que a investigação criminal detém origem na própria gênese da vida social, sendo presença anterior ao próprio direito penal, digo, antes mesmo de se pensar em uma pena por determinada conduta, já tínhamos o raciocínio de se reconstruir um fato histórico e determiná-lo quanto às circunstâncias de sua ocorrência.

Desde a elaboração dos mitos, passando pela formulação das primeiras legislações na idade antiga, indo da investigação privada à investigação pública, com atuação romana, depois com a idade média, o direito germânico e o direito canônico com o caráter inquisitivo, até chegarmos à atuação de Vidocq e a criação da primeira unidade policial de funções investigativas semelhantes ao trabalho de polícia judiciária hodierno.

O caminho percorrido não é de grandeza linear, não é uma linha que se ascende de forma ininterrupta, mas sim, uma seqüência tortuosa de vários caminhos que se conectaram no momento de formação do conceito de cidade modernas (centro de produção/fábrica), bem como na alteração criminógena formada por este fenômeno de perpetuação da cidade e sua formação social (bares, teatros e demais espaços públicos).

Por outro lado, a consolidação da instituição *Sûreté*, criando métodos de identificação, de vinculação de autores a crimes, não deixa de ser, um exercício de

21 LOMBROSO, Cesare. O Homem Delinquente. Tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Editora Ícone, 2016. (pág. 137)

lógica no qual o arbítrio estatal é diminuído, ou seja, a criação de uma polícia investigativa é, neste sentir, o fortalecimento da própria comunidade a qual esta serve, impedindo a punição desenfreada e sem lastro (elementos de convicção). Em outras palavras, a investigação criminal encontra-se desde os primórdios limitando e direcionando o descompasso e desprazer causado pelo crime.

A BEM-AVENTURANÇA DO PODER JUDICIÁRIO COM O ADVENTO DA MEDIAÇÃO NOS LITÍGIOS FAMILIARES

POLLYANNA GONÇALVES DA SILVA:

Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário Uninovafapi.

Artigo Científico apresentado ao Centro Universitário UNINOVAFAPI como objetivo principal à obtenção do título de Bacharel em Direito, sobre a bem-aventurança do Poder Judiciário com o advento da Mediação nos litígios familiares. ORIENTADORA: Profa. Msc. Gillian Santana de Carvalho Mendes

RESUMO: A mediação é um dos meios alternativos de composição de conflitos. O Novo Código de Processo Civil trouxe a mediação como importante e necessária forma de restabelecer o diálogo entre partes conflitantes. O presente estudo adveio dos resultados gerados nas ações de família pelo uso da heterocomposição, abrindo as portas para grandes questionamentos referente a aplicabilidade e a necessidade do uso da Mediação nos conflitos que envolvem a família, especialmente, para que a comunicação entre as partes possa ser preservada. O presente trabalho foi realizado por meio de uma pesquisa bibliográfica, procurando destacar a mediação em seus contornos e formas. O principal objetivo deste estudo foi verificar a importância da mediação nos litígios familiares, seus princípios e suas características, bem como o tratamento dado pelo atual Código de Processo Civil. Obteve-se como resultados que a mediação diminui os custos do judiciário e o tempo para a resolução dos conflitos. Por fim, fora demonstrado a eficácia da mediação e sua força, reforçando assim a importância do seu uso não só para estabelecer um equilíbrio entre as litigantes, como também propor a reflexão como um meio eficaz de resolução de conflitos.

PALAVRAS-CHAVES: Mediação. Direito de Família. Ações Familiares. Autocomposição. Litígios.

ABSTRACT: Mediation is one of the alternative means of conflict composition. The New Code of Civil Procedure brought mediation as an important and necessary way to re-establish dialogue between conflicting parties. The present study came from the results generated in family actions through the use of heterocomposition, opening the door to great questions regarding the applicability and the need to use Mediation in conflicts that involve the family, especially so that communication

between the parties can be preserved. The present work was accomplished through a bibliographical research, trying to highlight the mediation in its contours and forms. The main objective of this study was to verify the importance of mediation in family disputes, its principles and its characteristics, as well as the treatment given by the current Code of Civil Procedure. As a result, mediation reduces the costs of the judiciary and the time to resolve conflicts. Finally, the effectiveness of mediation and its strength had been demonstrated, thus reinforcing the importance of its use not only to establish a balance between litigants, but also to propose reflection as an effective means of conflict resolution.

WORD-KEY: Mediation. Family right. Family actions. Self composition. Litigation

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, a cultura do conflito no ordenamento jurídico brasileiro ainda se faz presente, tendo em vista o modelo antigo que se conceitua pelo método baseado apenas na aplicação da lei por um terceiro, no caso o juiz, para a tentativa da solução do litígio.

As consequências dentro do poder judiciário se maximizam em meio as inúmeras demandas. Diante dessa situação, o ordenamento jurídico brasileiro adotou medidas que valorizam a celeridade e a eficiência das resoluções das lides, principalmente no âmbito familiar, com o advento da chamada mediação.

A mediação é o instituto que objetiva a propositura de reflexões e diálogos por um profissional que instiga as partes para que as mesmas reflitam sobre questões que podem ser resolvidas através de conversas, diálogos e acordos. Dessa forma, o presente trabalho tratará deste instituto, apresentando-o e dispondo-o em relação a sua aplicabilidade e eficiência no ambiente familiar.

O principal objetivo deste estudo será verificar a importância da mediação nos litígios familiares, seus princípios e suas características, bem como o tratamento dado pelo atual Código de Processo Civil e como objetivos específicos: conceituar mediação, descrever seu surgimento e enumerar seus objetivos, bem como salientar a sua evolução jurídica. Deste modo, o estudo tem como fito salientar a chegada da mediação no ordenamento jurídico brasileiro, como também apresentar o tratamento dado pelo o atual Código de Processo Civil brasileiro a este meio de composição de litígios.

Para gerar a consecução dos objetivos propostos será apresentada a necessidade da mediação nas ações familiares em espécie, tendo, por conseguinte a abordagem de suas aplicações. Insta mencionar que serão demonstrados os efeitos

e os resultados da aplicação da mediação na resolução de conflitos dentro do direito de família, ressaltando assim a necessidade do seu uso para promover não só a reflexão das partes diante um litígio familiar, como também a solução pacífica dos conflitos familiares e o reestabelecimento do diálogo, tão necessário nesta esfera.

Diante do que foi exposto, pelos mais variados reflexos da mediação, indaga-se: qual é a importância da mediação na resolução de conflitos dentro do ambiente familiar?

Ao longo do presente trabalho serão apresentados fundamentos e premissas que propiciem a compreensão e as respostas fundamentais das refutações mencionadas.

2 O PRELÚDIO DA MEDIAÇÃO

Segundo Nazareth (2017, p.156), “o termo mediação vem do latim, *mediare*, que significa mediar, dividir ao meio ou intervir, colocar-se no meio. Estas expressões sugerem a acepção moderna do termo mediação, que é o processo pacífico e não adversarial de ajuste de conflitos” (apud FOLBERG, J., TAYLOR, 1984, p.7).

A mediação é um instituto que tem como conceito suas principais características, dentre elas a figura do equilíbrio se destaca, tendo em vista o seu modo de intervenção, a passividade do seu processo, e seus métodos pacíficos que tentam minimizar a cultura do conflito.

A mediação é um processo que tem por objetivo conduzir a construção de preceitos que instiguem as partes a reflexão e a resolução de litígios. O mediador tem o papel de assistir e ouvir as partes, para que elas, com a ajuda do mesmo reflitam sobre qual melhor caminho a ser seguido. A mediação é utilizada para a propositura de uma maior harmonia no relacionamento entre as partes, seja pelo ajuste de suas vontades em relação a aceitação de regras sociais, ou simplesmente porque as partes foram guiadas a uma situação que possibilitou uma reflexão que fizera a outra parte obter mais empatia. (SERPA, 2018).

A reflexão proposta pelo instituto da mediação também é conhecida como sistema multi-portas e tem como fito estabelecer uma relação mais equilibrada, facilitando a empatia entre as partes e corroborando para que o caminho do conflito em questão seja mais harmonioso.

Conforme mencionado por Marodin e Molinari (2017, p.63 e p.64) a mediação no Brasil iniciou-se através de um movimento nacional em relação a reformulação

do modelo de enfrentamento dos litígios no âmbito do poder judiciário brasileiro, obrigando os órgãos judiciários a oferecerem, antes da solução heterocompositiva, que há tempos era o principal modelo de resolução de disputas judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. A aplicação da mediação, que é um meio consensual de conflitos com o intuito de promover uma conduta mais humana e acessível para as partes.

O modelo heterocompositivo de resolução de conflitos se tornou ultrapassado, visto a efetividade e a minimização de demandas em relação a utilização da mediação. A aplicabilidade da mediação, além de proporcionar reflexões entre as partes, facilita o diálogo para a resolução do conflito.

Entretanto, por se tratar de uma forma específica e melindrosa de ser aplicada, mesmo após o seu surgimento e a sua positivação, a mediação é um objeto que desperta curiosidade e interesse em todos. A mediação é uma forma de resolução de conflitos que possui características peculiares e específicas. A forma autocompositiva consiste na maneira perspicaz de atribuir a uma resolução jurídica uma forma mais leve, permitindo as partes o direito de opinar e dialogar. A mediação é um processo de interação, um meio dinâmico que requer a participação efetiva das partes. (SERPA, 2018).

O sistema multi-portas revela-se como um caminho que guia as partes a um destino que proporciona reflexões e diálogos. A mediação se destaca por ser uma ferramenta dinâmica que favorece aos litigantes maneiras efetivas de se resolver um litígio.

Revela-se a mediação como um método capaz de minimizar o âmbito processual jurídico, fazendo com que os processos judiciais e extrajudiciais sejam resolvidos com base no diálogo, sendo importante salientar a utilidade dessa forma tão nobre de resolução de conflitos, pois além de possuir uma especificidade e um estudo próprio, a mesma ainda mexe com a parte mais importante do ser humano, o psicológico, possuindo assim como um dos seus principais objetivos um ambiente estruturado para a decisão de medidas que facilitem a reflexão e o acordo das partes. Deste modo, Serpa (2018, p.161) relata:

A melhor maneira de focar a mediação é vê-la como uma intervenção dirigida para solucionar um problema. Intenciona resolver disputas e reduzir um conflito enquanto proporciona um ambiente para estruturação de decisões. Mesmo que todos os elementos da disputa possam não ser resolvidos, o conflito

que muitas vezes não está delineado pode ser entendido pelos participantes e reduzido a um nível administrativo.

Contudo, os conflitos mais utilizados como objeto nesse tipo de remédio jurisdicional, são os conflitos dentro do ambiente familiar, pois é no mesmo que possui vertentes melindrosas, que há um grande índice de sentimentalismo e menos tecnicismo. Insta ressaltar, a tamanha importância deste objeto jurídico, pois o Direito de Família se encaixa perfeitamente quando o assunto é o método autocompositivo. A mediação aplicada dentro do âmbito familiar destaca-se pela sua enorme importância, pois é um meio possível de se chegar a um denominador comum, sem que seja preciso engatar em conflitos longos e duradouros. (MARONDIN E MOLINARI, 2017).

O ambiente familiar por ser um espaço que trata de questões melindrosas e pessoais, costuma ser mais sensível. A mediação é o instituto que trata esse ambiente de forma melindrosa e tem como intuito o respeito aos sentimentos dos litigantes.

É necessário ressaltar ainda que a mediação possui várias raízes dentro da sua plataforma. A mesma possui a chamada pré-mediação, que é o momento onde o mediador mostra as partes a empatia de tentar guiá-los dentro dos conflitos, fazendo assim com que as partes se sintam à vontade (PARKISON, 2016).

A mediação tende a chegar em um denominador comum, fazendo com que as partes solucionem por si só um conflito existente, utilizando-se assim de meios adequados que são propostos pelo mediador.

A importância da mediação na resolução de conflitos dentro do ambiente familiar, se mostra cada vez mais relevante, não só por facilitar a reflexão e o diálogo entre as partes conflitantes, mas também pelo fato da minimização de processos judiciais que lotam o ordenamento jurídico brasileiro (MARONDIN E MOLINARI, 2017).

A mediação se mostra cada vez mais eficiente em relação aos seus resultados, que além de proporcionar aos litigantes reflexões que possibilitem meios consensuais na resolução de conflitos, diminuem a quantidade de conflitos que sobrecarregam o Poder Judiciário.

3 A EVOLUÇÃO JURÍDICA DA MEDIAÇÃO

É de fundamental importância destacar o caminho árduo sofrido pela sociedade em busca de meios melhores para a solução de conflitos e litígios, e, em busca desta evolução, a sociedade passou por diversas etapas, sendo a autotutela, a

vingança privada, a arbitragem facultativa e obrigatória. O caminho desenvolvido que resultou a autocomposição é de enorme significância, pois em tempos antigos, mesmo existindo a tentativa de um diálogo era difícil, por isso existiam outras formas de se resolver um conflito. Caracterizava-se assim, uma das formas denominada a fase da vingança privada, onde discorre Souza (2004.p.41):

Ao remontarmos aos primórdios de nossos dias, da era do homem da caverna, notaremos que não se pode precisar entre as formas utilizadas para se chegar ao Estado-Juiz. Não existe um marco na história que separe as formas anteriores de composição de conflitos e o momento em que o Estado chamou a si essa composição. Nas civilizações anteriores, primitivas, à medida em que grupos foram crescendo e o interesse pelos bens existentes foi se multiplicando, os conflitos entre seus componentes começaram a surgir.

Com isso, a forma aplicada pela mediação maximizou uma força em relação a sua utilização no processo evolutivo da sociedade, pois a história é clara em falar de toda evolução e todo caminho que a autocomposição percorreu para chegar onde chegou, mesmo que ainda exista dificuldades.

A mediação se solidificou com o tempo, e sua evolução conta com uma série de técnicas e institutos autocompositivos que são muito utilizados nos dias de hoje. A mediação tem a intenção de reduzir disputas e ampliar a visão dos conflitantes em busca de resultados satisfatórios e condizentes para as partes. A reflexão proposta pela mediação é imprescindível. (SERPA, 2018).

4 A CHEGADA DO SISTEMA MULTIPORTAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

A mediação é um instituto que desde os primórdios fora utilizada. Segundo Cintra, Dinamarco e Grinover (2010), "antes de o Estado conquistar para si o poder de declarar qual o direito no caso concreto e promover a sua realização prática, já existia a autocomposição, sendo tão antiga quanto à autotutela".

Deste modo, a mediação sempre foi utilizada pelo ser humano diante os conflitos, só não tinha a nomenclatura que hoje tem e nem a organização que faz do instituto uma prática bastante utilizada.

O ordenamento jurídico brasileiro, mesmo se utilizando abundantemente do judiciário para a resolução de litígios, especificamente da ação de um(a) juiz(a) para resolução do problema, sempre utilizou-se da mediação em determinadas áreas.

Salientando uma breve história da introdução do termo mediação no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário ressaltar que pelo fato da mediação ser uma prática que adere instrumentos pacificadores de conflitos, a mesma foi implementada primeiramente em situações mais específicas, como por exemplo, conflitos entre pais ou associação de pais e alunos em escolas, decorrentes de reajuste de mensalidade escolares. (SAMPAIO E NETO, 2014).

No passado, mesmo com a utilização da mediação em casos específicos, o sistema multi-portas já chamava atenção em outros âmbitos. A mediação não era estranha em leis esparsas, mas ainda sim causava confusão na sua caracterização, pois comumente era confundida com a conciliação, outro instituto autocompositivo que segundo o Conselho Nacional de Justiça, se traduz em “um meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa (neutra), o conciliador, a função de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo”.

O instituto da mediação aos poucos foi chegando na legislação brasileira. Os conflitos necessitavam de um meio mais eficaz que possibilitasse uma melhor comunicação entre as partes.

A necessidade da mediação era tanta, que sua ampliação era necessária, e em 1988 foi iniciado um projeto de autoria da Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, que tratava da mediação como um todo, o mesmo foi aprovado pela Comissão de Justiça. (SAMPAIO E NETO, 2014).

A deputada Zulaiê Ribeiro viu que a necessidade de um método autocompositivo na resolução de litígios se tornaria muito mais eficaz, por isso iniciou um projeto para a permanência do instituto da mediação.

Passados anos e anos, houveram várias mudanças, projetos e medidas para que a força da mediação se tornasse algo mais sólido, pois a nossa Carta Magna já previa o instituto, dispondo em seu artigo 4º, inciso VII: “A solução pacífica de direitos”. (BRASIL, 1988).

A ciência da pacificação dos conflitos tornou-se ampla, e em 2015 com o advento do Código de Processo Civil incluiu em seu texto a mediação como um dos requisitos fundamentais para o procedimento da ação. Salientando em seu artigo 334, § 1º e § 2º que:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com

antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes. (BRASIL, 2015).

A mediação é enaltecida pelas suas formas, pelo seu intuito de pacificar os conflitos e pela sua promoção na utilização de métodos alternativos, simplificando procedimentos, e possibilitando uma economia, bem como uma celeridade processual. Diante disso, sua importância foi tão valorizada, que no dia 26 de junho de 2015 foi publicada a Lei 13.140, Lei da Mediação. A mesma em seus artigos disponibiliza sobre os procedimentos que devem ser tomados diante a prática, bem como seus princípios e requisitos.

4.1 Os princípios e as características da Mediação

A lei da mediação versa sobre os principais mecanismos para a sua utilização, pois além de fortalecer a cultura da desjudicialização, a autocomposição é guiada pelos princípios da imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia de vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

A lei 13.140, Lei da Mediação visa proteger todos os princípios regidos pelo seu texto. O princípio da imparcialidade do mediador visa a neutralidade em relação ao equilíbrio do processo, bem como o princípio da isonomia entre as partes que corrobora na igualdade dos litigantes. É importante salientar a relevância do princípio da oralidade das partes, que visa estabelecer o diálogo dos litigantes, como também o princípio da informalidade, que tende a fazer com que as partes se sintam mais à vontade. Entretanto, há de se falar também no princípio da autonomia de vontade das partes, que permite aos conflitantes reflexões e posições adotadas, bem como uma maior independência dos mesmos, fazendo com que o mediador atue como um guia. O princípio da busca do consenso, facilita a busca de reflexões sobre o litígio, a confidencialidade, que respeita o sigilo do caso e a boa-fé, que corrobora para que haja disposição, vontade e verdade entre as partes litigantes.

A mediação é um instituto que fora legalizado para melhor aplicabilidade. O Código de Processo Civil visa o meio autocompositivo como prioridade, sendo utilizado antes de uma ação processual ou até mesmo durante a mediação.

Hodiernamente, há uma grande necessidade da utilização de outras vias diferentemente das judiciais, por isso a necessidade do uso da mediação. A mediação tem como uma das principais características a celeridade processual ao sistema multi-portas. É um método autocompositivo que colabora com a economia em relação aos gastos que não são realizados quando se há um acordo.

5 O APRIMORAMENTO DA MEDIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil de 2015 tem a autocomposição como uma das principais ferramentas para o andamento saudável de um litígio. A mediação pode ser extrajudicial e judicial, a primeira tem seu procedimento mais simples, pois deve ser buscada de forma espontânea pelas partes, sem a necessidade da atuação do poder judiciário; já a mediação extrajudicial, como será analisada de forma mais profunda logo a seguir, tem seu processo realizado por um mediador indiciado pelo Tribunal que deverá ser designado pelo juiz.

A mediação extrajudicial por sua vez, deve ser procurada espontaneamente pelos litigantes que estão em conflito e não conseguem resolver o problema. Nos casos da mediação extrajudicial o mediador será escolhido pelas partes.

Como a mediação visa proporcionar a reflexão entre as partes sobre aquele determinado conflito, após a citação da parte ré em um processo judicial, a audiência de mediação e conciliação tem caráter obrigatório, exceto nos casos em que ambas as partes manifestarem desinteresse em relação a não utilização da autocomposição ou quando o direito discutido não será objeto de autocomposição, como por exemplo, quando o litígio tratar de um direito indisponível.

Data vênua, insta mencionar que a mediação é utilizada no conflito em que as partes já possuem um vínculo, diferentemente da conciliação, que visa sua inserção nos litígios em que as partes não possuem vínculo.

A mediação tem tomado um poder tão forte no mundo em que vivemos, que o Código de Processo Civil de 2015 estabelece que após marcada a audiência de mediação e conciliação, a parte que de forma injustificada não comparecer a mesma, terá que pagar uma multa de até 2% (dois por cento) da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa que será revertida ao Estado, devido à ausência da parte, que será considerada como um ato atentatório à dignidade da justiça. (Art 334, §8, CPC, BRASIL, 2015).

É nítido que nos dias de hoje o uso da mediação tem crescido cada vez mais, pois além de proporcionar a autonomia das partes em relação ao seu próprio conflito, ela ainda pode resultar em acordos que de modo geral satisfazem as partes.

A mediação trouxe uma nova visão ao poder judiciário em litígios nas mais diferentes esferas, sendo assim, é importante salientar o seu uso nos litígios que merecem uma atenção um pouco mais melindrosa. Os litígios familiares são conflitos que necessitam de uma atenção mais humanizada, pois além das partes irem em busca de uma solução para os seus problemas, as mesmas já se encontram em um estado vulnerável.

A mediação é uma ferramenta necessária nas ações familiares. Conforme mencionado por Parkinson (2016 p.192), a essência da mediação sempre será a comunicação, pois diferentes meios de comunicação necessitam de uma atenção mais rebuscada, pois nossas percepções sobre outros indivíduos são determinadas por uma série de filtros que incluem experiências pessoais, crenças e linguagem.

O instituto da mediação é aplicado justamente por esse caráter autônomo de ser, pois as partes conhecem seus limites, seus medos, seus erros, e precisam apenas de uma pessoa capacitada para fazerem com que as mesmas tenham um poder de refletirem e tomarem decisões dentro dos seus próprios conflitos.

O Código de Processo Civil ressalta de forma harmoniosamente o uso da solução consensual de conflitos dentro do ordenamento jurídico, e não só no seu artigo 694, como no seu parágrafo único, diz:

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar. (BRASIL, 2015).

O uso da mediação trazida pelo o Código de Processo Civil nas ações de família tem aplicabilidade aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação, sendo necessário ressaltar que os processos envolvendo alimentos possuem legislação especial. O legislador traz no texto processual de forma clara e evidente, todos os

esforços que devem ser feitos para a solução consensual de controvérsias, devendo o juiz se valer de outras áreas de conhecimento para concitar a autocomposição.

A lei possibilita que os litigantes durante a mediação tenham o processo do litígio suspenso. Os artigos 694 e 695 do Código de Processo Civil de 2015, preveem que nas ações de família o réu será citado, e com o objetivo de estimular a autocomposição, o mesmo não receberá uma cópia da petição inicial, tendo apenas os dados necessários a audiência.

Outra benfeitoria positivada no Código de Processo Civil está no artigo 696:

Art. 696. A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito. (BRASIL, 2015).

A importância da mediação é imensurável, e suas sessões não possuem limites, pois dependendo do grau do conflito, a mesma poderá ser dividida em inúmeras sessões. Insta salientar, que o Código de Processo Civil de 2015 valorizou a aplicabilidade deste meio consensual de conflitos, que abre portas para novas visões, possibilitando as partes um leque de possibilidades.

6 A MEDIAÇÃO NAS AÇÕES DE FAMÍLIA EM ESPÉCIE

O ordenamento jurídico brasileiro com o advento do Código de Processo Civil de 2015 cada vez mais se esforça na inserção da mediação como primeiro plano nas ações familiares. A mediação é o caminho que é incentivado no âmbito jurídico, sendo importante salientar que sua aplicabilidade nos litígios familiares tem se ampliado, dentre eles, na ação de divórcio, separação, reconhecimento de união estável, guarda, visitação, filiação e alimentos. (MARONDIN E MOLINARI, 2017).

Além de ser fundamental a prioridade do uso da autocomposição na separação ou nos divórcios de pessoas, a mediação deve ser aplicada ainda no início, pois além de se ter um espaço maior para mudanças, as partes ainda estão com os sentimentos que resultam numa maior disponibilização para a facilitação de uma melhor comunicação entre as partes.

O diálogo é um instrumento indispensável para ajudar um casal na resolução de problemas conjugais. Insta mencionar que a mediação não se confunde com terapia de casal, pois a primeira é apenas a facilitação de um diálogo entre duas

pessoas que possuem dificuldade de comunicação, já a segunda é uma ciência que estuda o ser humano e seus sentimentos com base na psicologia.

Como Parkinson (2016, p.106) relata, a mediação familiar entre casais que estão se separando é um momento único que propõe várias reflexões sobre questões que precisam ser resolvidas.

Outras ações que necessitam da mediação são as que envolvem crianças e filhos das partes conflitantes, como por exemplo as ações de guarda, visitação, filiação e alimentos. Nestes casos o que está em jogo é a criança, ou seja, o(a) filho(a) que participa destes litígios. Por isso, temos a mediação como uma chave para abrir as portas das inúmeras possibilidades de reflexão em relação ao que está sendo discutido.

A guarda é o direito que os pais ou outras pessoas (dependendo do caso concreto) têm de manter consigo a criança, a visitação é a forma da manutenção do afeto familiar e do cumprimento das obrigações dos pais, e os alimentos por fim, é a forma de pleitear que o outro busque os meios necessários para a sua manutenção.

A mediação atua justamente na propositura de diversas questões para impulsionar a reflexão entre as partes, para que as mesmas tomem decisões que atenda melhor os interesses daquela criança, daquele menor ou daquele filho. A mediação é um sistema aplicado nestes casos que adentra situações muito melindrosas, principalmente quando o ponto principal da discussão é uma criança. Como salienta Parkinson (2019, p.260), “a mediação deve ser focada na criança também, pois na maioria dos casos, pais separados precisam de ajuda para explicar a seus filhos as decisões e os novos acordos que foram decididos”.

O mediador por sua vez, ao se deparar com esses tipos de situações, deve aplicar as medidas cabíveis para facilitar o diálogo entre as partes. A aplicação do sistema multiportas se torna evidentemente necessário. Diante disso, salienta-se um julgado que destaca a força e a aplicabilidade da mediação nos litígios de família, principalmente naqueles onde há interesses de filhos.

APELAÇÃO CÍVEL. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO OBTIDO EM PROCEDIMENTO PRÉ-PROCESSUAL DE MEDIAÇÃO FAMILIAR POR CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA - CEJUSC. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, COMO FISCAL DA LEI. POSSIBILIDADE. ART. 996 DO NCPC E ART. 11 DA RESOLUÇÃO Nº 125/2010 DO CNJ. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA PARA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE RATIFICAÇÃO.

DESNECESSIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. REVISÃO DE POSICIONAMENTO. OBSERVÂNCIA, NO CASO, DOS INTERESSES DO INCAPAZ. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70070149976, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 08/09/2016).(TJ-RS - AC: 70070149976 RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 08/09/2016, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/09/2016)

Pelo enunciado da jurisprudência supracitado fica evidente a importância da aplicabilidade deste método autocompositivo, pois além de proporcionar novas visões ao litígio, proporciona também a efetividade das reflexões propostas pelo mediador as partes, corroborando para que haja um entendimento conveniente entre os conflitantes, resguardando a saúde mental da criança, do menor e dos filhos.

7 A NECESSIDADE E A APLICABILIDADE DA MEDIAÇÃO NOS LITÍGIOS FAMILIARES

Os conflitos são inerentes aos seres humanos, pois são através deles que são formados impulsos que transformam a vida de alguém. Porém, cabe salientar que, o resultado do mesmo pode ter duas faces, uma positiva e outra negativa. A mediação por sua vez é o leque em forma de diálogo, que estabelece um caminho positivo para a resolução destes litígios, bem como a conciliação, que colabora conjuntamente com este meio. Não há dúvidas que os métodos autocompositivos são ferramentas profundas que procuram resolver o conflito no seu mais íntimo, provocando as partes por meio de um profissional adequado, no caso o mediador, a refletirem e dialogarem sobre o conflito.

O cenário jurídico brasileiro é considerado frágil quando o assunto trata do gerenciamento de litígios, mostrando assim, a dificuldade das pessoas em resolverem seus próprios conflitos, pois no esgotamento desta resolução, sempre procuram a via judicial. A falta de diálogo, de empatia, e de humanismo das partes as levam tomar decisões que nem sempre as favorecem. O litígio familiar é algo tão melindroso que não pode ser analisado de qualquer jeito, pois dentro dele há feridas, mágoas e sentimentos que devem ser respeitados e principalmente conhecidos e solucionados.

Conforme dito por Marodin e Molinari (2017, p.64) a heterocomposição nos litígios familiares não é mais uma prioridade, pois o juiz ao tomar uma decisão sobre uma ação que envolve pessoas interligadas, não conhece a fundo suas particularidades e suas singularidades, por isso o poder judiciário tem abrangido e

reformulado ainda mais o seu jeito de agir, sendo inquestionável a necessidade da aplicabilidade da mediação.

A mediação vem sendo lapidada e aplicada porque além de proporcionar um momento reflexivo para as partes, que pode ou não resultar em um acordo, promove também a reconstrução de um diálogo, e possivelmente a abertura de um novo ciclo. O conflito familiar precisa dessa prática autocompositiva, pois além de ser algo melindroso, as partes conflitantes ainda necessitarão do estabelecimento de um convívio respeitável, pois o vínculo das mesmas é eterno.

O judiciário brasileiro sentiu a diferença quanto ao processo e viu que a aplicação dele, além de minimizar ações judiciais que perduram anos e anos, proporciona um ambiente equilibrado, restabelecendo assim, o respeito de inúmeros vínculos quebrados.

Deste modo, prevê o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 3º, parágrafos 2º e 3º que:

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (Brasil, 2015).

A mediação ganhou importância tanto no âmbito judicial como fora dele. Para Marondin e Molinari (2017, p. 64) suas formas e seus métodos possuem resultados mais significativos, tendo em vista as práticas absurdas que promovem a cultura do belicismo, que visa a guerra como principal meio para se “ganhar” o que está sendo discutido.

A necessidade da prática autocompositiva se torna ainda mais evidente após a análise que se extrai dos resultados dos litígios que a utilizam. O resultado do processo da mediação familiar é harmonioso, segundo Parkinson (2016, p.39):

A mediação ajuda os membros da família tanto nos momentos de crise quanto nos momentos de transição, melhorando a comunicação entre eles e fazendo com que os acordos sejam estabelecidos e as relações mantidas, especialmente entre pais e filhos.

Após o advento da lei 13.140 de 26 de junho de 2015, os processos familiares tiveram muito mais êxito, pois puderam deixar um pouco de lado as velhas práticas contenciosas do modelo adversarial em que sempre uma parte perdia e outra ganhava, priorizando assim o “ganho” das duas, através de um método justo e satisfatória.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico brasileiro foi muito estudado pelo sistema autocompositivo. A mediação não só serviu como um salva-vidas para desafogar o poder judiciário, como também abriu as portas para novos métodos.

O ordenamento jurídico brasileiro, como já mencionado, sempre teve a “cultura” do litígio. Brigas, discussões, processos judiciais, sempre caracterizaram os fóruns e tribunais do nosso país. Nossos prédios jurídicos e nossos sistemas eletrônicos judiciais, sempre foram e ainda são abarrotados de processos familiares que buscam a decisão de um terceiro imparcial.

Contudo, aos poucos essa realidade tem mudado, pois a intenção do legislador em inserir a mediação no nosso ordenamento jurídico tem o objetivo de “desbarrotar” essa área, solucionando os problemas familiares de modo satisfatório, e permitindo que as partes tenham controle da decisão tomada.

Observe-se, um casal que queira se divorciar, necessita de um diálogo mais aprofundado para tratar de bens e de filhos, bem como o acordo em relação ao valor de uma pensão necessita de conversas que analisam a situação financeira das partes. A mediação não obriga as partes ao acordo, muito pelo contrário, auxilia as pessoas a tentarem adaptar o litígio conforme a sua realidade, para que assim haja um resultado satisfatório.

Por conta de um resultado satisfatório observou-se que a mediação foi inserida nas diversas ações da Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, a qual contribuiu para a rapidez da tramitação de muitos processos, e conseqüentemente, trouxe menores custos ao poder judiciário.

Ademais, é necessário a ressalva de que a minimização dos processos judiciais familiares em face do uso da mediação não se deve pelo fato do acordo em si, pois seu principal intuito é proporcionar o diálogo e a reflexão das partes por intervenção do mediador em relação ao conflito existente. O acordo é apenas o resultado que pode ou não surgir de tal prática, diminuindo consideravelmente o tempo de espera em um processo com heterocomposição.

Assim, é notório ver a evolução da sociedade mediante a instigação de outrem para a decisão de algo que pode mudar o resto de suas vidas.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Marcia Therezinha Gomes do. **O direito de acesso à justiça e a mediação**. São Paulo: Lumem Juris, 2009.

BERALDO, Ana de Moraes Salles; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel. In: PARKINSON, Lisa. **Mediação familiar**. 2. ed Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

BRASIL, **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso: 19 mai. 2019.

_____. **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso: 19 mai. 2019.

_____. Jurisprudência. APELAÇÃO CÍVEL. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO OBTIDO EM PROCEDIMENTO PRÉ-PROCESSUAL DE MEDIAÇÃO FAMILIAR POR CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em: 19 de maio de 2019.

MARODIN, Marilene; MOLINARI, Fernanda. **Procedimento em mediação familiar**. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2017.

PARKINSON, Lisa. **Mediação Familiar**. 2. ed Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

PELAJO, Samantha. **A mediação no novo código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SAMPAIO, Lia; NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2014.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação uma solução judicosa para conflitos**. 1. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

SILVA, José da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA, Zoraide Amaral. **Arbitragem-Conciliação-Mediação nos Conflitos Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2004.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. Rio de Janeiro, 2016.

A DISPENSABILIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL E SUAS IMPLICAÇÕES NA PERSECUÇÃO PENAL

INDIRA BEZERRA VILA NOVA:

Graduanda de Direito. Faculdade Estácio de Sá.

THALITA ARCANJO

(coautora)

Resumo: Este artigo analisa a característica da dispensabilidade do inquérito policial para fins de inauguração da ação penal e suas consequências no ordenamento jurídico brasileiro. O inquérito policial, procedimento pré-processual, administrativo, sigiloso e inquisitivo, que tem como finalidade a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais, é considerado como um procedimento plenamente dispensável pela doutrina para fins de instauração de ação penal e consequente responsabilização do agente pela prática de infração penal. Em outras palavras, para que um indivíduo seja processado criminalmente e quiçá venha a ser condenado no futuro, o procedimento - responsável por apurar e reunir provas que podem subsidiar a decisão do magistrado-, é dispensável, segundo o próprio código de processo penal, a jurisprudência e a doutrina pacífica. No entanto, vale ressaltar as enormes consequências negativas que esse caráter dispensável do inquérito policial pode trazer para a investigação e para toda a persecução penal. Para ratificar essa ideia, procedeu-se à pesquisa de campo, com profissionais da área, jurisprudência e doutrina recomendada.

Palavras-Chave: Inquérito policial; investigação preliminar; ação penal.

Abstract: This article analyzes the characteristic of the dispensability of the police investigation for the purpose of initiating the criminal action and its consequences in the Brazilian legal system. The police investigation, a pre-procedural, administrative, secretive and inquisitive procedure, which aims at investigating the circumstances, the materiality and the authorship of criminal offenses, is considered to be a completely dispensable procedure by the doctrine for the purposes of prosecution and consequent liability of the agent for the practice of criminal offense. In other words, for an individual to be criminally prosecuted and perhaps be sentenced in the future, the procedure - responsible for investigating and gathering evidence that can support the magistrate's decision-, is unnecessary, according to the criminal procedure code itself, jurisprudence and peaceful doctrine. However, it is worth mentioning the enormous negative consequences that this dispensable character of the police investigation can bring to the investigation and to all criminal prosecutions.

To confirm this idea, field research was carried out, with professionals in the field, jurisprudence and recommended doctrine.

Keywords: Police investigation; preliminary investigation; criminal action.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento 2.1 Conceito e características 2.2 Fundamento da existência do Inquérito Policial 2.3 Direitos e princípios que regem o processo penal: segurança jurídica, presunção da veracidade dos atos da administração pública e verdade real. 2.4 Consequências práticas da dispensabilidade do Inquérito Policial 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO:

O inquérito policial tem sua definição legal como sendo “o conjunto de atividades realizadas concatenadamente por órgãos do Estado; a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício; com caráter prévio e de natureza preparatória em relação ao processo penal; que pretende averiguar a autoria e circunstâncias de um fato aparentemente delitivo com o fim de justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento do mesmo (não processo)” (AURY LOPES JR. e RICARDO JACOBSEN GLOECKNER, P. 91).

Já conforme a lei 12.830/2013, o inquérito policial tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

Com base em tais definições legais, não é difícil de se concluir o quanto esse procedimento é importante para a persecução penal, tendo como pressuposto aspectos como a segurança jurídica das decisões do Estado, a presunção da veracidade dos atos da administração pública, a verdade real das decisões judiciais, dentre tantos outros princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda assim, tal procedimento – de natureza jurídica predominantemente administrativa e pré-processual, é considerado pela doutrina majoritária e pela jurisprudência pacífica como plenamente dispensável para fins da instauração da ação penal. Na realidade, o próprio Código de Processo Penal declara, de forma implícita, o caráter dispensável de tal procedimento:

“O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”. (art. 12, Código de Processo Penal)

“O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias”. (art. 39, §5º, Código de Processo Penal)

Vale ressaltar ainda que a Constituição Federal assegura às polícias judiciárias a função de elucidar as infrações penais, com exceção das militares, as quais, por sua vez, valem-se do inquérito policial para atender as atribuições constitucionalmente previstas:

art. 144, § 1º, I: apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

art. 144, § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Constata-se, portanto, a fragilidade da proteção dos princípios já citados, tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro, e das atribuições constitucionalmente asseguradas à polícia judiciária na persecução penal em face desse caráter dispensável do inquérito policial. A fim de mudar essa realidade, é necessário que sejam revistas as tratativas dos órgãos públicos envolvidos na persecução penal para com o inquérito. Além disso, também são necessárias alterações legislativas e doutrinárias, a fim de mitigar características da investigação preliminar que justifiquem a dispensabilidade do inquérito atualmente, e de integrá-lo ao processo, revestindo-o de características do sistema processual acusatório e do Estado Democrático de Direito.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Conceito e características:

Conforme Aury lopes jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner, o Inquérito Policial significa hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, um instrumento em crise, pois é revestido de características que remontam a um Estado autoritário, que o Brasil já foi, no qual são mitigadas as garantias processuais cabíveis às partes. Dessa forma, tais

características servem para assegurar que a doutrina ainda o classifique como dispensável.

O Brasil adota o chamado Sistema Processual Acusatório, no qual predominam, dentre outras características, a oralidade, a publicidade dos atos processuais, a presença física das partes no processo, e o princípio do devido processo legal, que abarca, por sua vez, a ampla defesa e o contraditório. Vale ressaltar ainda que, no sistema acusatório, o sujeito que acusa (o Ministério Público, em casos de ação penal pública) é diferente daquele que julga, ou seja, o juiz. Por fim, o sistema acusatório garante a produção de provas às partes, vedando, em regra, a produção de provas de ofício pelo Ministério Público e pelo magistrado, ressalvadas situações excepcionais. Por esse conjunto de características, o sistema acusatório é considerado aquele que mais se coaduna ao regime de estado democrático adotado pelo país.

O Inquérito policial, por outro lado, vai ao encontro de uma série de características adotadas pelo sistema acusatório, por isso que é considerado como dispensável à persecução penal e contrário, muitas vezes, ao Estado Democrático de Direito. Fernando Capez discorre sobre essas características do inquérito citando, por exemplo, que no inquérito a regra é o sigilo. Dessa forma, nem o(s) investigado(s) nem a(s) vítima(s) pode(m) saber o que está sendo posto nos autos, em regra. (FERNANDO CAPEZ, P. 119, 2018).

Frisa-se, em regra, porque a Súmula Vinculante 14 garante ao defensor do investigado o acesso aos elementos de prova que, já documentados, digam respeito ao exercício do direito de defesa:

“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Tal garantia de acesso não ocorre, no entanto, quando o sigilo do inquérito policial for pautado no inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal, que diz:

“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;”

Nesses casos, portanto, o sigilo do inquérito não poderá ser mitigado.

Ainda com relação ao seu caráter sigiloso, Capez salienta que tal característica não se estende, em nenhuma hipótese, ao Ministério Público, tampouco ao magistrado e à autoridade policial.

Outra característica contrária ao sistema acusatório é que o inquérito é escrito, não possui partes em *Stricto Sensu*, logo não se faz necessário, em regra, garantir a ampla defesa e o contraditório⁴. Tal procedimento também se caracteriza por ser discricionário, logo, a autoridade policial não está obrigada a seguir uma sequência lógica de atos, diferentemente dos ritos processuais (sumaríssimo, sumário e ordinário) regidos pelo sistema acusatório. Vale ressaltar também que, como se trata de fase pré-processual, não há, em regra, que se falar em nulidade no Inquérito.

“Não sendo o inquérito policial ato de manifestação do poder jurisdicional, mas mero procedimento informativo destinado à formação da opinio delicti do titular a ação penal, os vícios por acaso existentes nessa fase não acarretam nulidades processuais, isto é, não atinam a fase seguinte da persecução penal: a da ação penal.” (FERNANDO CAPEZ, p. 123, 2018).

Ainda nesse sentido, Capez afirma que, apesar de não ter o condão de gerar vício no processo, eventual irregularidade no inquérito pode gerar a invalidade, ou ainda, ineficácia do ato inquinado, a exemplo de uma diligência, de uma prisão em flagrante, ou ainda das provas colhidas durante a execução do ato. O Supremo Tribunal de Justiça (STJ) ratifica a questão por meio de jurisprudência:

“A jurisprudência dos Tribunais Superiores já assentou o entendimento no sentido de que, enquanto peça meramente informativa, eventuais nulidades que estejam a gravar o inquérito policial em nada repercutem no processo do réu, momento no qual, afirme-se, será enovado todo o conjunto da prova”. (STJ, 6ª T, RC 11.600/RS, REL. amilton Carvalido).

Por fim, no inquérito as provas e o indiciamento cabem a uma única autoridade: à policial. Nele, por expressa previsão no código de processo penal, no seu art. 184, a autoridade policial não é obrigada a determinar a produção de provas requeridas por investigado e/ou vítima que não sejam necessárias ao esclarecimento do fato, exceto o exame de corpo de delito. (CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, art. 184, 1.941). Tal conjunto de características servem de argumentação para a doutrina e a jurisprudência considerarem o inquérito dispensável à persecução penal.

O conceito de Inquérito Policial remonta um instrumento de natureza jurídica predominantemente administrativa, visto que é dirigido por órgão estatal não revestido de competência judicial, que é o caso da Polícia Judiciária (Constituição Federal, art. 144, § 1º e §5º).

Tal instrumento tem ainda por objetivo averiguar a autoria e circunstâncias de um fato aparentemente delitivo, com o fim de justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento do mesmo (Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner, 2014), em outras palavras, apurar as circunstâncias da materialidade e da autoria das infrações penais (Lei 12.830/2013).

4. O novo Inquérito Policial de Expulsão efetivou, em verdade, a processualização da investigação como fase do sistema de persecução penal, posto que o artigo 58 da LM dispõe que “No processo de expulsão serão garantidos o contraditório e a ampla defesa”. (CONJUR, 2017)

2.2 Fundamento da existência do inquérito policial:

Diferentemente da instrução processual penal, que tem como fundamento de existir a instrumentalidade constitucional, a investigação preliminar, descrita no código de processo penal brasileiro e popularmente conhecida como “Inquérito Policial”, tem como pressuposto de sua existência um obstáculo a superar antes da abertura de um procedimento judicial. Em outras palavras, existe para evitar equívocos e excluir uma acusação aventurada e infundada. (Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner, p. 99 e 100).

Ainda segundo Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner (2014, p. 100), o inquérito tem duas finalidades: assegurar a máxima autenticidade de provas e evitar que o imputado inocente seja submetido ao processo (debate), que, com a sua publicidade, constitui grave descrédito e humilhação para o mesmo, agredindo diretamente direitos fundamentais constitucionalmente tutelados como o direito à intimidade, à presunção da inocência e à honra, por exemplo.

Apesar de ter um papel tão importante para a persecução penal, o inquérito ainda é considerado dispensável para a mesma. O próprio código de processo penal salienta que o Ministério Público pode dispensá-lo quando possuir elementos suficientes para a propositura da ação penal. (CPP, arts. 12, 27, 39 § 5º e 46 §1º). O STJ também atesta isso por meio de jurisprudência:

“É imprópria a alegação de inépcia da exordial acusatória, sob o fundamento de que ao estaria firmada em procedimento investigatório que indicasse a participação do paciente nos

atos delituosos, se demonstrado o ele entre as condutas dos denunciados, inclusive em relação ao paciente, havendo descrição dos atos praticados por casa um, o que resultou na acusação pela prática dos delitos de receptação e formação de quadrilha. O órgão ministerial não é vinculado à existência do procedimento investigatório policial – o qual pode ser eventualmente dispensado para a propositura da ação penal” (STJ, 5ª T, RC, 12.308/ES, rel. Min. Ilton Dipp).

Porém percebe-se que a própria jurisprudência dos tribunais superiores se contradiz, uma vez que, apesar de não permitir a condenação de réu exclusivamente em elementos colhidos no inquérito policial, permite a sua absolvição, conforme decisão abaixo:

“Não se justifica decisão condenatória apoiada exclusivamente em inquérito policial pois se viola o princípio constitucional do contraditório” (STJ, 59/786)

Ora, se é vedada a condenação com base exclusivamente nas provas colhidas em investigação preliminar porque nela não é plenamente garantido o devido processo legal, e ao mesmo tempo permite-se a absolvição, por que então não fazer do inquérito policial um procedimento que se coaduna com o Estado Democrático, em vez de simplesmente considerá-lo dispensável? Por que não garantir às partes envolvidas o pleno contraditório e ampla defesa e reconhecer o inquérito como essencial para a persecução penal, visto que se trata procedimento instigatório de competência exclusiva da polícia judiciária, que tem como ofício constitucionalmente previsto a elucidação de infrações penais?

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou claramente, em sede de repercussão geral, enquanto tratava do Direito de Greve das carreiras policiais, sobre o caráter insubstituível das polícias e, conseqüentemente, de suas atribuições:

Esclareceu que a Constituição tratou das carreiras policiais de forma diferenciada ao deixá-las de fora do capítulo específico dos servidores públicos. Segundo o ministro, as carreiras policiais são carreiras de Estado sem paralelo na atividade privada, visto que constituem o braço armado do Estado para a segurança pública, assim como as Forças Armadas são o braço armado para a segurança nacional. (Supremo Tribunal Federal, informativo nº 860).

Diante de tal entendimento, apenas se ratifica a inegável essencialidade e indispensabilidade das atividades realizadas pela polícia judiciária, dentre elas, a condução do Inquérito Policial.

2.3 *Direitos e princípios que regem o processo penal e o ordenamento jurídico: Segurança Jurídica, presunção de veracidade dos atos administrativos, verdade real:*

A doutrina majoritária entende que o processo penal é iniciado quando do recebimento de denúncia pelo juiz, embora o código de processo penal dê a entender que ele se inicia com o mero oferecimento da exordial acusatória.

Em tese, a partir daí, alguns princípios – uns explícitos constitucionalmente ou no próprio código de processo penal- e outros implícitos -, devem reger o procedimento.

O Ministério Público é o titular da ação penal pública e é órgão essencial à função jurisdicional, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. À polícia judiciária, por sua vez, incumbe a apuração de infrações penais, exceto as militares. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 127 e art. 144, §4º).

Apesar de o STF e o STJ já terem reconhecido a competência de o Ministério Público investigar de forma autônoma (RE 593727/205), a presidência do inquérito policial é privativa da autoridade policial (art. 2º, §1º, lei 12.830/13) e a competência para a investigação de infrações penais também é privativa da polícia judiciária, instituição qualificada para exercer tal função.

6. A Polícia Judiciária não possui o monopólio da **investigação criminal**, possuindo o Ministério Público

legitimidade para determinar diligências investigatórias. Inteligência da Lei Complementar n.º 75/93 e do art. 4.º,

parágrafo único, do Código de Processo Penal. Precedentes. (STJ - RESP 998.249/RS)

Frisa-se que a atividade de investigação criminal não é exclusiva da Polícia Judiciária, mas o Inquérito sim. Ressalta-se ainda que o instrumento utilizado pelo Ministério Público para fins de investigação é instrumento próprio, denominado Inquérito Ministerial, o que torna ainda mais evidente o caráter exclusivo e

insubstituível do instrumento investigatório conduzido pela polícia judiciária e sua inegável importância e singularidade.

Um dos princípios mais importantes que regem o ordenamento jurídico brasileiro é o princípio da veracidade dos atos da administração pública. Segundo esse princípio, presume-se que os atos praticados pela administração pública são verdadeiros. (2010, Apud, Marya Sylvia Zanella Di Pietro)

Percebe-se no entanto que, a partir do momento que o ordenamento dispensa um procedimento que tem o objetivo de elucidar um fato a fim de subsidiar a decisão mais justa a ser proferida pelo judiciário, o Estado tem grande probabilidade de mitigar esse princípio na prática e não conseguir atingir o seu fim de decidir da forma mais justa possível e de ter as suas decisões desconstruídas posteriormente, podendo causar um sentimento de insegurança e incredulidade da sociedade nos atos praticados pelo Estado.

O mesmo ocorre com o princípio da verdade real. Segundo Luiz Flávio Gomes:

“Diferentemente do que pode acontecer em outros ramos do Direito, nos quais o Estado se satisfaz com os fatos trazidos nos autos pelas partes, no processo penal (que regula o andamento processual do Direito penal, orientado pelo *princípio da intervenção mínima*, cuidando dos bens jurídicos mais importantes), o Estado não pode se satisfazer com a realidade formal dos fatos, mas deve buscar que o *ius puniendi* seja concretizado com a maior eficácia possível”. (JusBrasil, Luiz Flávio Gomes).

Ora, com base nesse conceito do que é o princípio da Verdade Real e nos objetivos do procedimento do Inquérito Policial, não é difícil de se concluir a importância deste. Vale ressaltar ainda que, segundo os próprios profissionais do Estado envolvidos na persecução penal, na prática, o Inquérito já subsidia praticamente todas as infrações penais, não subsistindo os motivos para que seja considerado dispensável. Nas palavras do Delegado de Polícia Civil Pedro Fidelis,

“Praticamente todas as ações penais decorrem de um inquérito policial, ou Termo Circunstanciado de Ocorrência, ou outro procedimento especial dirigido pela polícia judiciária. A chamada dispensabilidade do inquérito é meramente teórica, pois, no dia a dia, o Ministério Público não investiga, isso talvez só ocorra nos casos de repercussão nacional, para poder promover o Órgão perante a sociedade”.

Ainda nesse contexto, outro princípio que permeia o ordenamento jurídico brasileiro é o da segurança jurídica, este, por sua vez, constitucionalmente previsto:

“Art. 5º, XXXVI, CF - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”

Nesse sentido, conclui-se o quanto é importante que os atos e decisões tomadas pelo Estado sejam corretas. Esse princípio tem status de direito fundamental e visa a afastar a insegurança e o caos nas relações sociais e jurídicas, ora agasalhando institutos como o da prescrição, decadência e coisa julgada, ora desenvolvendo conceitos como o da segurança jurídica e inserindo na legislação ordinária o imperativo de seu atendimento. (CONJUR, 2005, “Segurança Jurídica”).

Por fim, outro elemento do ordenamento jurídico que evidencia a importância do caráter indispensável do inquérito policial é o procedimento do Tribunal do Júri. O Tribunal do Júri, instituição constituída para julgar os crimes dolosos contra a vida, existe no ordenamento jurídico desde 1.822, ano da proclamação da república. Segundo a própria Constituição Federal, “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados a plenitude de defesa; o sigilo das votações; a soberania dos veredictos; a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;”.

Apesar da inegável importância de suas funções, as decisões do Júri atualmente são tomadas por um corpo de sete jurados, que votam a fim de subsidiar a sentença judicial. Tais jurados não precisam justificar os votos, funcionando como uma exceção à regra da necessidade de motivação dos atos judiciais, presente no sistema acusatório (art. 93, IX, Constituição Federal). Para fazer parte desse corpo de jurados, o cidadão precisa ter mais de 18 anos, não ter antecedentes criminais, ser eleitor e concordar em prestar esse serviço gratuitamente (de forma voluntária). São considerados impedimentos para ser jurado o cidadão surdo e mudo, cego, doente mental, que residir em comarca diversa daquela em que vai ser realizado o julgamento e não estar em gozo de seus direitos políticos. São sorteados, a cada processo, 25 cidadãos que devem comparecer ao julgamento. Destes, apenas sete são sorteados para compor o conselho de sentença, que definirá a responsabilidade do acusado pelo crime. Ao final do julgamento, o colegiado popular deve responder aos chamados quesitos, que são as perguntas feitas pelo presidente do júri sobre o fato criminoso em si, e as demais circunstâncias que o envolvem. (Portal Justificando, 2016).

Dessa forma, verifica-se que a fundamentação da decisão do Júri é extremamente frágil, visto que os requisitos necessários para fazer parte dele não

preveem nenhum tipo de saber jurídico. Acredita-se, no entanto que, reconhecer o caráter indispensável do inquérito incorporando ao mesmo algumas características do sistema acusatório e do estado democrático de direito, tais como a ampla defesa e o contraditório e a participação obrigatória da defesa das partes, tornaria as decisões e atos praticados por esse tribunal muito mais confiáveis, próximos à verdade real e revestidos de segurança jurídica.

2.4 Consequências práticas da dispensabilidade do Inquérito Policial (pesquisa de campo):

Pedro Fidelis, Delegado de Polícia Civil de Pernambuco, considera o Inquérito Policial indispensável à persecução, visto que a polícia judiciária é a encarregada e qualificada para a elucidação das infrações penais. Nesse sentido, ele afirma:

“A esse caráter dispensável do inquérito também pesa o fato de que, durante muito tempo, entre os principais autores de direito processual penal, havia apenas membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, a quem não interessa dar poderes aos órgãos de polícia judiciária (ao delegado), por questões corporativistas, e, assim, tais autores fomentaram o mito de que o promotor pode “rasgar o inquérito” e denunciar de acordo com a sua convicção. No entanto, como falei, na prática 99,99% das denúncias ofertadas pelos Ministérios Públicos se baseiam unicamente nos elementos investigativos do inquérito policial. Na prática, ele sempre foi indispensável.”

A autoridade Policial salienta ainda que, para a melhoria da investigação preliminar hoje no ordenamento jurídico, é essencial que aja mais autonomia para as polícias judiciárias a fim de tornar o processo mais célere, visto que são os órgãos que possuem o primeiro e mais íntimo contato com o caso concreto.

A Delegada de Polícia Civil Isabela Veras também ratifica a importância do procedimento pré-processual:

“A experiência demonstra que a possibilidade de condenação criminal em ação penal fomentada pelo inquérito policial é bem maior. O Inquérito Policial é, de fato, o procedimento mais completo, no qual consegue-se reunir elementos de informação mais robustos. A importância do Inquérito é, de fato, muito grande. Vemos que a fase de instrução criminal consiste basicamente em ouvir acusados e testemunhas, todas as outras provas como quebra bancária e fiscal, interceptação

telefônica, quebra de dados são, em regra, produzidas nos autos do inquérito policial”.

Quando questionada a respeito de melhorias do procedimento de investigação preliminar, a autoridade policial salienta: “autonomia administrativa e financeira das polícias judiciárias é o principal ponto. As Polícias Judiciárias (Polícia Civil e Polícia Federal), as quais incumbem a função de investigar infrações penais, carecem de recursos materiais e humanos, além de sofrerem forte ingerência por parte do Poder Executivo. Com a autonomia administrativa e financeira, os chefes de polícia poderiam deliberar onde o dinheiro seria aplicado, além do que iriam se blindar em relação a ingerências políticas, como ocorre com o Poder Judiciário e o Ministério Público”.

Em contrapartida, Amanda Barbalho, Advogada Criminal e Professora de Direito Penal e Processo Penal, reconhece que o inquérito hoje é a base para o início da persecução penal, porém o problema para muitas denúncias infundadas ou processos criminais baseados em provas frágeis, está na competência probatória residual do magistrado:

“o problema não está na dispensabilidade ou não do inquérito policial. De fato, o inquérito serve como filtro pra impedir processos infundados. Mas também há casos de flagrante, em que a justa causa está evidente e não há necessidade real de se estender em uma busca probatória que não seja a judicial. O real problema probatório no Brasil está na falta de rigidez dos magistrados no momento de analisar a justa causa para receber a denúncia, bem como na importância que é dada aos elementos colhidos na esfera policial e na iniciativa residual probatória do juiz. Se resolvidos esses problemas, a dispensabilidade seria apenas uma ferramenta para maior celeridade, sem prejuízos às garantias fundamentais”.

“Para a melhoria do processo de investigação preliminar hoje no Brasil, é necessária a informatização das delegacias, aumentos das equipes, investimento em qualificação especializada nas delegacias que assim o são (como as de violência doméstica), aprimoramento e inserção da investigação defensiva nos autos (ampla defesa e contraditório) e afastar o juiz que atua no inquérito do processo”, finaliza.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Os fundamentos de existência da investigação preliminar ou inquérito policial já citados estão em plena consonância com os direitos fundamentais assegurados

pela constituição federal de 1988 (norma maior que rege o ordenamento jurídico brasileiro). Desse modo, não parece sensato revesti-lo de caráter dispensável baseado em resquícios de um estado outrora autoritário, tendo em vista - inclusive e principalmente -, as consequências práticas dessa decisão para investigados e vítimas.

Medidas a fim de revestir a investigação preliminar de características que a tornem reflexo de um estado Democrático de Direito são muito mais interessantes. Como exemplo disso, pode-se citar a determinação de asseguramento do devido processo legal – garantindo plenamente a ampla defesa e o contraditório -, a fim de oportunizar os investigados e vítimas de terem acesso a todos os meios necessários a fim de esclarecer a sua inocência, bem como de contradizer aquilo que lhe é imputado, visando a evitar uma ação penal infundada e desnecessária.

Tornar a participação do defensor das partes obrigatória na investigação preliminar também ajuda a revestir esse procedimento de legitimidade, o que pode auxiliar, ainda mais, a decisão judicial superveniente na busca da verdade real e investir os atos processuais de segurança jurídica.

Nesse mesmo sentido, vale a pena incorporar ao ordenamento jurídico brasileiro características do sistema processual Italiano e Alemão, que preveem a obrigação de o Estado, durante a investigação preliminar, diligenciar sobre fatos e circunstâncias que possam ser favoráveis ao acusado, descaracterizando, dessa forma, a investigação preliminar como um simples instrumento que serve de munição aos órgãos acusadores (Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner, 2014, p. 98).

Por fim, mas não menos importante, este trabalho defende o reconhecimento da polícia judiciária como função essencial à justiça, juntamente com aquelas já previstas na Constituição Federal (do art. 127 ao 133, Constituição Federal). O referido órgão é responsável pela apuração das infrações penais, com exceção das militares, por expressa previsão constitucional e infralegal também. Tal apuração é a responsável por subsidiar praticamente todos os atos judiciais supervenientes, que culminam no exercício da jurisdição, ou seja, na função de dizer o direito. Logo, é inegável a importância e a necessidade de integração desse órgão à persecução penal, tornando-o essencial à função jurisdicional do Estado.

4. Referências:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1.988

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 24 Jan. 2020.

“Curso de Processo Penal”, CAPEZ Fernando (2018).

“Investigação Preliminar no Processo Penal” LOPES JR., Aury e GLOECKNER JACOBSEN, Ricardo (2014).

CONJUR

“O novo Inquérito de Expulsão deve dialogar com o Inquérito comum”

<https://www.conjur.com.br/2017-dez-05/academia-policia-inquerito-expulsao-dialogar-inquerito-comum> Acesso em: 09. Fev. 2020.

CONJUR

“Segurança Jurídica”

https://www.conjur.com.br/2005-mar-29/administracao_publica_principio_seguranca_juridica Acesso em: 06. Abr. 2020.

“Direito Administrativo”, DI PIETRO Maria Sylvia (2010).

JUSBRASIL

Luiz Flávio Gomes

<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121915673/principio-da-verdade-real> Acesso em: 06. Abr. 2020.

JUSTIFICANDO

“Tribunal do Júri”

<http://www.justificando.com/2016/02/15/entenda-como-funciona-o-tribunal-do-juri/> Acesso em: 06. Abr. 2020

LEI 12.830/13

“Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia”.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm Acesso em 06. Jan. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

“Informativo 860”

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo860.htm> Acesso em 29 Mai. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Súmula Vinculante 14.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230> Acesso em 09. Fev. 2020.

OS IMPACTOS DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA NOS MUNICÍPIOS E SEUS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

AIRTON MANOEL DE MEDEIROS:

Contador Público na Prefeitura do Município de Valentim Gentil/SP, Bacharel em Ciências Contábeis pelo Centro Universitário de Votuporanga, Pós Graduado em Gestão Pública e Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador Temático: Prof. Dr. Rodrigo Freschi Bertolo. Orientador Metodológico: Profa. Dra. Janaina Guimarães Mansilia.

RESUMO: O presente artigo científico tem por objetivo demonstrar os impactos causados pela Reforma da Previdência de 2019 nos Municípios e seus Regimes Próprios de Previdência Social, evidenciando os argumentos favoráveis e contrários às alterações constitucionais. Foi demonstrado como se conduziu o processo de aprovação do Projeto de Emenda Constitucional e a importância das alterações como medida de autossuficiência para o sistema previdenciário brasileiro. Constatou-se como a necessária medida afetou negativamente, não só os trabalhadores, tanto do setor público como do privado, como os entes da federação, principalmente os Municípios e seus Regimes Próprios de Previdência Social, trazendo como ponto principal a dificuldade dos mesmos em aprovar suas legislações em conformidade com as alterações produzidas no texto constitucional. A pesquisa demonstrou, ainda, como um pequeno Município do Estado de São Paulo conseguiu conduzir o processo de aprovação de sua legislação previdenciária, evitando que questões políticas pudessem travar o processo legislativo causando enormes prejuízos às suas finanças.

Palavras-chave: Reforma da Previdência; Regime Próprio; Emenda Constitucional.

ABSTRACT: The purpose of this scientific article is to demonstrate the impacts caused by the 2019 Social Security Reform in the Municipalities and their Own Social Security Regimes, highlighting the arguments in favor and against constitutional

changes. It was demonstrated how the process of approval of the Constitutional Amendment Project was conducted and the importance of the changes as a measure of self-sufficiency for the Brazilian social security system. It was found how the necessary measure negatively affected not only workers, both in the public and private sectors, but also the entities of the federation, especially the Municipalities and their own Social Security Schemes, bringing as their main point their difficulty in approving their laws in accordance with the amendments made to the constitutional text. The survey also demonstrated how a small municipality in the state of São Paulo managed to conduct the process of approving its social security legislation, preventing political issues from cluttering the legislative process causing enormous damage to its finances.

Keywords: Pension Reform; Own Regime; Constitutional Amendment.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Argumentos favoráveis e contrários à Reforma da Previdência: 2.1. Argumentos favoráveis à Reforma da Previdência; 2.2. Argumentos contrários à Reforma da Previdência. 3. Os impactos da Reforma da Previdência nos municípios e seus Regimes Próprios de Previdência Social: 3.1. Aposentadoria por incapacidade permanente para o trabalho e readaptação do servidor público; 3.2. Limitação do rol de benefícios do Regime Próprio de Previdência Social; 3.3. Fixação da idade mínima para aposentadoria e a instituição de novas alíquotas de contribuição. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

As alterações legislativas provocadas pela Emenda Constitucional 103/2019, denominada Reforma da Previdência, promulgada em 12 de novembro de 2019, causaram vários impactos, não só para os trabalhadores, entre eles os servidores públicos, mas também para os entes da federação. Entre os entes da federação, os mais atingidos, até pela menor autonomia financeira, foram os Municípios e seus Regimes Próprios de Previdência Social.

Assim, diferentemente da maioria dos artigos escritos, que têm como foco os impactos provocados aos filiados à previdência, sejam eles trabalhadores da iniciativa privada ou servidores públicos, este artigo tem como objetivo demonstrar, através de um viés administrativo, os impactos causados aos entes federativos de menor poder econômico, no caso os Municípios e seus Regimes Próprios de Previdência Social.

O tema em si não é considerado um problema, aliás, a Reforma da Previdência veio justamente para tentar resolver um problema, que é a autossuficiência do sistema previdenciário brasileiro. Contudo, assim como todo

remédio, a medida é amarga e tem efeitos colaterais. Dessa forma, este artigo busca demonstrar quais são esses efeitos colaterais (impactos) causados aos Municípios e seus sistemas de Regime Próprio de Previdência Social.

A importância desta pesquisa é demonstrar que não foram somente os trabalhadores que foram afetados pelas alterações provocadas pela EC 103/2019, mas também os entes da federação, demonstrando os impactos causados, principalmente, nos Municípios e seus RPPS.

Para a elaboração deste artigo foi utilizado o método de pesquisa empírica, cujo objetivo é a análise jurídica no contexto da realidade social em que se manifesta, sendo abordados estudos de doutrinadores, artigos disponibilizados em páginas eletrônicas especializadas no assunto, palestras e seminários realizados por órgãos técnicos e de controle externo governamental, além da legislação vigente, incluindo matéria constitucional, e na situação prática vivida por um Município pesquisado.

A matéria tratada na pesquisa, apesar de recente, já vinha sendo discutida há algum tempo, especificamente, desde o envio da Proposta de Emenda Constitucional ao Congresso Nacional, nos primeiros meses do ano de 2019, e ao ser promulgada pelo Poder Executivo Federal, foi objeto da publicação de livros, artigos em páginas eletrônicas especializadas no assunto, além de objeto de discussão de diversos órgãos técnicos governamentais e de controle externo.

Este artigo foi dividido em dois capítulos. O primeiro deles, intitulado “Argumentos Favoráveis e Contrários à Reforma da Previdência” expõe os argumentos que levaram o governo à propositura da alteração da legislação previdenciária, em confronto com os argumentos daqueles que defendem a classe trabalhadora. No segundo capítulo, intitulado “Os Impactos da Reforma da Previdência nos Municípios e seus Regimes Próprios de Previdência Social” será demonstrado, de fato, como a Reforma da Previdência afetou os Municípios e seus sistemas previdenciários.

2. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À REFORMA DA PREVIDÊNCIA

Durante a campanha eleitoral, em 2018, o atual Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, defensor da reforma da previdência, deixou de lado o discurso dessa necessidade, pois sabia que o tema poderia lhe custar votos, inviabilizando seu objetivo de se tornar o Chefe do Poder Executivo Federal.

Eleito Presidente da República, Jair Bolsonaro, no dia 20 de fevereiro de 2019, apresentou ao Congresso a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) para a reforma da previdência. O novo Ministro da Economia e principal mentor do presidente, o

Senhor Paulo Guedes, na Exposição dos Motivos da PEC 6/2019, argumentou que a adoção das medidas é imprescindível para evitar custos excessivos para as futuras gerações e comprometimento do pagamento dos benefícios de aposentadorias e pensões (Guedes, 2019).

Nesse sentido, o principal argumento apresentado pelo Ministro da Economia na Exposição dos Motivos nº 29/2019, da PEC 6/2019, que se transformou na Emenda Constitucional (EC) nº 103/2019, está relacionado ao crescimento da despesa com a previdência combinado ao processo de envelhecimento da população brasileira, já que os dados apresentados pelo governo demonstravam que em 2030, a estimativa é que o Brasil seja a quinta maior população de 65 anos ou mais do mundo, e em 2060, os idosos serão 25% da população.

Dessa forma, o argumento utilizado pelo governo se faz baseado em fatos e dados estatísticos, afirmando que a reforma da previdência era necessária para equilibrar os gastos da União e não comprometer os benefícios das gerações futuras. De forma contrária, muitos argumentam que as medidas poderiam prejudicar os mais pobres no país, além de levar a população brasileira a arcar com o ônus de suportar o desequilíbrio das contas da previdência causado por más gestões anteriores.

Sendo assim, passo a expor argumentos nos dois sentidos para entendermos a posição adotada por cada corrente.

2.1. Argumentos favoráveis à Reforma da Previdência

Um dos principais argumentos destacados na Exposição dos Motivos que acompanharam a Proposta de Emenda Constitucional para a reforma da previdência, e também exposto no relatório da Comissão Parlamentar Especial que analisou a proposta, foi o envelhecimento da população brasileira.

De fato essa é uma questão importante a ser considerada, pois, aos poucos, o Brasil está passando de um país de jovens para um país de idosos. Com o avanço da medicina e um maior acesso à informação, a expectativa de vida da população vem aumentando significativamente e a taxa vegetativa diminuindo.

Há décadas, as pessoas tinham muitos filhos e a expectativa de vida era muito baixa. Hoje a situação é inversa, a população vive mais e têm cada vez um número menor de filhos.

Dessa forma, a conclusão a que se chega é de que, em breve, haverá um cenário de muitos trabalhadores inativos (idosos e pensionistas) sustentados por poucos trabalhadores ativos, o que, nesse aspecto, tornaria a reforma inevitável.

Ademais, outra justificativa é de que a reforma acabaria com os privilégios dos mais ricos, ao estabelecer a idade mínima como único critério para aposentadoria igualando os mais ricos aos mais pobres. Além disso, as novas alíquotas de contribuição, as chamadas alíquotas progressivas, iriam exigir mais de quem ganha mais.

Mas de fato, o argumento central para os defensores da reforma é o déficit previdenciário. No caso dos Regimes Próprios de Previdência Social, o Governo, aponta, na exposição dos motivos da PEC, que as dificuldades em relação à sustentabilidade financeira e atuarial, tanto da União quanto dos Estados e parte dos Municípios, demandam ajustes, em face da não formação de reservas, como sustenta o governo:

A maior parte dos regimes previdenciários desses entes federativos não formaram reservas suficientes para arcar com as despesas atuais nem futuras com o pagamento dos benefícios de seus servidores e a sua iliquidez pode contribuir para a insolvência do seu instituidor (Guedes, 2019, p. 52).

Esse fato, ainda, é agravado, pela existência de regras que garantem benefícios de valores médios bastante elevados e de regras de aposentadorias especiais que possibilitam concessões antecipadas de benefícios, principalmente no caso dos Regimes Próprios dos Estados (Guedes, 2019).

2.2. Argumentos Contrários à Reforma da Previdência

Para aqueles que foram contrários à reforma da previdência, o fato do governo utilizar como critério apenas a idade mínima foi equivocada, pois desconsidera as diferentes expectativas de vida dentro do Brasil. Nesse sentido Garcia (2020, p. 315) afirma: "ao se passar a exigir a idade mínima de 62 anos (se mulher) e 65 anos (se homem) para a aposentadoria, considerando-se a expectativa de vida das pessoas, a aposentadoria pode se tornar de difícil acesso".

Dessa forma, ao falar sobre o critério utilizado pode se afirmar que:

O critério da idade mínima de 65 anos para homens e 62 anos para mulheres, proposto pelo governo, é muito alto e próximo da expectativa de vida de alguns Estados, o que seria, de certa forma, uma injustiça, pois no sistema previdenciário há a obrigatoriedade de contribuição, fazendo com que os segurados tenham de contribuir vários anos, até alcançarem a idade mínima, se isso acontecer (GARCIA, 2020, p. 315).

No Regime Geral de Previdência Social, a idade mínima para as mulheres, em regra geral, aumentaria de 60 para 62 anos. Para as trabalhadoras rurais, aumentaria de 55 para 60 anos.

No Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), a idade mínima para as mulheres, no caso da União, e dependendo da avaliação atuarial, de alguns Estados e Municípios, aumentaria de 55 para 62 anos, ou seja, para se aposentar as mulheres teriam que trabalhar sete anos a mais do que o previsto anteriormente, diferentemente dos homens, que aumentaria de 60 para 65 anos, cinco anos a mais.

Nesse sentido, de acordo com o Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos, através da Nota Técnica nº 202 emitida em março de 2019, a então PEC 06/2019 “ignora – e tende a agravar – as desigualdades de gênero que ainda caracterizam o mercado de trabalho e as relações familiares no Brasil” (DIESE, 2019).

Outra justificativa defendida por quem se manifestou contra a reforma da previdência, é que ela poderia agravar a desigualdade e aumentar a pobreza, proporcionada pela alteração da forma de cálculo para o salário benefício.

Pela antiga regra previdenciária, o cálculo da média salarial utiliza 80% das contribuições mais altas do trabalhador desde 1994, já, pela nova regra, todos os salários do trabalhador, desde 1994, são utilizados para a obtenção da média, o que traria a média para baixo ao não excluir as menores contribuições.

Ademais, quem foi contra a reforma argumenta que ela não irá acabar com os privilégios, como promete os defensores, pois as novas alíquotas não atingiram de fato aqueles que detêm as maiores remunerações.

As alíquotas progressivas implantadas no Regime Geral, e adotadas pelos Regimes Próprios que não possuem déficit atuarial, são estendidas em faixas de percentuais para as contribuições. Dessa forma, quem ganha de R\$ 3.134,41 até o teto do RGPS, contribuiria com 14% apenas sobre essa diferença, e não mais 11% sobre todo o salário. A título de exemplo, quem contribui para o Regime Geral de Previdência (RGPS), após a reforma, e ganha um salário de R\$ 6.101,06 (Teto do RGPS em 2020) iria pagar uma alíquota efetiva de 11,69%, ou seja, R\$ 713,08. Antes da reforma, essa mesma pessoa contribuiria com 11%, pagando 671,12.

Devido a isso, quem é contra a reforma argumenta que as mudanças não iriam afetar aqueles que detêm os maiores salários, que deveriam contribuir com uma fatia maior.

E para finalizar o rol de argumentos contrários à reforma da previdência, incluiu o fato de que a reforma previdenciária, assim como a reforma trabalhista, do então Presidente da República, Michel Temer, foi pouco discutida com aqueles que seriam os maiores afetados pelas mudanças: os trabalhadores brasileiros.

3. OS IMPACTOS DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA NOS MUNICÍPIOS E SEUS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 24, inciso XII, previu a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre Direito Tributário, e em seu artigo 30 a possibilidade do Município legislar sobre assuntos de interesse local, como a previdência. A partir daí, os entes da federação estavam aptos a criar Regimes Próprios de Previdência Social para seus servidores efetivos.

Contudo, a proliferação dos RPPSs começou a ocorrer, principalmente nos Municípios, em 1998, com a promulgação da EC 20/98, que alterou regras do artigo 40 da Carta Magna, deixando clara a competência dos Municípios para instituir seus Regimes Próprios, além da promulgação da Lei 9.717/98, que trouxe regras gerais sobre a organização e o funcionamento desses Regimes.

De 1998 até meados de novembro de 2019, várias foram as alterações constitucionais na previdência. Contudo, em 12 de novembro de 2019, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 103, que alterou drasticamente as regras previdenciárias, atingindo não só os trabalhadores da iniciativa privada, como os servidores públicos e os próprios entes da federação, principalmente aqueles de menor capacidade financeira: os Municípios.

Quando a PEC nº 06/2019, que mais tarde se transformaria na EC nº 103/2019, estava nas mãos do Congresso Nacional, o que se dizia era que os Municípios e Estados estavam fora da reforma da previdência, sendo essa a notícia que havia se proliferado no subconsciente dos servidores municipais e estaduais. Dessa forma, para esses servidores, em nada a reforma repercutiria nos Estados e nos Municípios.

Contudo, essa afirmação era falsa. A PEC 06/2019 trazia diversas alterações constitucionais, principalmente no artigo 40 da Carta Magna, que trata dos Regimes Próprios de Previdência Social, o que impactou imediatamente nesses regimes.

Muitas mudanças impactavam apenas para servidores públicos; outras impactavam apenas nos Regimes Próprios e nos entes da federação; e outras impactavam em ambos. Neste capítulo serão tratadas as principais e mais polêmicas

alterações que causaram impacto diretamente nos Regimes Próprios de Previdência Social e nos entes da federação, mais especificamente nos Municípios, mesmo que causaram impactos também para os servidores.

3.1. Aposentadoria por incapacidade permanente e readaptação do servidor público

O artigo 40, inciso I, da Constituição Federal, trata da aposentadoria por incapacidade permanente, anteriormente chamada de aposentadoria por invalidez, termo esse abolido pela EC 103/2019.

A principal alteração nesse dispositivo se dá com relação ao fato de que o servidor público de cargo efetivo, de qualquer um dos entes da federação, somente se aposentará por incapacidade permanente para o trabalho se for insuscetível de readaptação, ou seja, se não puder trabalhar em qualquer outro lugar da Administração Pública.

Tal alteração é extremamente boa para o Regime Próprio de Previdência Social, pois esse economizará recursos não pagando o benefício de aposentadoria para um servidor que, mesmo estando inapto para realizar sua função de origem, teria condições de trabalhar em outra.

Para o servidor, tal situação parece justa, até porque o mesmo deve ser readaptado em novos cargos, de acordo com suas habilidades, sem prejuízo de seus vencimentos.

Mas e para os entes públicos, principalmente para os Municípios, aqueles de menor capacidade financeira, essa questão seria benéfica? Tal pergunta comporta uma única resposta, que no direito acaba sendo um chavão: depende.

Imagine uma situação em que um servidor público municipal, lotado no cargo efetivo de motorista, o qual, na maioria das vezes, requer apenas instrução de nível fundamental, não possa mais trabalhar conduzindo os veículos da municipalidade por um problema de coluna ou em um de seus joelhos. Certamente esse servidor, de acordo com a nova regra, será readaptado, nem que seja para atender telefonemas. Certamente o Município será prejudicado com essa situação, pois terá que efetivar outro motorista, e muitas vezes o cargo de telefonista, resguardada sua devida importância, é o único ao qual o servidor se encaixe, e talvez não haja necessidade de um servidor deste naquele momento.

Fica claro que a norma, nesse sentido, buscou resguardar os recursos dos Regimes Próprios, zelando por sua saúde financeira, o que muitas vezes é

prejudicado até mesmo por fraudes relacionadas a eventos de incapacidade. Contudo, os entes da federação, em certo ponto, acabaram prejudicados.

3.2. Limitação do rol de benefícios dos Regimes Próprios de Previdência Social

O artigo 9º, parágrafo 2º, da Emenda Constitucional nº 103/2019, dispôs que o rol de benefícios dos Regimes Próprios de Previdência Social fica limitado apenas às aposentadorias e pensões por morte.

Dessa forma, benefícios como os afastamentos por incapacidade temporária para o trabalho (auxílio doença) e os salários maternidade, a partir da publicação da EC 103/2019, devem ser pagos diretamente pelo ente da federação, e não mais a conta dos Regimes Próprios de Previdência Social.

Tal limitação trouxe um enorme benefício aos Regimes Próprios, pois, a partir de então, suas despesas ficarão limitadas apenas aos benefícios com aposentadoria e pensão, e não mais com os auxílios doença, salários maternidade, auxílio reclusão, entre outros.

Contudo, para os entes da federação, principalmente para os Municípios, a norma foi um tanto quanto atroz. A maioria dos Municípios brasileiros passa por enorme dificuldade financeira. A divisão dos recursos entre União, Estados e Municípios é desproporcional, tanto que muito se fala de novo pacto federativo.

Dessa forma, os Municípios, a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional, terão que arcar com as despesas dos servidores afastados do trabalho, por motivos que antes eram assumidos pela Previdência.

É certo que muitos Regimes Próprios passam por dificuldades financeiras, muitas vezes ocasionadas pelas fraudes dos afastamentos por doença, contudo, essa maneira de desonerar tais regimes dessas despesas, prejudica em muito os entes da federação.

O Regime Geral de Previdência Social continuará a arcar com todas essas despesas, ou seja, aqueles entes da federação, geralmente os Municípios, que vinculam seus servidores ao RGPS, não terão que arcar com tais benefícios. Dessa forma, a limitação alcança apenas os Regimes Próprios de Previdência Social.

Tal discrepância nos dá a entender que a reforma da previdência abre todas as portas para a extinção dos Regimes Próprios, pois os Municípios, no caso, se sentiram desestimulados a continuar com seus Regimes Próprios.

Aliás, o artigo 34, parágrafo único, da EC 103/2019, dispõe que nem mesmo a existência de superávit atuarial é objeção para a extinção do Regime Próprio, ficando ainda, de acordo com o parágrafo 22, inserido no artigo 40 da Carta Magna, vedado a criação de novos Regimes Próprios, ou seja, o ente que extinguir seu RPPS, não poderá criá-lo novamente.

O que se vê, neste caso, é evidentemente um estímulo velado aos entes da federação a extinguirem seus Regimes Próprios e migrarem para o Regime Geral, o que geraria economia de recursos.

3.3. Fixação da idade mínima para a aposentadoria e a instituição das novas alíquotas de contribuição

A fixação da idade mínima para a aposentadoria e a instituição das novas alíquotas de contribuição, tanto para os servidores quanto para o próprio ente federativo, foi a maior das dificuldades, e a que causou maior impacto nos Municípios, e até mesmo nos Estados.

Como já visto, a EC 103/2019, nos caso dos Regimes Próprios, estabeleceu regras apenas para os servidores da União, deixando a cargo dos Municípios e Estados a incumbência de criar as suas, desde que observados os rigores da Constituição Federal, principalmente as do artigo 40.

Nesse sentido, o artigo 40, inciso III, da Carta Magna, após a alteração realizada pela EC 103/2019, dispõe basicamente que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios – diferentemente da União, que fixou a idade mínima para aposentadoria dos seus servidores em 62 anos, se mulher, e 65 anos, se homem – devem estabelecer em suas Constituições e Leis Orgânicas, a idade mínima para aposentadoria de seus servidores.

Ademais, o texto constitucional trouxe a partir da reforma da previdência, que até que lei que altere a alíquota de contribuição previdenciária que tratam dispositivos da Lei 10.887/2004 (dispõe sobre o custeio e cálculo de proventos previdenciários), a alíquota de contribuição dos servidores será de 14%, podendo aplicar-se alíquotas progressivas (reduzindo ou majorando) de acordo com parâmetros definidos na própria EC 103/2019, que vão de 7,5% a 22%, dependendo da faixa salarial do servidor.

Até então, nada parece muito polêmico, porém, devemos destacar que, conforme dispõe o caput do artigo 40 da Constituição Federal, todos esses critérios devem observar o equilíbrio financeiro e atuarial da entidade previdenciária, ou seja,

tais critérios serão estabelecidos pelas avaliações atuariais dos Regimes Próprios de Previdência Social de cada ente federativo, realizadas anualmente.

Avaliação Atuarial é o estudo técnico baseado nas características biométricas, demográficas e econômicas da população analisada, com o objetivo principal de estabelecer, de forma suficiente e adequada, os recursos necessários para a garantia dos pagamentos dos benefícios previstos pelo plano (LIMA; GUIMARÃES, 2009).

É aí que começam a aparecer polêmicas que causaram muitos impactos, principalmente aos Municípios.

A maioria dos Regimes Próprios de Previdência Social possui como resultado atuarial um déficit, e dessa forma, na maioria dos casos, a avaliação atuarial indicou que o Município deverá estabelecer como idade mínima para aposentadoria a mesma seguida pelo RPPS da União, aplicando a seus servidores a alíquota linear de 14%.

Tal situação causou muitas dúvidas e gerou diversas polêmicas nos Municípios. Tanto que a partir da promulgação da EC 103/2019, choveram questionamentos dos Municípios que possuem RPPS, aos Tribunais de Contas de diversos Estados, a fim de receberem orientações sobre essa questão.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no dia 12 de dezembro de 2019, promoveu um seminário no Município de São Paulo, para seus jurisdicionados, com o intuito de discutir e esclarecer pontos duvidosos, sobre a EC 103/2019. O seminário, inclusive, pode ser assistido no canal de vídeos do Tribunal de Contas na rede mundial de computadores.

O que se viu neste encontro foi, além da imensidão de dúvidas, uma imensa dificuldade dos Municípios em fixarem em suas leis orgânicas as idades mínimas para aposentadoria, que muitas vezes eleva em sete anos a idade para as mulheres, e em cinco para os homens, além de aprovarem leis complementares majorando de 11% para 14% a contribuição dos servidores para o custeio do Regime Próprio.

Nesse período, em 04 de dezembro de 2019, a Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, do Ministério da Economia, expediu a Portaria nº 1.348/2019, dando um prazo de até 31 de julho de 2020, que depois foi prorrogado pela Portaria nº 18.084/2020, para 30 de setembro de 2020, para que Estados, Distrito Federal e Municípios implantassem todas as normas, se adequando à EC 103/2019.

Dessa forma, caso não houver essa readequação, o ente federativo, a partir de 01 de outubro de 2020, não obterá o Certificado de Regularidade Previdenciária (CRP), item essencial para o recebimento de transferências voluntárias da União.

O fato é que, do dia 12 de novembro de 2019, data da promulgação da EC 103, até a presente data, alguns Municípios ainda não conseguiram alterar suas legislações, e aqueles que alteram, em sua maioria, enfrentaram delicadas situações. A avença eleitoral se tornou um entrave para a solução da questão. Nos Municípios o embate político é vivido intensamente, e o que se viu foram estes enviando os projetos das legislações para os Poderes Legislativos, e um verdadeiro circo eleitoral travando questão.

A oposição, se aproveitando da situação, diz aos servidores que o Chefe do Poder Executivo quer aumentar a contribuição deles, prejudicando-os; sem se quer se preocupar com o fato do Município não conseguir a emissão do CRP, ficando inapto ao recebimento de transferências voluntárias da União.

Ademais, outro problema causado pela reforma da previdência é que a EC 103/2019 dispõe que a alíquota de contribuição dos entes federativos não poderá ser menor do que a de alíquota de contribuição do servidor. Dessa forma, como o exercício de 2020 é ano eleitoral, aquele ente que for obrigado a elevar sua alíquota de contribuição ao RPPS, deverá resolver essa situação até meados de 2020, pois a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/00), em seu art. 21, parágrafo único, proíbe o aumento da despesa de pessoal nos 180 dias anteriores do mandato, e como as contribuições previdenciárias são consideradas despesa com pessoal, tal situação, se ocorrido após 180 dias anteriores ao final do mandato, trará implicações ao titular do Poder ou órgão.

Vale lembrar, ainda, que as contribuições previdenciárias respeitam ao princípio da anterioridade nonagesimal, ou seja, para que se comece a cobrar o percentual definido em lei, deve-se aguardar o prazo de 90 dias após a publicação desta. Dessa forma, para que o ente público possa majorar sua contribuição ao RPPS, e não ferir a LC 101/00, por se tratar de ano eleitoral, essa lei deveria ser aprovada, no máximo, até o final de março de 2020, para que o gestor público não tenha problemas relacionados ao último ano de mandato.

Alguns Regimes Próprios, por possuir um pequeno déficit atuarial, e uma condição financeira favorável, podem ter sua avaliação atuarial favorável na questão da definição da idade mínima para aposentadoria e para a definição da alíquota de contribuição do servidor.

Podemos citar como exemplo o Município de Valentim Gentil, interior do Estado de São Paulo. Em pesquisa realizada *in loco* verificou-se que o Município possui RPPS, o Fundo de Previdência Municipal de Valentim Gentil, e na derradeira avaliação atuarial que definiu os critérios para adequação à reforma da previdência, foi estabelecido que, para se adequar às regras implantadas pela EC 103/2019, o Município deveria estabelecer a alíquota de contribuição dos servidores, majorando-a, de 11% para 14%, contudo, poderia manter a idade mínima para aposentadoria de seus servidores, fixando em sua Lei Orgânica a idade de 55 anos para as mulheres e 60 anos para os homens. Nesse caso, o Município não precisaria majorar a sua alíquota de contribuição, já que a atual já era de 16,53%, maior que seria a do servidor.

Mesmo assim, o fato de ter que majorar a alíquota de contribuição do servidor de 11% para 14%, certamente causaria um desconforto administrativo, levando em consideração o entrave político entre situação e oposição, pouco importando para a classe política o prejuízo para o Município se ficasse sem o Certificado de Regularidade Previdenciária, sendo impedido de receber transferências voluntárias.

Dessa forma, visto o que já vinha ocorrendo na região, onde diversos Municípios já haviam tentado levar ao Legislativo suas alterações previdenciárias, e não obtiveram sucesso, os Conselhos de Administração e Fiscal do RPPS de Valentim Gentil, resolveram visitar setor por setor da Administração, explicando para os servidores municipais as alterações causadas pela reforma da previdência e os motivos pelos quais o Município teria que alterar a legislação, o que de certa forma lhes causaria um prejuízo, contudo não haveria outra forma de resolver a situação.

Foi proposta ainda aos servidores que, em data específica, fosse realizada uma eleição, onde eles poderiam optar por continuar filiados ao Regime Próprio, contribuindo com 14% de sua remuneração, contudo mantendo-se as idades mínimas para aposentadoria da forma como estavam; ou, como segunda opção, seria extinto o RPPS e todos os servidores seriam filiados ao Regime Geral, contribuindo de acordo com a faixa salarial, pelas alíquotas progressivas, o que seria favorável a eles, contudo teriam que se sujeitar às idades mínimas fixadas pelo RGPS, que aumentaria a idade em sete anos para as mulheres e cinco anos para os homens.

Nesse sentindo, o que se viu foi que todos os servidores entenderam a necessidade de alterar a legislação, e tiveram a oportunidade de dar sua opinião sobre uma alteração que afetaria principalmente a eles. A eleição foi realizada em 09 de fevereiro de 2020, e os servidores escolheram continuar filiados ao RPPS,

contribuindo pela alíquota de 14%, mantendo a atual regra de idade mínima para as aposentadorias.

Em 27 de fevereiro de 2020, o Município de Valentim Gentil, enviou ao Poder Legislativo, Projeto de Emenda à Lei Orgânica fixando as idades mínimas para as aposentadorias, e o projeto de Lei Complementar adequando a previdência nos moldes da EC 103/2019, conforme escolhido pelos servidores. Em 01 de abril de 2020, após os projetos tramitarem sem polêmicas pelo Poder Legislativo, a Emenda à Lei Orgânica e a Lei Complementar que alterou o Regime de Previdência do Município foram promulgadas.

De toda forma, o que se viu com a reforma da previdência é que foram causados vários impactos para os entes da federação, principalmente aos Municípios. Alguns irão lograr êxito de maneira mais tranquila, outros terão uma imensa dificuldade, causando prejuízos políticos para o mandatário, e outros nem mesmo conseguirão adequar sua legislação, o que causará prejuízos irreparáveis.

Por tudo isso é que, durante a tramitação da PEC 6/2019, que resultou da EC 103/2019, a Confederação Nacional dos Municípios (CNM), representando os Prefeitos Municipais de todo Brasil, realizou entre os dias 9 e 11 de julho de 2019, um movimento, junto ao Congresso Nacional, para que os Municípios fossem incluídos na reforma da previdência.

Com a inclusão dos Municípios, e também dos Estados, na reforma da previdência, todos esses conflitos seriam evitados, e todos os servidores públicos, de todos os entes federativos, se sujeitariam às regras definidas no texto constitucional.

Mesmo com o movimento e todo o engajamento da CNM, a Emenda Constitucional 103/2019 foi promulgada, deixando de fora Estados e Municípios.

Contudo, o movimento trouxe uma esperança para aqueles Municípios que ainda não conseguiram avançar na adequação de seus Regimes Próprios à reforma da previdência. Tramita no Congresso outra Proposta de Emenda Constitucional, a PEC 133/2019, chamada PEC Paralela, que resolveria a situação de vez.

A PEC 133/2019, inclui o artigo 40-A à Constituição da República, prevendo que Estados, Distrito Federal e Municípios, poderão adotar, para seus Regimes Próprios de Previdência Social, as normas aplicáveis ao Regime Próprio Social da União.

Dentre os dispositivos da PEC Paralela, inclui-se o parágrafo 5º do artigo 40-A, onde o Estado que adotar a legislação federal para seu RPPS vinculará os Regimes

Próprios dos Municípios, automaticamente, enquanto não sobrevier lei municipal que trate da questão.

Sendo assim, os Municípios que ainda não conseguiram adequar seus Regimes Próprios de Previdência Social à reforma da previdência aguardam ansiosos a tramitação da PEC 133/2019.

O certo é que, aquele Município que não estiver com sua legislação que adeque o Regime Próprio de Previdência Social à reforma da previdência, vigorando até 30 de setembro de 2020, não conseguirá o Certificado de Regularidade Previdenciária (CRP), o que causará diversos transtornos, o maior deles o impedimento de receber transferências voluntárias da União.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho foi demonstrado como as alterações legislativas provocadas pela Emenda Constitucional nº 103/2019, a chamada Reforma da Previdência, causaram impactos aos Municípios brasileiros e seus Regimes Próprios de Previdência Social.

Diferentemente da maioria dos trabalhos publicados, que têm como foco os impactos provocados aos filiados do sistema previdenciário, este tem como foco a visão administrativa dos impactos causados aos entes federativos de menor poder econômico, os Municípios, e seus Regimes Próprios de Previdência Social.

Foi cumprido o objetivo proposto, que foi demonstrar os efeitos colaterais causados aos Municípios brasileiros e seus sistemas de Regime Próprio de Previdência Social, uma vez que restou evidente que a Reforma Previdenciária veio justamente para tentar resolver o problema da autossuficiência do sistema previdenciário brasileiro.

Trabalhando profissionalmente na área, tive a oportunidade de acompanhar profundamente todas as providências as quais os Municípios foram obrigados a adotar, e como foi árdua a tarefa de conscientizar os servidores públicos acerca das alterações introduzidas pela nova legislação, principalmente pelo fato destes serem efetivamente afetados.

A importância da realização deste estudo foi de demonstrar que não foram somente os trabalhadores os afetados pelas alterações provocadas pela Emenda Constitucional nº 103/2019, mas também os entes da federação, permitindo-nos compreender melhor a Reforma da Previdência pela perspectiva da Administração Pública, e não somente sob a ótica dos filiados ao Regime Próprio.

Ademais, foi demonstrado também que, como o principal objetivo da Reforma da Previdência era ajustar equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes previdenciários, as alterações foram pouco, ou quase nada, debatidas com as entidades governamentais e com os trabalhadores assistidos pela previdência.

Era de essencial importância a oitiva dos entes federativos, principalmente os Municípios, que a partir da publicação da Emenda Constitucional tiveram suas despesas aumentadas pela limitação do rol dos benefícios pagos pelo RPPS, como, também, a opinião da classe trabalhadora, pois, não podemos nos esquecer que o principal objetivo da previdência é assistir as pessoas em momentos de maior dificuldade, tendo suas prestações natureza de direitos humanos, fundamentais e sociais.

Portanto, embora fosse necessária a elaboração de normas que ajustassem o sistema previdenciário, o discurso que norteou a elaboração dessas normas que resultaram da Reforma da Previdência, se limitou à necessidade de ajustes que garantissem o equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes previdenciários, não sendo considerada, em nenhum aspecto, a razão da existência da seguridade social, que é garantir a dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, como a matéria apresentada neste trabalho é nova seria de extrema importância que novos estudos fossem elaborados após a efetiva implantação das alterações legislativas, para analisarmos se tais alterações realmente surtiram efeitos.

5. REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Análise Técnica da Proposta de Emenda à Constituição nº 6/2019**. Brasília, DF, 15 de mar. 2019. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/05/Analise-Tecnica-PEC-6-Nova-Previdencia-AMB.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 mar. 2020.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 6/2019, Exposição de Motivos nº 29, de 20 de fevereiro de 2019**. Dispõe sobre a Reforma de Previdência. Altera os artigos 22, 37, 38, 39, 40, 42, 109, 149, 167, 194, 195, 201, 203 e 239 da Constituição Federal e cria os artigos 201-A e 251 na Constituição e os §§ 6º, 7º e 8º

no artigo 8º e 4º no artigo 10 e o artigo 115 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF, 20 de dez. 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1A06E0BFE02D5F025602A9A65EBB5306.proposicoesWebExterno2?codteor=1712459&filename=PEC+6/2019. Acesso em: 28 mar. 2020.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 133/2019**. Permite que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotem em seus regimes próprios de previdência social as mesmas regras aplicáveis ao regime próprio da União; modifica renúncias previdenciárias; prevê benefício da Seguridade Social à criança vivendo em situação de pobreza. Disponível em: https://camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1839280&filename=PEC+133/2019. Acesso em: 28 mar. 2020.

BRASIL. **Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda Constitucional nº 6/2019**. Brasília, DF, 13 de jun. 2019. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/sites/default/files/atoms/files/versao_final_-_parecer_reforma_da_previdencia.pdf. Acesso em: 28 mar. 2020.

DIESE, Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos. **Nota Técnica nº 202, As mulheres, outra vez, na mira da Reforma da Previdência**. São Paulo, SP, 11 mar. 2019. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2019/notaTec202MulherPrevidencia.html>. Acesso em: 04 abr. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF, 12 de novembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. **Portaria nº 1.348, de 3 de dezembro de 2019**. Dispõe sobre parâmetros e prazos para atendimento das disposições do artigo 9º da Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, para Estados, Distrito Federal e Municípios comprovarem a adequação de seus Regimes Próprios de Previdência Social - RPPS. Brasília, DF, 3 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.348-de-3-de-dezembro-de-2019-231269862>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF, 4 de maio de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.

LIMA, Diana Vaz; GUIMARÃES, Otoni Gonçalves. **Estudos, Contabilidade Aplicada aos Regimes Próprios de Previdência Social.** Ministério da Previdência Social. 1. ed. Brasília, DF, 2009. Disponível em: http://sa.previdencia.gov.br/site/arquivos/office/3_100204-101907-696.pdf. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. **Portaria nº 18.084, de 29 de julho de 2020.** Altera o prazo para comprovação à Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do cumprimento de parâmetros gerais relativos aos Regimes Próprios de Previdência Social dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF, 29 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-18.084-de-29-de-julho-de-2020-269399402>. Acesso em: 30 jul. 2020.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Reforma Previdenciária.** 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

TAFNER, Paulo; BOTELHO, Carolina; ERBISTI, Rafael. **Reforma da Previdência A Visita da Velha Senhora.** 1. ed. Brasília: Editora Gestão Pública, 2015.

O INSTITUTO JURÍDICO DA GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

RENATA MARTINS COELHO:

Bacharela em Direito.

RESUMO: Objetiva-se, por intermédio do presente artigo científico, tratar sobre a aplicação do instituto jurídico da guarda compartilhada como mecanismo de atenuação da denominada “alienação parental” e se a aplicação do referido instituto atende aos fins colimados pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Nesse contexto, destaca-se que a alienação parental se trata de uma série de condutas praticadas pelo alienador, no sentido de programar a criança para que tenha sentimentos de ódio, desprezo e rancor pelo genitor não guardião, sem qualquer justificativa plausível. Nesse esteio, busca-se apresentar o instituto da guarda compartilhada como instrumento hábil para impedir a alienação parental, uma vez que o mencionado instituto possibilita que o menor conviva com ambos os pais e que esses, por sua vez, possam tomar decisões conjuntas em prol dos filhos e possam cooperar para que se estabeleça um arranjo familiar sólido, bem como se tal instituto, aplicado em diferentes situações familiares, encontra-se em consonância com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. No que se refere à metodologia adotada, enfatiza-se a utilização de elementos bibliográficos, jurisprudenciais e doutrinários, haja vista que se trata de um tema puramente teórico.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Alienação parental. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Direito de família.

ABSTRACT: The purpose of this scientific article is to deal with the application of the shared custody legal institute as a mitigation mechanism for the so-called “parental alienation” and whether the application of the referred institute serves the purposes collimated by the principle of the best interest of the child and of the teenager. In this context, it is emphasized that parental alienation is a series of conducts practiced by the alienator, in the sense of programming the child to have feelings of hatred, contempt and resentment towards the non-guardian parent, without any plausible justification. In this support, we seek to present the shared custody institute as a skillful instrument to prevent parental alienation, since the aforementioned institute allows the minor to live with both parents and that these, in turn, can make joint decisions in favor of the children and can cooperate in order to establish a solid family arrangement, as well as whether such an institute, applied in different family situations, is in line with the principle of the best interest of the child and adolescent. With regard to the methodology adopted, the use of bibliographic, jurisprudential and doctrinal elements is emphasized, given that it is a purely theoretical theme.

Keywords: Shared custody. Parental alienation. Principle of the best interest of children and adolescents. Family right.

1 INTRODUÇÃO

Por intermédio do presente artigo científico, busca-se tratar acerca da aplicação do instituto jurídico da guarda compartilhada como instrumento de atenuação/ da denominada “alienação parental”, e se tal aplicação, de maneira geral, encontra-se em consonância com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Para alcançar tal intento, busca-se apresentar o instituto da guarda compartilhada no direito pátrio hodierno, trazendo uma análise conceitual, e os elementos que permeiam tal questão. Ademais, busca-se apresentar as consequências de aplicação da guarda compartilhada em detrimento da guarda unilateral (quando apenas um dos genitores do menor possui a guarda do mesmo).

Nesse mesmo contexto, salienta-se acerca da denominada “alienação parental” e a síndrome da alienação parental (SAP). Desta feita, apresenta-se conceitos, elementos, consequências, sujeitos ativos e passivos atinentes à tal conduta. Ademais, busca-se salientar acerca da alienação parental sob os moldes da Lei nº 12.318/ 10, apresentando critérios objetivos, diretrizes e orientações preponderantes.

Posteriormente, trata-se sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, apresentando uma análise conceitual e os demais elementos que permeiam o referido princípio.

No título principal, busca-se tratar acerca da aplicação da guarda compartilhada como mecanismo de atenuação da alienação parental e se tal instituto, aplicado de maneira geral, desconsiderando a situação familiar vivenciada (harmoniosa ou desarmoniosa), atende aos fins colimados pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Apresenta-se, sobretudo, visões doutrinárias e jurisprudenciais (majoritárias e minoritárias) que abrangem tal celeuma.

2 DA GUARDA COMPARTILHADA: CONCEITO E ELEMENTOS BASILARES

É sabido que a guarda, de forma geral, refere-se a um dos deveres essenciais provenientes do poder familiar, sendo justificada pela importância de se manter uma convivência harmônica entre pais e filhos menores, em prol da formação da personalidade dos últimos:

A guarda é um dos deveres inerentes ao poder familiar e se justifica pela necessidade de convivência dos pais com os filhos menores a fim de lhes fomentar a constituição de sua personalidade. Por decorrência natural disso, a guarda há de ser entendida como direito de ambos os pais, sendo para tanto indiferente o fato de manterem, ou não, entre si relação familiar. A guarda corresponde à possibilidade de ter em sua companhia o filho menor e enquanto um direito derivado, estritamente do elo filial, seu reconhecimento dispensa qualquer análise do estado familiar do pai em relação à mãe, e vice-versa, ou de qualquer deles com terceiro (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 465).

No âmbito da guarda compartilhada, observa-se que ambos os pais irão gerir a vida do filho. Em outras palavras, compreende-se que ambos os pais irão atuar de maneira igualitária, decidindo, de forma conjunta, tudo aquilo que se mostrar relevante para a vida da criança ou do adolescente (SILVA, 2011). Nesse contexto, tem-se as ponderações de Lôbo, acerca do instituto da guarda compartilhada:

A guarda compartilhada é exercida em conjunto pelos pais separados, de modo a assegurar aos filhos a convivência e o acesso livre a ambos. Em superação ao modelo unilateral que, até 13 de junho de 2008, era exclusivo no sistema jurídico brasileiro, a guarda compartilhada não reduz a contribuição de qualquer dos pais a visitas circunstanciais e à função de mero supervisor da criação do filho. O mérito desse modelo de guarda é exatamente chamar ambos os pais ao contato com os menores e à respectiva interferência e colaboração na tomada constante de decisões atinentes à formação dos mesmos. Permite-se insistir que, em atenção ao poder familiar, nenhum dos pais pode ser juridicamente reduzido à figura de alguém que aparece de vez em quando, presenteia e leva para passear, ou de um simples crítico que apoia ou condena o que vem promovendo o outro progenitor. O cumprimento satisfatório da responsabilidade parental requer que a mãe e o pai realizem, em somatório, a promoção do crescimento pessoal do filho que têm em comum (LÔBO *apud* ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 467).

Nesse esteio, pode-se compreender que a guarda compartilhada constitui-se como um mecanismo de exercício de direitos e obrigações para com os filhos, um

somatório de forças, em prol dos interesses de pessoas vulneráveis (FILHO, 2013). Ademais, salienta-se que a guarda compartilhada objetiva amenizar os impactos e lembranças negativas da vida da criança/ adolescente, em detrimento da ruptura conjugal dos pais:

Não mais se discute sobre as perdas que a separação impõe ao menor. Eles perdem a família que sempre conheceram e, fatalmente, um dos pais. Com a guarda compartilhada, busca-se atenuar o impacto negativo que a ruptura conjugal tem sobre o relacionamento entre os pais e o filho, enquanto mantém os dois pais envolvidos na sua criação, validando-lhes o papel parental permanente, ininterrupto e conjunto (FILHO, 2013, p. 140).

Em caráter complementar ao exposto, preleciona Silva:

A convivência, na guarda compartilhada, baseia-se na necessidade de preservação dos vínculos da criança com ambos os pais, e estes devem acompanhar ativamente os acontecimentos do filho. Com base nisso se estabelece a intimidade entre o pai e o filho para que se crie um ambiente psicologicamente saudável. A criança, por sua vez, com essa convivência, formará sua própria opinião a respeito do pai, de forma autêntica, e não influenciada pelos comentários e sentimentos da mãe. (SILVA, 2011, p. 09).

Entende-se, dessa forma, que a guarda compartilhada tem como prioridade a manutenção dos vínculos afetivos entre pais e filhos, mesmo após a ruptura conjugal, daquele vínculo que unia o arranjo familiar original. Ademais, deve-se manter os deveres e obrigações de maneira conjunta, priorizando-se o bem-estar e o melhor interesse dos filhos.

2.1 Análise da guarda compartilhada no Direito Pátrio hodierno

Consoante o Código Civil de 1916, prevalecia, no Direito Pátrio, o elemento “culpa” em casos de separação judicial. Desta feita, geralmente, passava-se a guarda do menor ao cônjuge que era considerado, perante à justiça, como “inocente” no processo de separação:

Fundada a separação judicial no caput do art. 5º, da Lei 515/77, **os filhos menores devem ficar sob a guarda do cônjuge inocente, a não ser quando daquela possa resultar**

prejuízo de ordem moral para os menores; no desquite litigioso, ao cônjuge inocente cabe o direito de ter consigo os filhos (RF 198/185); 'desde que o desquite se impõe por culpa da esposa, cabe ao pai inocente a guarda da filha do casal' (RT 301/284); Com relação à guarda das filhas, o art. 10 da Lei do Divórcio recomenda que fiquem com a mãe, por ser mãe e considerada inocente. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AC 2.315-1/SP. **Diário de Justiça- DJ**, 27 jun, 1980, grifo nosso).

Ademais, previa o Código Civil de 1916, segundo dispunha o artigo 231, inciso IV, que se fosse comprovada a culpa de ambos os cônjuges na ruptura da relação familiar/afetiva, a guarda dos filhos menores seria destinada aquele que mostrasse maiores possibilidades de se prover o sustento, cuidados e educação (BRASIL, 1916).

Contudo, após o advento da Magna Carta de 1988, sobreveio o direito fundamental à igualdade, abrangendo homens e mulheres e, sobretudo, destacando a necessidade de uma atuação conjunta dos pais em prol dos filhos. Além disso, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) também procurou tipificar e solidificar a igualdade conjugal e as responsabilidades dos pais no âmbito familiar:

A Constituição Federal de 1988 assegurou direitos iguais entre homens e mulheres. Abandonou qualquer tipo de discriminação existente entre ambos. Não vige mais o termo colaboração como existia no código Civil de 1916, prevalecendo uma atuação conjunta e igualitária, confirmando a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres diante do casamento e dos filhos, como já mencionado no art. 226, § 5º. Em harmonia com a Constituição da República está o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, que contemplou a igualdade conjugal e a corresponsabilidade parental, obedecendo aos preceitos constitucionais, quanto à preocupação do melhor interesse da criança (MOREIRA, 2010).

Na seara do atual Código Civil, também pôde-se observar relevantes modificações acerca da guarda dos filhos menores, em virtude da separação dos pais. Nesse esteio, entende-se que o Código Civil de 2002 abandonou o critério da culpa e da prevalência materna, fazendo-se preponderar o critério de atribuição da guarda

para o (a) genitor (a) que apresentar melhores condições para exercer tal prerrogativa na vida dos filhos:

Disciplinando a guarda dos filhos menores ou maiores incapazes na separação ou no divórcio dos pais, **o Código Civil de 2002 abandonou o critério da culpa e da prevalência materna para determinar que ela será, em qualquer caso, 'atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la'**, na dicção do art. 1.584, priorizando os superiores interesses dos menores. Interesses esses que prevalecerão, sempre, sobre os dos adultos. (FILHO, 2013, p.169, grifo nosso).

Em razão das modificações apresentadas no âmbito civilista/ familiar nacional, vislumbrou-se, posteriormente, a possibilidade de implementação de uma modalidade de guarda que abrangesse, de forma igualitária, ambos os pais. Em outras palavras, buscou-se a criação de um instituto que estivesse em consonância com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Desta feita, entrou em vigor a Lei nº 11.698/ 2008, instrumento legal que subsidia o instituto da guarda compartilhada, que prevê um somatório de forças, uma atuação conjunta de ambos os pais na criação da prole, mesmo que não se tenha mais uma relação conjugal:

Face ao intenso clamor da doutrina e dos próprios aplicadores do Direito, em 15 de agosto de 2008, entrou em vigor a Lei nº 11.698/2008, que estabelece a guarda compartilhada aos pais que estiverem em processo de separação, onde ambos dividem responsabilidades e despesas quanto à criação e educação dos filhos. A aludida lei permite que ambos os genitores exerçam a igualdade parental na mesma intensidade nas decisões importantes da vida dos filhos (MOREIRA, 2010).

É importante destacar que, até a sanção da Lei nº 11.698/2008, inexistia, no Direito Pátrio, qualquer norma ou regra jurídica que dispusesse acerca da guarda compartilhada, em que pese o direito à igualdade, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e tantos outros elementos normativos ligados aos interesses dos menores que já vigoravam.

2.2 Fundamentação e consequências de aplicação da guarda compartilhada em detrimento da guarda unilateral

Compreende-se, nesse contexto, que a modalidade de guarda unilateral ocorre quando um dos genitores da criança ou adolescente, em razão do rompimento de uma relação conjugal antes existente, obtém a responsabilidade

praticamente exclusiva para decidir sobre aspectos importantes da vida do menor. Desta feita, o genitor que não detém a guarda da criança/ adolescente, terá apenas a possibilidade de fiscalizar tais atribuições (GONÇALVES, 2017).

Por outro lado, no âmbito da guarda compartilhada, observa-se uma paridade entre os pais da criança/ adolescente, ou seja, um compartilhamento de deveres e atribuições para com os filhos, culminando em um certo equilíbrio dentro do arranjo familiar (GONÇALVES, 2017).

A questão da definição da modalidade de guarda, em geral, implica em diversos problemas psicoemocionais, em razão de a criança/ adolescente ter que aprender a viver em um ambiente familiar alterado. Ademais o menor, em decorrência do conflito da separação, muitas vezes se torna um objeto de disputa, acarretando em graves sequelas emocionais (FILHO, 2013).

Em decorrência de todos os elementos supracitados, Filho (2013) discorre acerca da necessidade de participação de outros profissionais das demais áreas do conhecimento humano, em face das consequências advindas da ruptura conjugal, ou seja, consequências que excedem o âmbito jurídico:

Nos processos de família lidamos com pessoas e a singularidade de cada um de seus membros não pode ser ignorada. Faz-se, assim, necessário um conhecimento sobre o funcionamento mental e a dinâmica interpessoal dos indivíduos em suas relações sociais e familiares.

Nessa perspectiva, o direito não pode prescindir do conjunto de conhecimentos oferecidos por outras ciências, para bem dispor sobre um equilibrado relacionamento quer entre os ex-cônjuges, quer entre estes e seus filhos. E esses conhecimentos são particularmente relevantes quando se considera a escalada das desuniões e todas as questões relativas à reorganização familiar, dentre elas a guarda de filhos. (FILHO, 2013, p. 195).

No contexto avençado também se tem o artigo 151 do Estatuto da Criança e do Adolescente, onde aborda-se sobre a importância da participação e da intervenção de uma equipe interprofissional para lidar com as consequências provenientes da separação ou divórcio para a vida dos filhos menores:

Art. 151. Compete à equipe interprofissional dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou

verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico (BRASIL, 1990).

Ademais, compreende-se que o procedimento realizado por profissionais dos setores técnicos judiciais, de psicologia e serviço social ocorrerá em observância à legislação vigente e as peculiaridades apresentadas em cada caso:

Os profissionais dos setores técnicos judiciais, de psicologia e serviço social, nomeados pelo juiz, irão realizar seus procedimentos: entrevistas com pais e os filhos, observação das interações entre pais e filhos, o (a) psicólogo (a) perito (a) pode aplicar testes e outras dinâmicas como instrumentos complementares, o (a) perito (a) assistente social fará visitas às residências.

Poderão ser entrevistados outros familiares (avós, tios) de cada ramo, e ainda os professores e orientadores pedagógicos da escola onde os filhos estudam, para verificar a viabilidade de exercício da guarda compartilhada, sem prejuízo da rotina dos filhos. Ao final da avaliação, cada perito (a) emitirá seu laudo, que deverá ser escrito conforme a resolução 007/2003 do Conselho Federal de Psicologia (Manual de Elaboração de Documentos Escritos). Essa Resolução descreve em detalhes tudo o que precisa constar de quatro documentos: declaração, atestado psicológico, relatório ou laudo psicológico e parecer psicológico, e deixa claro que, ao produzir o documento, o psicólogo deve basear-se exclusivamente nos instrumentos técnicos, como testes, entrevistas, observações, escuta ou intervenções verbais. (SILVA, 2011, p.36)

Entende-se, desta feita, que, por intermédio de estudos e laudos elaborados pelos mencionados profissionais, o magistrado poderá obter elementos concretos para a definição da modalidade de guarda, atendendo ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Ademais, observa-se que a modalidade de guarda compartilhada, em comparação com a guarda unilateral, mostra-se capaz de atenuar as consequências advindas da ruptura do arranjo familiar original, haja vista que se pode manter o menor em uma convivência equilibrada com ambos os pais.

3 ALIENAÇÃO PARENTAL: Análise conceitual e fatores precípuos

Destaca-se, nesse contexto, que, mesmo que haja o término de uma relação conjugal, os pais e os filhos devem buscar a manutenção dos laços que os mantinham unidos priorizando uma convivência harmônica. Contudo, a partir da dissolução do arranjo familiar inicial, geralmente passa-se a existir uma relação de ódio e inimizade entre os genitores, acarretando em uma série de problemas para os filhos menores e, dentre eles, destaca-se a denominada “alienação parental” (DIAS, 2015). Nessa perspectiva, compreende-se que a “síndrome de alienação parental” (SAP) surgiu em 1985, por intermédio de análises do professor de psiquiatria clínica da Universidade de Columbia/ EUA, Richard Gardner, em razão de uma experiência vivenciada como perito judicial. Nesse esteio, destaca-se que a SAP se constitui como um distúrbio infantil, iniciado em um contexto de disputas judiciais pela guarda dos filhos menores:

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódias de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha demeritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável (GARDNER, 2002, p. 47).

No mesmo sentido, preleciona Madaleno:

A síndrome geralmente tem seu início a partir das disputas judiciais pela guarda dos filhos, uma vez que os processos de separação em geral tendem a despertar sentimentos de traição, rejeição, abandono e angústia- quando surge o medo de não ter mais valor para o outro.

Também é comum que, em pessoas que sofrem de certos distúrbios psíquicos, não sejam bem administrados os conflitos pessoais e o pânico interno gerado pela separação, fazendo com que excedam o âmbito pessoal e transformem-se em

conflitos interpessoais, em que a responsabilidade pelo que não é suportável em si próprio e projetado, de qualquer forma, no outro. Ainda, fruto do luto não elaborado acerca do fim dessa relação e as mudanças dela decorrentes somadas a um período de instabilidades emocionais, pode fazer com que os pais se utilizem de seus filhos como instrumentos da agressividade e desejo de vingança direcionado ao outro. Pode surgir também no momento em que o menor alcança uma idade que o capacita a ampliar o horário de visitas ou a pernoitar com o pai não guardião. (MADALENO, 2015, p. 42).

Dessa forma, compreende-se que a SAP se constitui como um ato realizado por um dos genitores do menor, em virtude de sentimentos de ódio e mágoa que surgiram após o rompimento da união conjugal. Ademais, destaca-se que tal síndrome consiste em uma reprogramação para que a criança/ adolescente tenha os mesmos sentimentos de ódio, raiva, desprezo para com o outro genitor, atuando como elemento de vingança nas mãos do alienador. Ao fim, uma vez instaurada tal situação, o próprio menor atuará sozinho, criando uma relação de dependência e submissão para com o alienador (DIAS, 2015). No mesmo contexto abordado, ainda complementa Buosi:

A origem da SAP ocorre exatamente no momento em que a mãe percebe o interesse do pai em preservar a convivência afetiva com a criança, e a usa de forma vingativa perante ressentimentos advindos da época do relacionamento ou da separação, programando o filho a odiar e rejeitar o pai sem nenhuma justificativa plausível... Assim, inicia-se um jogo de manipulações do alienador para alcançar seu principal objetivo: afastar o outro do convívio com o filho e manter essa relação quase exclusivamente com ele (BUOSI, 2012, p. 54/55).

Argumenta-se ainda, no contexto exposto, que o termo “alienação parental”, embora recente (datado de 1985), ocorre de maneira frequente em casos de separações, questões atinentes à guarda dos filhos, períodos de visita e pensão alimentícia:

Embora a denominação Síndrome de Alienação Parental seja recente (data de 1985), o fenômeno é frequente nas separações, no tocante às visitas, pensão alimentícia e guarda dos filhos. Está presente em ações judiciais em que um dos pais se utiliza de argumentos em processos para suspender e até impedir as

visitas, destituir o poder familiar, alegar inadimplemento de pensão alimentícia, chegando a acusações de abuso sexual ou agressão física, porém, nem sempre de cunho autêntico, e sim, como mero recurso para a destruição do vínculo parental. (SILVA, 2011, p. 45).

Ademais, consoante Silva (2011), a alienação parental e a síndrome de alienação parental podem operar-se não somente pelos genitores do menor, mas por demais parentes (em caráter exemplificativo, cita-se como um possível alienador uma tia da criança/adolescente, um amigo da família, avó, dentre outros) que almejam à destruição familiar:

A alienação parental opera-se ou pela mãe, ou pelo pai, ou no pior dos casos pelos dois pais. Essas manobras não se baseiam sobre o sexo masculino ou feminino, mas sobre a estrutura da personalidade de um lado, e sobre a natureza da interação antes da separação do casal, do outro lado.

[...] A SAP pode ser instaurada por um terceiro, interessado, por algum motivo, na destruição familiar: a avó, uma tia, um (a) amigo (a) da família que dá conselhos insensatos, um profissional antiético (psicólogo, advogado, assistente social, médico, delegado, conselheiro tutelar, etc.). No caso de o verdadeiro alienador ser um parente, existe alguma psicopatologia estrutural da pessoa, ou dos vínculos familiares, para que haja indução do genitor a implantar a SAP contra o outro genitor, usando a (s) criança (s) para isso (SILVA, 2011, p.55/57).

Nesse mesmo sentido apresentado, destacam-se as ponderações de Rand e Johnston acerca do perfil do genitor alienador:

Na lição de Rand e Johnston (Sousa, 2010), o perfil do genitor alienador não é único. Mesmo pais que nunca foram casados podem empreender atitudes que induzam os filhos à alienação parental, por se tornarem possessivos em relação a esses. Determinados genitores podem possuir traços psicológicos, constitutivos de sua personalidade, que ensejam a difamação do outro genitor perante os filhos quando eles próprios se sentem atingidos por injúrias. Ou, ainda, o fato de um dos genitores possuir um novo parceiro pode ser desencadeador

de esforços para se obter a guarda exclusiva, conduzindo os filhos à rejeição do outro genitor. A difamação do ex-parceiro pode servir, ainda, como uma forma de o genitor alienador negar problemas pessoais, como o uso de drogas, álcool, negligências com os filhos, entre outros. Em alguns casos, os estudos apontam que o genitor que assim se comporta necessita de poder, controle e dominação, o que consegue, por vezes, influenciando o infante e dificultando a convivência deste com o outro responsável (RAND; JOHNSTON *apud* WAQUIM, 2014, p.02)

Assim, tem-se que a alienação parental e a SAP se constituem como mecanismos utilizados pelo alienador, em detrimento da criança/ adolescente e do genitor não guardião. Ademais, nesse contexto, observa-se que o alienador busca denegrir, manchar a imagem e as boas lembranças que os filhos possuem do outro genitor, acarretando em sentimentos de mágoa, ódio, desprezo e rejeição para a vida do menor, obstaculizando uma convivência familiar harmoniosa e sadia.

3.1 Síndrome da Alienação Parental e alienação parental: principais distinções

Apesar de ambas as expressões se mostrarem semelhantes, se complementarem e coexistirem sob a mesma situação familiar conflituosa, a SAP diferencia da alienação parental através de fatores próprios. Acerca de tal diferenciação, preleciona Fonseca:

A síndrome da alienação parental não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome, por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminantemente e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores e que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arrear o outro genitor da vida do filho (FONSECA, 2007, p. 07)

Nesse esteio, compreende-se que a alienação parental se caracteriza como a prática da conduta em si, o ato de se afastar o menor de um dos genitores, através

de manipulação, de difamação e deturpação da imagem do genitor não guardião. Por outro lado, a SAP abrange as sequelas, as consequências dos atos do alienador, os atos de desprezo, de ódio ou de mágoa das crianças/ adolescentes para com o outro genitor. Nesse prumo, complementa Cunha:

A alienação parental baseia-se na inquestionável atuação de um sujeito, na maioria das vezes o guardião, denominado alienador, na prática de atos que difamem e deturpe a imagem do genitor não guardião, de forma que a imagem que a criança ou o adolescente tenha do outro genitor torne-se equivocada. A criança é alienada e o genitor será vitimado na situação.

Já a síndrome da alienação parental, que não se confunde, pois é um distúrbio, a consequência da "lavagem cerebral" feita no menor, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais que ocorrem na criança vítima das descargas do genitor imaturo. O menor já alienado pela campanha difamatória do genitor se comporta de maneira hostil, grosseira e acaba distanciando-se do genitor-alvo (CUNHA, 2015).

Em sentido semelhante ao exposto, também se tem o entendimento de Pinho:

A Síndrome da Alienação Parental não se confunde com Alienação Parental, pois que aquela geralmente decorre desta, ou seja, enquanto a Alienação Parental se liga ao afastamento do filho de uma pai através de manobras da titular da guarda, a Síndrome, por seu turno, diz respeito, às questões emocionais, aos danos e sequelas que a criança e o adolescente vêm a padecer (PINHO, 2009, p. 76).

Desta feita, compreende-se que a alienação parental se caracteriza como uma série de atos praticados pelo alienador sob a criança ou adolescente, em detrimento do genitor não guardião. Consiste na imputação de falsas memórias, em uma reprogramação mental sob o menor, almejando-se que o mesmo sinta ódio, rancor e desprezo pelo outro genitor, sem justificativas plausíveis. Por outro lado, a SAP caracteriza-se como as consequências nefastas deixadas pela prática da alienação, ou seja, os efeitos emocionais negativos, o trauma, o comportamento diferenciado que a criança ou adolescente apresentam, após sofrerem tais abusos psicológicos.

3.2 A alienação parental sob os aspectos da Lei nº 12.318/10

Consoante o entendimento de Almeida e Rodrigues Júnior (2012), a Lei nº 12.318/10 traz em seu bojo diretrizes e elementos concernentes à alienação parental, auxiliando os magistrados na identificação de possíveis situações onde a mesma se instala, além de alternativas jurídicas que possam coibi-la ou atenuá-la:

Essa Lei tem por objetivos principais a própria divulgação do significado da alienação parental e a concessão de segurança aos magistrados na aplicação de medidas jurídicas para evitar ou remediar a sua ocorrência. Nessa feita, define a alienação parental, através, inclusive, da previsão de situações em que ela normalmente se instala e mune o juiz de alternativas jurídicas para interditá-la. Ao lado disso, há a expectativa de sua função pedagógica, ao fazer com que os pais se cientifiquem da importância que o Estado e o Direito dão ao tema e das eventuais sanções que poderão sofrer caso assim procedam. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 474)

Nesse mesmo esteio, observa-se, dentre as diretrizes e orientações contidas no aparato legal mencionado, que a alienação parental pode ser praticada pelos genitores da criança/adolescente, pelos avós ou por um terceiro que detenha autoridade, guarda ou vigilância sobre o menor:

Art.2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II dificultar o exercício da autoridade parental;
- III dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, 2010).

Dessa forma, entende-se que o magistrado terá em suas mãos elementos e possíveis condutas que se adequem à tal conduta de alienação parental antes que se tenha uma avaliação pericial definitiva. Em outras palavras, pode-se dizer que o magistrado poderá impedir maiores danos à vida da criança/ adolescente alienado.

No mesmo contexto proposto, compreende Madaleno (2015) que as hipóteses previstas no artigo 2º da Lei nº 12.318/10 caracterizam-se em condutas de alienação parental, afrontando direito fundamental inerente às crianças e adolescentes:

O parágrafo único do art. 2º da Lei 12.318/2010 identifica, exemplificativamente, algumas das hipóteses de alienação parental e prescreve que seu exercício fere direito fundamental da criança e do adolescente, consistente de uma saudável e fundamental convivência familiar, prejudicando, com a obstrução ou impedimento de contato, a realização de afeto nas relações com o genitor e com o restante do seu grupo familiar, no que se constitui de verdadeiro abuso moral o descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental, ou daqueles decorrentes da guarda ou tutela judicial. Em qualquer indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em ação autônoma ou incidental, a demanda deve ter preferência processual, ou seja, devem ser priorizadas decisões judiciais capazes de preservar com rapidez a estabilidade emocional e a formação espiritual de filhos, vítimas castas e indefesas da síndrome de alienação parental.

O texto da Lei é bastante claro naquilo que respeita à sua finalidade de abortar qualquer início ou tentativa de alienação parental, pois impõe ao juiz a tomada de providências de urgência, com uma tramitação processual prioritária no caso de haver sinais de alienação. (MADALENO, 2015, p. 84).

Compreende-se, portanto, que a Lei abrange os casos que possam envolver à prática da alienação parental, objetivando, sobretudo, a preservação da saúde emocional dos menores, haja vista a predominância e importância do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Ademais, consoante Almeida e Rodrigues Júnior (2012), caso se comprove algum ato de alienação parental, o alienador será submetido à uma sanção:

As medidas a serem usadas para interditar a prática da alienação parental também vêm previstas na Lei e se distribuem em ordem crescente proporcionalmente à gravidade que a situação demonstra. O magistrado tem a seu dispor desde uma simples advertência do genitor ou do terceiro alienador até a suspensão da autoridade parental ou mesmo a perda do direito de ter o menor residindo consigo. A ideia central da legislação, em coerência a sua justificativa, é mesmo preferir que fique a criança ou o adolescente sob os cuidados cotidianos do genitor que melhor viabilize a sua convivência com o outro ascendente e com os familiares deste. (ALMEIDA; RODRIGUES JUNIOR, 2012, p.475).

Diante disso, pode-se compreender que a sanção que o alienador poderá ser submetido dependerá da complexidade da situação, ou seja, quanto mais grave a conduta praticada pelo alienador, mais severa será a medida aplicada.

4 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Compreende-se, consoante Dias (2015), que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente visa, sobretudo, assegurar às crianças e adolescentes (pessoas vulneráveis), a plena efetivação de direitos fundamentais. Em outras palavras, trata-se de uma busca pela satisfação de direitos de pessoas consideradas "vulneráveis":

A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. Daí a consagração constitucional do princípio que assegura às crianças, adolescentes e jovens,

com prioridade absoluta, 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. Também são colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF, 227). (DIAS, 2015, p.50).

Nesse esteio, dentre os princípios contidos na Magna Carta de 1988, vislumbra-se a existência do denominado “princípio do melhor interesse da criança e do adolescente”. Nesse esteio, observa-se que o mencionado princípio está previsto nas entrelinhas do artigo 227, *caput*, da Magna Carta de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão [...] (BRASIL, 1988).

Ademais, de maneira expressa, pode-se observar a existência e importância do referido princípio no artigo 3.1 da Convenção Universal dos Direitos da Criança e Adolescente: “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança” (BRASIL, 1990).

Nesse aspecto apresentado, enfatiza-se que a Convenção retromencionada visa incentivar os países membros (dentre eles o Brasil) a atuarem em prol do desenvolvimento pleno e harmônico de crianças e adolescentes, para que as mesmas possam crescer um ambiente familiar sólido e equilibrado. Ademais, destaca-se que a referida Convenção serviu como subsídio para a construção do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prevê acerca da proteção integral à criança e ao adolescente e também o melhor interesse dos menores.

Em resumo, pode-se dizer que o referido princípio se encontra ligado aos valores familiares precípuos, aos sentimentos e relações construídas dentro do núcleo familiar. Destaca-se, sobretudo, que tais sentimentos, tais atos influenciam de maneira direta na formação da criança/ adolescente:

Nesse contexto os familiares se sobressaem. Sendo a família um núcleo de companheirismo e afeto é de se supor ser um

meio bastante propício para incentivar a maturidade volitiva dessas pessoas proporcionalmente ao que sua condição permite. A realização de escolhas verdadeiramente autônomas no exercício de seus direitos fundamentais e, por conseguinte, na sua formação pessoal talvez fique, dessa forma, garantida (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 57).

Compreende-se, portanto, que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente visa assegurar maior proteção e cuidados para com o menor, bem como o exercício dos direitos fundamentais, os direitos essenciais aos seres humanos em formação.

5 O INSTITUTO JURÍDICO DA GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Conforme vislumbrado, a alienação parental e a SAP constituem-se como atos e consequências decorrentes de uma separação conjugal abrupta e traumática, ou seja, diante da não aceitação do término de um matrimônio, de um relacionamento, o alienador, com desejo de vingança, passa a programar a mente dos filhos para que esses sintam ódio, desprezo, rancor pelo genitor não guardião:

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, com o sentimento de rejeição, ou a raiva pela traição, surge o desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex parceiro. Sentir-se vencido, rejeitado, preterido, desqualificado como objeto de amor, pode fazer emergir impulsos destrutivos que ensejarão desejo de vingança, dinâmica que fará com que muitos pais se utilizem de seus filhos para o acerto de contas do débito conjugal. Conforme Viviane Ciambelli, ferido em seu narcisismo, um genitor sente-se no direito de anular o outro e, a partir daí, ou ocupa onipotentemente o lugar do pai deposto junto à criança ou o substitui por uma pessoa idealizada, tornando-a mais valiosa. Dessa forma, entre relações falseadas, sobrecarregadas de imagens parentais distorcidas e memórias inventadas, a alienação parental vai se desenhando: pais riscam, rabiscam e apagam a imagem do outro genitor na mente da criança (DIAS, 2015, p. 445).

Consoante dados obtidos por intermédio do Instituto Datafolha, cerca de 20 milhões de crianças e adolescentes até os 17 anos são filhos de pais separados. Ademais, dentre esses 20 milhões, 50% sofrem as consequências decorrentes de atos de alienação parental. Tratam-se de pessoas que detêm a guarda e uma convivência maior com a criança/ adolescente:

Segundo o presidente da Apase, dados do instituto Datafolha indicam que 20 milhões de crianças e adolescentes de até 17 anos (quase um terço das pessoas nessa faixa etária no país) são filhos de pais separados. Desses 10 milhões são filhos de pais com separação litigiosa, conforme a Apase. **"Esses 10 milhões sem sombra de dúvida sofrem com a alienação parental porque litígio é fogo cruzado e a criança acaba sendo usada."** Ele afirma que é mais comum que o genitor que tem a guarda cometa a alienação parental. **"O mais comum de acontecer é com quem detém a guarda. Você que tem a guarda convive 26 dias no mês com a criança. Quem não tem a guarda tem um final de semana alternado, quatro dias por mês. É mais fácil alienar a criança quem fica mais tempo"**, diz. Segundo ele, em mais de 95% dos casos a guarda é da mãe (OLIVEIRA; PAES; NENO, 2010, grifo nosso).

Desta feita, pode-se compreender que as consequências provenientes dos atos de alienação parental mostram-se extremamente danosas para a saúde psíquica do menor alienado, haja vista que os mesmos possuem maiores propensões para atos de violência, de depressão, de suicídio e de outros males inimagináveis:

Os resultados são perversos. Pessoas submetidas à alienação mostram-se propensas a atitudes antissociais, violentas ou criminosas; depressão, suicídio e, na maturidade -quando atingida -, revela-se o remorso de ter alienado e desprezado um genitor ou parente, assim padecendo de forma crônica de desvio comportamental ou moléstia mental, por ambivalência de afetos. (DIAS, 2015, p.547).

Em caráter complementar ao exposto, enfatiza Madaleno (2015) que quaisquer atos de lesão causados pelos genitores do menor, em detrimento da liberdade, do direito essencial à convivência familiar, estarão em um nítido confronto aos princípios e direitos constitucionais fundamentais previstos na Magna Carta de 1988:

Vistos os direitos fundamentais da criança e do adolescente sob o prisma constitucional, qualquer lesão causada pelos pais ou por qualquer pessoa que usa de sua ascensão, proximidade ou influência para privar menor vulnerável da sua liberdade, do seu direitos essencial à convivência familiar, ferindo de morte a dignidade dessa criança ou adolescente, está atuando de maneira criminosa, cruel, violenta e covardemente opressiva e, sem sombra de dúvida, o artigo 3º da Lei 12.318/2010 identifica o ato como sendo uma ação de alienação parental (MADALENO, 2015, p. 25).

Em caráter exemplificativo, traz-se um caso real apresentado por Glicia Barbosa de Matos Brasil (2010), psicóloga do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Nesse esteio, observa-se o quão grave se torna a situação e o quão profundo são os traumas ocasionados na vida de crianças que são vítimas de um alienador:

E são sutis os meios que os alienadores – sujeitos ativos do processo de alienação parental – utilizam-se para induzir a criança: eles recontam – a seu modo – as estórias contadas pelas próprias crianças. **Casos reais: uma menina, filha de pais separados, por decisão judicial, vive sob a guarda materna e convive com o pai nos finais de semana. O pai usualmente dá banho na filha. A criança chega na casa da mãe contando sobre o banho, dizendo que “papai deu banho e enxugou a perereca”. A mãe, já com a intenção de interromper o convívio paterno até então com pernoite, por razões pessoais (vingança, ciúme, dificuldade de aceitar a separação, etc.), começa a dizer para a filha: “Na próxima vez que papai der banho, não deixe enxugar a sua perereca, pois papai machuca quando enxuga a perereca”. E repete para a criança muitas vezes. Em seguida faz perguntas inadequadas, induzindo a criança a nomear pessoas: “Quem te machucou no banho?” – grava a criança respondendo. Pronto. Está feito o estrago. Basta levar a gravação para algum órgão protetivo dos direitos da criança. E a criança? Bom, além de ser afastada do pai, vai sendo condicionada (pelo número de vezes que tem que contar a estória) a acreditar que foi realmente vítima de abuso. É o que chamamos de implantação de falsas memórias, que faz parte da sintomatologia da SAP (BRASIL, 2010, p. 55, grifo nosso).**

No contexto apresentado, destaca-se que grande parcela da doutrina e jurisprudência atual, compreende que a aplicação o instituto da guarda compartilhada se faz necessária na realidade atual, propiciando uma convivência de ambos os genitores no cotidiano e na tomada de decisões acerca dos filhos. Em outras palavras, busca-se, através da instituição da guarda compartilhada, inibir/atenuar possíveis atos de alienação parental por um dos genitores do menor:

A separação dos pais é um momento traumático para a criança. A guarda compartilhada, como o próprio nome diz, é uma maneira de tentar fazer com que tanto o pai quanto a mãe mantenham relação regular com o filho depois do divórcio. Esse tipo de guarda consiste em dividir entre os pais separados todos os direitos e deveres em relação ao filho. Todas as principais decisões devem ser tomadas em conjunto pelos genitores, montando um esquema de convivência da criança com ambos (PAIS INDIGNADOS CONTRA O PODER JUDICIÁRIO, 2013).

Em caráter complementar ao exposto, disserta Oliveira (2015) que o mencionado instituto traz maior proteção ao menor, durante o processo de divórcio dos pais. Em outras palavras, compreende-se que a guarda compartilhada atua na proteção dos filhos, para que os mesmos não sirvam de instrumentos de chantagem dos genitores:

A guarda compartilhada protege a criança de um desgaste maior, porque a insegurança existe, independentemente de ser divórcio amigável ou litigioso. Não escondemos que nossa relação é difícil e mostramos que, convivendo juntos, ela estaria em meio de conflitos. Ensinamos que continua tendo pai e mãe e zelamos por ela. A guarda compartilhada serviu para os filhos não serem mais usados como pretexto ou chantagem. Antigamente, como a posse era só de um, acabavam sendo usados para tirar proveito de uma situação e até como chantagem. A chave da guarda compartilhada é o amor dos dois pelo filho e a busca conjunta do que é melhor para a criança, e não a picuinha dos adultos (OLIVEIRA, 2015).

É nesse esteio que muitos doutrinadores acreditam que a instituição da guarda compartilhada auxilia não apenas na inibição de atos de alienação parental, mas também em prol da real efetivação do princípio do melhor interesse da criança

e do adolescente, propiciando uma convivência maior dos genitores para com os filhos:

Este modelo, priorizando o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, é uma reposta mais eficaz a continuidade das relações da criança com seus dois pais na família dissociada, semelhantemente a uma família intacta. É um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na Constância da união conjugal, ou de fato. (FILHO, 2013, p. 125, grifo nosso).

No mesmo sentido, enfatiza Grisard Filho:

A introdução da guarda compartilhada busca acima de tudo, o desejo de permanecer uma família unida, oferecendo ao menor um equilibrado desenvolvimento psicoafetivo e garantindo a participação comum dos genitores em sua vida (GRISARD, 2009, p.175).

Desta feita, o magistrado, ao aplicar o instituto da guarda compartilhada, estará atuando em prol da preservação dos laços afetivos originais do menor, de uma convivência pacífica, em consonância com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Nesse panorama, observa-se a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em sede de análise de um Agravo de Instrumento:

GUARDA DE FILHO. PRESERVAÇÃO DO INTERESSE DO MENOR.
CONDIÇÕES DE AMBOS OS GENITORES. PRESERVAÇÃO DOS
LAÇOS PATERNOS E MATERNS. GUARDA COMPARTILHADA.

Sendo um direito primordial da criança conviver pacificamente tanto com o pai quanto com a mãe, ainda quando sobrevém a separação do casal, tem-se a guarda compartilhada como um instrumento para garantir esta convivência familiar. É fundamental para um bom desenvolvimento social e psicológico que a criança possa conviver sem restrições com seus genitores, devendo a decisão a respeito da guarda de menores ficar atenta ao que melhor atenderá ao bem-estar dos filhos dos casais que estão a se separar. Assim, tendo as provas até o momento produzidas indicando que ambos os genitores possuem condições de ficar com o filho menor, tem-se que a

melhor solução para o caso concreto é a aplicação da guarda compartilhada sem restrições (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AI nº 2001.012993-0/SC. Relator: desembargador Carlos Prudêncio. **Diário Judiciário Eletrônico- DJe**, 25 mar. 2003).

Em que pese tais posicionamentos de que a aplicação do instituto da guarda compartilhada encontra-se em consonância com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, atuando como mecanismo inibidor da alienação parental, vislumbra-se também posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais contrários ao raciocínio apresentado.

Desta feita, ainda se discute se a aplicação da guarda compartilhada, em sede de arranjos familiares conflituosos, onde falta diálogo entre os genitores do menor, atendem ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Em outras palavras, compreendem que a imposição de tal instituto em qualquer situação (mesmo quando os pais tiverem uma relação conflituosa) poderá colocar em risco a integridade dos filhos, indo na contramão da essência do referido princípio:

Na esmagadora maioria dos casos, quando não se afigura possível a celebração de um acordo, muito dificilmente poderá o juiz "impor" o compartilhamento da guarda, pelo simples fato de o mau relacionamento do casal, por si só, colocar em risco a integridade dos filhos. Por isso, somente em situações excepcionais, em que o juiz, a despeito da impossibilidade do acordo de guarda e custódia, verificar maturidade e respeito no tratamento recíproco dispensado pelos pais, poderá, então, mediante acompanhamento psicológico, impor a medida (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 600).

Desta feita, observa-se que a guarda compartilhada pressupõe uma convivência harmônica entre os genitores do menor, bem como a existência mínima de diálogo e consenso acerca da vida daquele. No mesmo sentido, enfatiza Filho:

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos. Para essas famílias, destroçadas, deve optar se pela guarda única e deferi-la ao

genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas. (FILHO, 2013, p.237).

No que tange ao posicionamento da jurisprudência acerca da aplicação do instituto da guarda compartilhada, observa-se a decisão oriunda do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em sede de análise de uma apelação cível:

CIVIL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA. GUARDA COMPARTILHADA. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE BOA CONVIVÊNCIA E DIÁLOGO ENTRE OS PAIS. NÃO ATENDIMENTO AOS INTERESSES DA CRIANÇA.

1. A guarda compartilhada somente pode ser concedida na medida em que os pais, mesmo separados, mantêm uma boa convivência e diálogo a permitir a preservação dos interesses da criança.

2. Recurso não provido (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. AC 20070610024635/DF. Relator (a): desembargadora Silva Lemos. **Diário Judiciário Eletrônico- DJe**, 06 jun. 2014, grifo nosso).

Na mesma perspectiva de entendimento, ou seja, de que a guarda compartilhada só deve ser aplicada em situações familiares em que os genitores mantêm uma boa convivência e diálogo, vislumbra-se a decisão proveniente do Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de análise de um agravo de instrumento

GUARDA. TUTELA ANTECIPADA. COMPARTILHADA OU UNILATERAL. INTENSA LITIGIOSIDADE.

1- Decisão não acolheu, em tutela antecipada, pedido do pai de guarda compartilhada.

2- O alto grau de litigiosidade entre os pais da criança não autoriza, pelos elementos trazidos no agravo, a modificação da guarda unilateral da mãe para a forma compartilhada.

3- Recurso não provido (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. AI 01405578620138260000/SP. Relator: desembargador Alexandre Lazzarini. **Diário Judiciário Eletrônico- DJe**, 05 fev. 2014).

Contudo, apesar de tais entendimentos expostos pelos tribunais de justiça, em decisão datada de 2016, compreendeu o Superior Tribunal de Justiça que, mesmo que haja conflito entre os genitores, deve-se prevalecer a guarda compartilhada, em consonância com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente:

Mesmo que haja conflito entre os pais a guarda deve ser compartilhada, pois o interesse maior é preservar o bem-estar da criança. Este é o entendimento da ministra Nancy Andrighi, em ação julgada no Superior Tribunal de Justiça (STJ), que se tornou referência em todo o País sobre o assunto.

A mudança instituída pela ministra representa um grande avanço na legislação, na opinião da juíza responsável pela Terceira Vara da Família e Sucessões da Comarca de Várzea Grande, Jaqueline Cherulli. “Antes cada magistrado julgava este tipo de ação a seu modo. Foi essencial estabelecer esse parâmetro que tem como cerne a criança. Ainda que haja desarmonia entre os genitores, eles devem pensar primeiro no filho. A criança não tem preparo emocional para enfrentar uma ruptura familiar conflituosa e, na maioria dos casos é a maior prejudicada nesse tipo de processo” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO, 2016).

Apesar de tais posicionamentos doutrinários minoritários, compreende-se que o instituto da guarda compartilhada deverá ser aplicado sob a perspectiva de interesses da criança/ adolescente e jamais sob a perspectiva de interesse dos pais. Em outras palavras, compreende-se que o referido instituto, apesar de contemplar inúmeras vantagens (dentre elas a inibição de atos de alienação parental), só deverá ser aplicado onde se tenha uma convivência harmônica entre os genitores do menor, onde se possa consolidar a essência do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente:

A guarda compartilhada não é modalidade aberta ao processo litigioso de disputa da companhia física dos filhos, pois pressupõe para seu implemento, total e harmônico consenso dos pais. A guarda compartilhada exige dos genitores um juízo de ponderação, imbuídos da tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus filhos comuns, e não o interesse egoísta dos pais. **Deve ser tida como indissociável pré-requisito uma harmônica convivência dos genitores; como a de um casal que, embora, tenha consolidado a perda de sua sintonia**

afetiva pelo desencanto da separação, não se desconectou da sua tarefa de inteira realização parental, empenhados em priorizarem a fundamental felicidade da prole (MADALENO, 2010, p. 144, grifo nosso).

Nesse esteio, Grisard Filho (2009) pondera que a guarda compartilhada deverá ser aplicada quando cumprir com duas questões precípuas, quais sejam, o reequilíbrio dos papéis parentais e a garantia de aplicação do princípio em tela:

a) o reequilíbrio dos papéis parentais, levando-se em conta o princípio da igualdade entre homem e mulher e o de b) garantir respeito absoluto ao princípio do melhor interesse da criança, que lhe assegure uma convivência familiar e comunitária capaz de suprir todas as suas necessidades (GRISSARD FILHO, 2009, p.419).

Observa-se, portanto, que a guarda compartilhada não deverá ser aplicada em toda e qualquer situação familiar, mas somente quando for benéfica ao menor, quando realmente se consolidar as raízes do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

6 CONCLUSÃO

Tendo como subsídio todo o conteúdo estudado e proposto, compreende-se que o instituto da guarda compartilhada apresenta-se como uma possível solução para os casais que se encontram em processo de divórcio/ separação conjugal e que desejam que os filhos tenham uma convivência harmoniosa, sadia e de livre acesso a ambos. Desta feita, entende-se que a guarda compartilhada, ao contrário do modelo unilateral (onde a guarda permanece com apenas um dos genitores) permite que ambos os pais possam colaborar, de maneira igualitária, na vida dos filhos e, principalmente, na tomada de decisões atinentes aos mesmos.

Urge salientar que o instituto da guarda compartilhada encontra-se presente, de maneira específica, através da Lei nº 11.698/2008. Desta feita, através do mencionado diploma legal, pode-se vislumbrar um conceito acerca da “alienação parental” e medidas judiciais que podem ser tomadas em detrimento de um dos genitores da criança.

Nesse mesmo esteio, observa-se que, em decorrência da ruptura de uma união conjugal, muitas pessoas passam a nutrir sentimentos de ódio e desprezo para com o ex-companheiro/ cônjuge, e, em razão de tal situação, acabam utilizando os

filhos como verdadeiros instrumentos de vingança. Nesse contexto, tem-se a chamada “alienação parental”.

Ao longo dos estudos realizados, pode-se compreender que a alienação parental se traduz como uma série de atos praticados pelo alienador, para que a criança tenha sentimentos de ódio, desprezo e rancor pelo genitor não guardião. Desta feita, a criança passa por uma verdadeira reprogramação e cresce acreditando que um dos pais não a ama. Destaca-se, nesse aspecto, que as sequelas emocionais e todos os comportamentos reprováveis derivados de tal situação são denominados como síndrome da alienação parental (SAP).

É importante mencionar, ademais, que a alienação parental pode ser praticada não somente pelos genitores da criança, mas também por algum amigo da família, pelos avós, dentre outros. Em outras palavras, compreende-se que todo aquele que empreender atitudes que induzam a criança a nutrir sentimentos ruins em relação a um dos genitores, poderá ser considerado alienador.

É no contexto avançado que o instituto da guarda compartilhada é visto pela doutrina e jurisprudência pátria majoritária como o verdadeiro mecanismo hábil para atenuar/inibir a alienação parental no seio familiar. Em outras palavras, compreendem que a guarda compartilhada (mesmo que seja aplicada em casos onde os genitores não convivem de forma harmoniosa) possibilita que ambos os pais possam conviver, de maneira igualitária, com os filhos, que possam tomar decisões conjuntas, interferir na vida dos filhos de maneira benéfica e em conjunto.

Nesse mesmo panorama, buscou-se tratar como causa principal, se a aplicação do instituto jurídico da guarda compartilhada, em toda e qualquer situação familiar (mesmo em situações onde os genitores do menor vivem em desarmonia, em conflitos) encontra-se em consonância com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Desta feita, considerando todos os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, pode-se compreender que, apesar de o magistrado possuir a prerrogativa de aplicação da guarda compartilhada em situações onde os genitores vivem em desarmonia, acredita-se que tal instituto deve ser aplicado com cautela.

Ao observar os elementos contidos nas entrelinhas do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, percebe-se que o foco é o bem-estar psíquico, físico e emocional do menor. Dessa forma, a aplicação desmensurada do instituto da guarda compartilhada, sem a observância da situação vivenciada em tais arranjos familiares, em nada atende aos interesses das crianças/ adolescentes. Portanto, coaduna-se com os posicionamentos voltados para a aplicação da guarda

compartilhada somente quando existir uma relação equilibrada entre os genitores do menor, garantindo-se o respeito máximo ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil Famílias**. São Paulo: Atlas, 2012.

BOM DIA BRASIL. **STJ decide que guarda compartilhada prevalece mesmo com briga de pais**. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/09/stj-decide-que-guarda-compartilhada-prevalece-mesmo-com-brigade-pais.htm>> Acesso em: 22 mar.2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 de novembro de 1990.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de janeiro de 2002.

BRASIL. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de julho de 1990.

BRASIL. Lei 11.698 de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de junho de 2008.

BRASIL. Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 de agosto de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AC 2.315-1/SP. **Diário de Justiça- DJ**, 27 jun, 1980.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. AC 20070610024635/DF. Relator (a): desembargadora Silva Lemos. **Diário Judiciário Eletrônico- DJe**, 06 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. AI 01405578620138260000/SP. Relator: desembargador Alexandre Lazzarini. **Diário Judiciário Eletrônico- DJe**, 05 fev. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AI nº 2001.012993-0/SC. Relator: desembargador Carlos Prudêncio. **Diário Judiciário Eletrônico- DJe**, 25 mar. 2003.

BRASIL, Glicia Barbosa de Matos Brasil. **Reconstrução dos vínculos afetivos pelo judiciário**. MAGISTER. Rio Grande do Sul, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva 2011.

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação parental: uma interface do direito e da psicologia**. Curitiba: Juruá, 2012.

CUNHA, Tâmara Moraes da. **Alienação Parental**. 2015. Disponível em: <<https://tamaramoraesc.jusbrasil.com.br/artigos/187848400/alienacao-parental> >
Acesso em: 22 mar.2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016.

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FIUZA, César. **Direito Civil**. São Paulo: Del Rey, 2010.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Síndrome de Alienação Parental. **Revista Pediatria Faculdade de Medicina da USP**. São Paulo, n. 3, v. 28, p. 162-168, 2007.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários à lei 12.318/2010**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO. Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família**. São Paulo: Saraiva. 2011.

GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** Trad. Rita Fadaeli. 2002. Disponível em:

<<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-ivtem-equivalente>>.

Acesso em: 15 mar.2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONTIJO, Segismundo. **Guarda de Filho**.2002. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/monografias/mono25.html>>. Acesso em: 21 mar.2020.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

IBDFAM. **Alienação Parental**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=579> Acesso em: 10 mar. 2020.

IBDFAM. **Alienação Parental**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=627> Acesso em: 10 mar.2020.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental: importância da detecção aspectos legais e processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MONTEZUMA, Márcia Amaral. Síndrome de alienação parental: diagnóstico médico ou jurídico? In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Incesto e alienação parental**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOREIRA, Luciana Maria Reis. **Aspectos gerais da guarda compartilhada**. 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8523>. Acesso em: 22 mar.2020.

NAZARETH, Eliana Riberti. **Com quem fico, com o papai ou com mamãe? Considerações sobre a guarda compartilhada. Contribuições da Psicanálise ao direito de família**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997.

OLIVEIRA, Junia. **Cresce o número de pedidos de guarda dos filhos pelos pais na Justiça**. 2015. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2015/01/18/interna_gerais,609083/cresce-o-numero-de-pedidos-de-guarda-dos-filhos-pelos-pais-na-justica.shtml> Acesso em: 14 abr. 2020.

OLIVEIRA, Mariana; PAES, Cíntia; NENO, Mylêne. **Crianças são usadas pelos pais no divórcio, dizem juristas**. 2010. Disponível em: <

<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/08/criancas-sao-usadas-pelos-pais-no-divorcio-dizem-juristas.html> > Acesso em: 22 abr.2020.

PAIS INDIGNADOS CONTRA O PODER JUDICIÁRIO. **A guarda compartilhada**. 2013. Disponível em: < <https://danielabertolierovertrice.wordpress.com/tag/guarda-compartilhada/page/9/>. > Acesso em: 03 abr.2020.

PINHO, Marco Antônio Garcia. Alienação parental. **Revista do Ministério Público**.

Minas Gerais, ano IV, n. 17, jul./set. 2009.

PODER JUDICIÁRIO DO MATO GROSSO. **Guarda compartilhada deve prevalecer, diz STJ**. 2016. Disponível em: < <http://www.tjmt.jus.br/noticias/46469#.XsHAXGhKjIU> > Acesso em: 02 mai.2020.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental- O que é isso ?**. Campinas: Armazém do Ipê, 2011.

SILVA, Oziane Oliveira da; FOGIATTO, Michelly Mensch. **Síndrome da Alienação Parental**. 2007 Disponível em: < www.revista.ultrajp.edu.br/ojs/ndex.php/jussocietas/artide/viewfile/618/135. > Acesso em: 18 mar.2020.

WAQUIM, Bruna Barbieri. Alienação parental: entre o direito e a psicologia. **Revista dos Tribunais**. v.939, jan., 2014.

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: ENTENDIMENTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS

ROSICLERK OTTILO CAVASSANI NETO

Resumo: O objetivo principal desta pesquisa foi abordar entendimentos, favoráveis e desfavoráveis sobre a redução da maioria. A coleta de dados foi procedida por meio de artigos, livros e revistas, acrescidos de informações colhidas em trabalhos já produzidos sobre o tema. Verificou-se que existem muitos posicionamentos que são contrários a redução da maioria e destacam que apesar de ser inimputável, o adolescente infrator na visão de alguns especialistas já é responsabilizado pelos seus atos, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Observou-se também, que existe entendimento doutrinário a favor que os infratores devem cumprir suas penas dentro de instituições que lhes permitam a dignidade e que lhe proporcionem a sua reinserção social, e sabe-se que, com a realidade carcerária brasileira atual, essa situação não irá acontecer. Conclui-se que, devido aos crescentes índices de criminalidade por parte dos adolescentes, parte bem expressiva da sociedade querem que realmente aconteça à redução da maioria penal.

Palavras Chave: Maioridade; Estatuto da Criança; Criminalidade.

Abstract: The main objective of this research was to approach understandings, favorable and unfavorable about the reduction of the age of majority. Data collection was carried out through articles, books and magazines, plus information collected in works already produced on the topic. It was found that there are many positions that are contrary to the reduction of the age of majority and highlight that despite being unaccountable, the adolescent offender in the view of some specialists is already held responsible for his acts, by the Statute of the Child and Adolescent. It was also observed that there is a doctrinal understanding in favor that offenders should serve their sentences within institutions that allow them dignity and that provide them with their social reintegration, and it is known that, with the current Brazilian prison reality, this situation it will not happen. We conclude that, due to the increasing crime rates on the part of adolescents, a very expressive part of society wants to really reduce the age of criminal responsibility.

Keywords: Adulthood; Statute of the Child; Crime.

Introdução

Torna-se importante destacar que a redução da maioria penal, há muito tempo vem sendo assunto de diferentes discussões na sociedade

brasileira. Consequentemente surge de tempo em tempo, propostas para tentar combater a violência com a redução da maioria penal.

Neste contexto, fica uma pergunta a ser respondida: Quais são as perspectivas e os efeitos que pode causar com a redução da maioria?

Importante advertir que existe uma grande sensação de que a violência está fora de controle, e que para combatê-la faz-se imprescindível a adoção de medidas urgentes e desesperadas.

Desta forma, o objetivo principal desta pesquisa, foi abordar entendimentos, favorável e desfavorável sobre a redução da maioria penal.

Justifica-se o presente tema, para que se tenha conhecimento das possíveis consequências que podem ocorrer com a diminuição da maioria penal, salientando as boas consequências e as ruins também, apresentando posicionamento de ambos os lados.

A metodologia de pesquisa, a ser utilizada neste trabalho consiste na adoção de uma pesquisa com uma investigação exploratória, através de uma pesquisa bibliográfica.

De acordo com Gil (2008), a pesquisa exploratória tem como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses. Pode-se dizer que estas pesquisas têm como objetivo principal o aprimoramento de ideias ou a descoberta de intuições.

A base de dados para alcançar os objetivos foram livros, revistas, teses, dissertações e artigos já produzidos e divulgado na internet.

1. REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Em virtude de uma série de crimes violentos cometidos por menores de 18 (dezoito) anos, ou com a participação destes, tem-se ensejado a necessidade da redução da faixa etária penal, propiciando deste modo, a responsabilidade para os menores de 18 (dezoito) anos. Logo para tanto, é fundamental que haja uma execução efetiva das penas, cumprindo-se com competência e sapiência as disposições penais elencadas ao parâmetro etário em questão (LIBERATI, 2015).

Destaca-se que, a criminalidade juvenil ao longo dos tempos foi tornando-se um problema comum e caótico na sociedade fazendo surgir dessemelhantes projetos de lei predispostos a reduzir a idade penal (NUCCI, 2011).

Pode-se dizer que inúmeras legislações mundo a fora discordam quanto à incidência inicial da maioridade penal, fato este ensejador de muitas comparações para que suceda uma eventual redução da imputabilidade criminal no Brasil (PRADO, 2010).

O sistema norte-americano, por exemplo, apresenta-se como tendo uma das menores faixas etárias de idade para responsabilidade penal no mundo. O objetivo do sistema infanto-juvenil dos Estados Unidos é basicamente destinado à punição, conforme já foi dito anteriormente. Mesmo com um regime tão severo, os índices de crimes cometidos por menores de idades são significativos e se estendem na fase adulta.

Nas sociedades em que este critério objetivo não é adotado, várias são as críticas formuladas. Exemplo disso são os EUA, que admitem a aplicação de sanção penal a menores de 18 anos e que " [...] cometeram um erro de cálculo desastroso quando submetem adolescentes infratores à Justiça de Adultos, em lugar de aplicar-lhes as regras e procedimentos das Cortes Juvenis. Os promotores argumentavam que tal política retiraria das ruas os infratores adolescentes violentos e inibiria futuros crimes. Entretanto, um recente estudo nacional endossado pelo governo federal demonstrou que os jovens submetidos às penas de adultos cometeram, posteriormente, crimes mais violentos, se comparados àqueles que foram julgados e responsabilizados pela Justiça Juvenil Especializada" (MILANEZ; CAMPANHOLI, 2013).

Não existe nação ou povo no planeta que não tenha que encarar o grande desafio que vem sendo a criminalidade juvenil, pois, em todas as apresentações e planos de ações públicas e segurança pública, este assunto tem sido uma demanda primária, até mesmo entre os países desenvolvidos.

Conforme entendimento de Capez (2011), quando trata-se sobre, redução da maioridade, o Código Penal Brasileiro exerce uma presunção total de inimputabilidade, a qual não acolhe prova em contrário, ou seja, não se aceita a prova de que era o menor, ao tempo da ação ou omissão, capaz de valorar suas ações com o necessário discernimento.

Cabe ressaltar que aos que defendem a redução da maioridade penal, a imputação penal aos menores infratores é corretamente aceitável, pois os adolescentes delinquentes logo têm capacidade de entender o que é certo ou errado,

por isso, carecem ser condenados caso cometam um crime. Os defensores dessa tese acreditam ser hipocrisia dizer que na complexa sociedade brasileira atual, os adolescentes não têm discernimento do certo ou errado (PRADO, 2010).

Enfatiza-se que um dos grandes argumentos para defender a redução da maioria mostra que, mesmo decorridos vinte e quatro anos, o Estatuto da Criança e do Adolescente ainda não foi de certa forma assimilado pela maioria da população, que o compreende somente enquanto proteção apresentada ao adolescente que comete ato infracional. Faz parte do imaginário coletivo como sendo um instrumento de incentivo à delinquência e de impunidade (MÁRQUES, 2011).

Com pensamento contrário, Dallari (2015), vem em seus textos destacando que, qualquer sugestão que seja acolhida com o objetivo de aplicar leis penais aos menores de dezoito anos expressará a abolição de seu direito ao tratamento diferenciado, que é por certo previsto em lei, e se isso acontecer será avaliado como sendo inconstitucional.

Citam os defensores que em relação ao aspecto social, a redução da maioria penal é alvo de certames inerentes à segurança e ordem social. Fazendo jus ao clima de insegurança disseminado no país frente aos crescentes índices de criminalidade. Deste modo a sociedade se depara com o aspecto humano ligado inteiramente à criminalidade fruto das ações indiscriminadas dos menores: o direito à vida (BITENCOURT, 2012).

2. CONCLUSÃO

Observou-se no decorrer da pesquisa que, o ordenamento jurídico de diversos países é completamente diferente do ordenamento aplicado no Brasil, sobretudo quando o tema é maioria penal, até pela ocorrência de alguns crimes que se tornaram mundialmente conhecida, motivando a legislação destes.

Notou-se também que a legislação brasileira dispõe que os menores de 18 anos ficam sob a tutela do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), pois considera que os mesmos ainda não têm condições de idade, maturidade, para compreender o caráter ilícito do ato praticado.

Verificou-se que muitos posicionamentos ao contrário da redução da maioria destacam que apesar de ser inimputável, o adolescente infrator no entendimento de alguns especialistas é responsabilizado pelos seus atos, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, por meio das medidas socioeducativas.

Conclui-se que, no entendimento de alguns autores, um jovem que comete um crime deve pagar perante a sociedade. Porém, prendê-los em local misturados com detentos adultos, onde os direitos básicos dos adolescentes são violados, é uma situação inaceitável.

3.REFERÊNCIAS:

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, parte geral** 1. 17ª ed. São Paulo: Saraiva 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Volume 1, Parte Geral: (arts. 1º a 120) -15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011 p.792.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A razão para manter a maioria penal aos dezoito anos**. Disponível em: <http://www.revistaforum.com.br/blog/2015/04/dalmo-dallari-pec-da-reducao-da-maioridade-penal-e-inconstitucional/>. Acesso em: 10/08/2020.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. Imprensa: São Paulo, Malheiros, 12. ed, rev. e ampl. 2015.

MÁRQUES, F. T. Intolerâncias e in(ter)venções: “menores” e “crianças” no imaginário social brasileiro. **Revista Latino americana de Ciencias Sociales**. Ninez y Juventud. v.9, p. 797 – 809, 2011.

MILANEZ, Bruno; CAMPANHOLI, Felipe Foltran. Redução da Maioridade Penal aumentará a criminalidade. 30 de abril de 2013. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/reducao-maioridade-penal-coloabora-aumento-criminalidade>. Acesso em: 10/08/2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte geral e parte especial**. - 7. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, L. R. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 123.

O DRAMA DA PENA DE MULTA PARA OS HIPOSSUFICIENTES

CRISTINA VICTOR GARCIA: Graduação na Faculdade de Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP (2004). Participou do Diplomado Internacional sobre Direitos Humanos promovido pelo Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg Center para a América Latina e Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP (2009). Mestranda em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Defensora Pública do Estado de São Paulo.

GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ JUNQUEIRA[1]

(coautor)

Resumo: O presente artigo visa identificar problemas referentes à execução da pena de multa que advirão com o chamado “Pacote Anticrime” – Lei nº 13.964/19, ao alterar a redação do art. 51 do Código Penal (CP). Com a finalidade de se atingir referido objetivo, pretende-se partir dos dados da população carcerária brasileira constatando-se a vulnerabilidade socioeconômica dos condenados e, analisando o histórico da previsão legislativa e jurisprudencial referente à pena de multa, identificar possíveis caminhos jurídicos que se abrirão com a mencionada alteração do art. 51 do CP.

Abstract: This article aims to identify problems related to the execution of the fine penalty that will come with the called “Anti-crime Package” - Law nº 13.964/19, that changed the wording of art. 51 of the Penal Code. In order to achieve this objective, the intention is to start from the data of the Brazilian prison population, verifying the socioeconomic vulnerability of the convicts and, analyzing the history of the legislative and jurisprudential forecast of the fine penalty, to identify possible legal paths that will open up with the aforementioned amendment to art. 51 of the CP.

Palavras-chave: multa; hipossuficiente; punibilidade; egresso

Keywords: *fine penalty; hyposufficient; punishment; egress*

Sumário: 1. Introdução. 2. A Pena de Multa. 3. Conclusão. 4. Referências Bibliográficas

Introdução

O presente artigo possui a finalidade de identificar os problemas que advirão com a alteração trazida pelo chamado Pacote Anticrime – Lei nº 13.964/19 ao art. 51 do CP, especialmente no que se refere à maioria dos egressos, pessoas vulneráveis que saem dos estabelecimentos prisionais sem condições de arcar com o pagamento da pena de multa.

O tema se mostra relevante em face da sua atualidade e, especialmente, porque a Lei nº 13.964/19, ao rever a redação do art. 51 do CP, pode impactar em recentes decisões dos Tribunais Superiores.

Assim, o texto partirá dos dados da população carcerária brasileira identificando que a sua composição majoritária é formada por pobres e pretos, de tal forma que o cumprimento de sanção pecuniária se mostra inviável e se distancia do alcance de qualquer finalidade preventiva. Após, analisará as disposições legislativas penais e processuais penais, bem como a decisões proferidas pelos Tribunais Superiores com o contexto social, concluindo-se com propostas jurídicas para o enfretamento do emaranhado que se formou com a sobrevivência do Pacote Anticrime.

A metodologia aplicada será hipotético-dedutiva, com pesquisa bibliográfica, análise de legislação e jurisprudência brasileiras, bem como dados estatísticos fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional.

A Pena de Multa

Considerando que a origem da pena de multa aparenta remontar o próprio surgimento da sanção criminal[2], não é atual a preocupação com os egressos que terminam de cumprir suas penas privativas de liberdade e, apesar de saírem pela porta da frente do estabelecimento prisional, se enxergam ainda presos às garras estatais com a pendência do pagamento da pena de multa[3]. O Estado não se contenta com a restrição da liberdade. Também quer o seu dinheiro, a sua reputação, a sua dignidade, a sua capacidade eleitoral.

Observando-se os dados sociais da população carcerária brasileira[4], constata-se que o grande volume dos delitos praticados se resume a crimes patrimoniais ou com reflexos patrimoniais (como o tráfico de drogas), a indicar que a pessoa condenada no Brasil, em sua maioria, é pobre[5]. Sabe-se, tanto os delitos patrimoniais quanto o tráfico de drogas atraem aqueles que não possuem acesso a bens de consumo e excluídos socialmente, na medida em que viabilizam a obtenção dos bens desejados, e muitas vezes necessários à sobrevivência. Descolada da realidade que escancara a miséria da clientela penal, a pena de multa é cominada, como regra, para crimes patrimoniais e tráfico de drogas, com a justificativa de uma possível carga preventiva: a busca pelo lucro ilícito levará a um prejuízo patrimonial,

como se fosse possível confiscar bens na miséria. Na ausência de patrimônio, o condenado é atingido em sua dignidade, em sua ânsia por inclusão social, em seus direitos eleitorais. Dessa forma, a ausência de pagamento da pena de multa é tema que aflige diretamente a população pobre, ainda mais com a triste marca brasileira da desigualdade social. No mesmo patamar discriminatório, há ainda que se ressaltar a maior quantidade de presos pretos, a indicar que a pendência da multa para os egressos também abarca sérias questões raciais.

A inviabilidade de cumprimento afasta a pretensa lógica utilitária preventiva da pena de multa, que deveria ser instrumento de intimidação, pois o potencial autor não poderia sentir ameaçado bem que não possui. Sob o prisma da prevenção especial, o egresso, que certamente enfrentará maiores dificuldades em conseguir um emprego lícito, formal, se vê em dívida com o Estado e acaba ainda mais alijado do cenário social, trazendo sua família e amigos para a obrigação de quitação da pena de multa, desvirtuando todo o princípio da pessoalidade da pena, a fim de que consiga, a partir de então, caminhar por si só com sua folha de antecedentes limpa. A pendência da multa para o egresso, ao maximizar sua marginalização, é criminógena: ao fechar as portas do sigilo dos antecedentes (e conseqüentemente de emprego regular), da regularização da documentação e dos direitos eleitorais, a janela da criminalidade parece ser a única chance de subsistência.

Se por um lado se mostra inviável uma solução rápida alterando toda legislação penal para o fim de excluir a previsão abstrata da multa como sanção cumulativa com a privativa de liberdade, por outro, ao menos para as pessoas pobres, a isenção poderia ser um caminho, tal qual fez a legislação processual penal ao prever, no art. 325, §1º, I e art.350, parágrafo único, ambos do Código de Processo Penal (CPP), a isenção da fiança aos hipossuficientes. É bem verdade que o art. 60, §1º do Código Penal (CP) permite ao juiz modular o valor da pena de multa aplicada, a depender da situação econômica do réu, mas, neste ponto, a legislação é lacunosa para quem não possui qualquer condição de adimplemento, já que, quando cominada, sempre prevê um mínimo a ser fixado, e no tráfico o mínimo equivale a vários salários mínimos[6]. Mais uma vez, descolada da realidade, a legislação penal lembrou de ampliar a multa em até o triplo para os ricos (o art. 60, parágrafo único, do CP permite que o valor seja triplicado), e esqueceu de permitir o perdão ou mitigação para os pobres, que são os alvos rotineiros do Direito Penal.

Sensível a todo esse panorama, já em 1996, o legislador alterou a redação do art.51 do CP para proibir a conversão da pena de multa em pena de prisão diante de seu inadimplemento, afinal não parecia razoável que o pobre fosse penalizado por sua situação socioeconômica[7]. Não obstante, o que se via nos processos de execução penal era a pendência da pena multa, como dívida de valor, impedindo a

extinção da punibilidade dos sentenciados, fazendo com que os egressos não conseguissem retomar a sua cidadania, em vários aspectos, a começar pela impossibilidade de obtenção da certidão negativa de antecedentes criminais e a impossibilidade de retomada dos direitos políticos. Reduzindo esse grave problema social dos sentenciados pobres, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 2015, fixou a tese de que a extinção da punibilidade era medida que independia do pagamento da pena de multa, pois esta, como dívida de valor, deveria ser cobrada pela Procuradoria da Fazenda, em procedimento de natureza tributária (Recurso Repetitivo - Tema 931).[8]

Contudo, pressionado pela força midiática das famosas ações de corrupção e os chamados crimes de colarinho branco, em especial pela Ação Penal (AP) 470, o Supremo Tribunal Federal (STF), em 2018, no contexto da 12ª Questão de Ordem (QO) apresentada na AP 470, acabou pautando para julgamento a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3150, ajuizada no longínquo ano de 2004, e a julgou parcialmente procedente para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 51 do CP, definindo que o Ministério Público possui legitimidade prioritária para a execução da pena de multa pelo prazo de 90 dias, restando à Fazenda Pública somente a legitimidade subsidiária com o decurso de referido prazo.

Embora se discorde dos fundamentos apresentados pelo STF, parece que um dos objetivos foi permitir ao Ministério Público escolher e focar nos casos em que entende premente a cobrança da pena de multa, coincidentemente, na prática, casos de grande repercussão nacional, os quais, sabe-se, não englobam a grande maioria dos egressos periféricos. Até por isso, defende-se que, o STF, ao determinar a legitimidade subsidiária da Fazenda Pública após o prazo de 90 dias, acabou por manter a anterior tese fixada pelo STJ no mencionado Tema 931, a qual autoriza a declaração de extinção da punibilidade independentemente do pagamento de multa, agora, porém, com a necessidade de se aguardar a eventual inércia do Ministério Público na sua cobrança pelo prazo de 90 dias.

Contudo, pouco tempo após a polêmica decisão do STF na ADI 3150 (lembrando que ela mirou o art. 51 do CP com a redação de 1996), entrou em vigor a Lei nº 13.964/19, que deu nova redação ao art. 51 do CP, agora para explicitar que a pena de multa, embora seja dívida de valor, deve ser executada no juízo das execuções criminais. Resta agora saber, tratando-se de um novo dispositivo legal, se a decisão da ADI 3150 o alcança e, caso positivo, como isso se dará. Há perguntas não respondidas no bojo daquela decisão, reforçadas agora com a nova redação do art. 51 do CP: haverá um prazo limite para o Ministério Público iniciar a cobrança da pena de multa perante o juízo das execuções criminais independentemente do seu extenso prazo prescricional (lembrando que a prescrição da pena de multa segue o

prazo prescricional da pena privativa de liberdade com ela cumulada – art. 114, II, do CP)? Como ficam os egressos hipossuficientes que não possuem finanças para pagar a pena de multa? Seria cabível uma interpretação mais inclusiva do art. 15, III, da CRFB, para permitir aos egressos inadimplentes retomarem os seus direitos políticos? Seria aplicável o princípio da insignificância sob a ótica jurisprudencial dos crimes tributários? Ou a analogia do art. 350 do CPP para isentar os hipossuficientes também em relação à multa?

Conclusão

Caminhos jurídicos viáveis se apresentam para solucionar a teia legislativa e jurisprudencial que se formou e não são poucos:

Um primeiro caminho seria a antecipação de efeitos secundários da extinção da punibilidade na hipótese de restar somente o adimplemento da multa a cumprir, com a recuperação dos direitos políticos e sigilo dos antecedentes, a fim de que o egresso pudesse regularizar a sua documentação e não ser privado da cidadania em razão da pobreza, enquanto responde a ação de cobrança ajuizada pelo Ministério Público no juízo das execuções criminais ou aguarda a sobrevinda o prazo prescricional.

Uma segunda hipótese seria a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância para egressos pobres como meio de extinguir sua punibilidade. Importante aqui se notar que já existe, inclusive, um valor paradigma para se concluir pela insignificância da pena de multa: refere-se ao valor igual ou inferior a 20.000 (vinte mil) reais, previsto na Portaria 75 do Ministério da Fazenda. Se em crimes de clarinho branco a insignificância alcança tal patamar, a dívida de um miserável deve ter como consequência, também, a perda de interesse penal.

Uma terceira solução poderia ser a validação do entendimento fixado no Tema 931 do STJ, em conjunto com o decidido na ADI 3150, no sentido de que, em se tratando a multa penal de dívida de valor, cumpridas as demais penas fixadas na sentença condenatória, a punibilidade da pessoa poderia ser extinta, restando somente a possibilidade de cobrança dessa dívida pela Procuradoria da Fazenda, em ação autônoma de natureza tributária, após o prazo de 90 dias.

Um quarto caminho seria limitar o prazo de início da cobrança pelo Ministério Público aos 90 dias fixados na ADI 3150. Ultrapassado o prazo de 90 dias, a punibilidade do sentenciado seria extinta, da mesma forma em que se iniciada a cobrança em ação autônoma de natureza tributária ainda que no juízo das execuções criminais, pois não faria sentido perpetuar os efeitos penais da multa se ela já estiver sendo cobrada como dívida de valor.

Na contramão de todos os anteriores, um quinto caminho seria simplesmente deixar a cobrança da multa a critério do Ministério Público, o qual poderia usufruir do extenso prazo prescricional para executá-la ou deixá-lo escoar integralmente, situação esta que faria com que o egresso pobre se visse impossibilitado de retomar sua dignidade e seus direitos políticos no referido período.

Espera-se que o Poder Judiciário seja sensível ao drama social apontado e, em atenção aos fundamentos e objetivos da República, encontre as respostas que maximizem a dignidade da pessoa humana e minimizem as desigualdades sociais, exonerando do pagamento da multa as pessoas pobres que já pagaram o Estado com a sua liberdade.

Referências Bibliográficas

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 13 ago. 2020

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 13 ago. 2020

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 13 ago. 2020

BRASIL. **Portaria MF nº 75**, de 22 de março de 2012. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=37631>> Acesso em: 13 ago. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.519.777/SP. Relator: Ministro Rogério Schietti. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201500539441>> Acesso em: 13 ago. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3150. Relator: Ministro Roberto Barroso. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%2>>

03150%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true> Acesso em: 13 ago. 2020

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3ª ed. Campinas: Russell Editores, 2009

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003

NOTAS:

[1] Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (1996) e mestrado (2003) e doutorado (2009) em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca e Pós-Doutorado em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Atualmente é professor de Direito Penal da graduação e da pós-graduação em sentido estrito da PUC-SP e do Curso Damásio. Professor convidado de cursos de pós-graduação "lato sensu" no COGEAE (PUCSP), na Escola Paulista da Magistratura, na Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, na Escola Paulista de Direito e na Unitoledo. Defensor Público do Estado de São Paulo.

[2] Para Ferrajoli, "A palavra *poena* (derivação da grega *poiné*) indica, antes, originalmente, as multas enumeradas pelo *Digesto* entre as principais penas não capitais;" (FERRAJOLI, 2006, p.360

[3] Sob a ótica do estigma, Carnelutti esclarecia que "O processo, sim, com a saída da prisão está terminado. Mas a pena não: quero dizer o sofrimento e o castigo". (CARNELUTTI, 2009, p. 83). Imagine-se se fosse ainda acrescentado ao estigma as consequências do inadimplemento da pena de multa.

[4] Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/SP/sp>>, Acesso em: 31 mar.2020

[5] Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar já afirmavam que “A partir da *realidade social*, pode-se observar que a criminalização pretensamente exemplarizante que esse discurso persegue, pelo menos quando ao grosso da delinquência criminalizada, isto é quanto aos *delitos com finalidade lucrativa*, seguiria a regra seletiva da estrutura punitiva: recairia sempre sobre os vulneráveis.” (ZAFFARONI; et al, 2003, p.117)

[6] Bittencourt já apontava que “mesmo o critério dia-multa não afasta todos os inconvenientes da pena pecuniária” (BITTENCOURT, 2004, p.276).

[7] Greco esclarece que as modificações trazidas pela Lei nº 9.268/96 resolveram dois problemas: a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade contribuía para a superlotação carcerária e somente os condenados pobres tinham suas penas convertidas. (GRECO, 2011, p.437).

[8] Nesse sentido, Roig dizia que “De fato, após o integral cumprimento da pena, o juízo não pode condicionar a extinção da punibilidade ao pagamento da multa, transmutada de sanção penal a dívida de valor a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Logo, sua cobrança deve prosseguir pela via administrativa, sem reflexos penais.” (ROIG, 2018, p.500)

A PROTEÇÃO E AMPARO À MULHER EM CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA ANÁLISE HISTÓRICA E JURÍDICA NO ÂMBITO INTERNACIONAL E INTERNO

LILIAN ESTHER RIBEIRO PIRES:

acadêmica de Direito na Universidade do Estado do Amazonas – UEA

JUAN PABLO FERREIRA GOMES^[1]

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo analisar a proteção jurídica à mulher-mãe e o processo histórico de afirmação e reconhecimento desta enquanto sujeito de direitos na Sociedade Moderna, além da condição de procriadora, tal qual foi relegada em uma estrutura social pautada pelo patriarcalismo, adotando-se, como estudo de caso, o fenômeno da violência obstétrica. Diante de um paulatino progresso sobre o tema, alguns tratados internacionais mostram-se empenhados na proteção da mulher diante dos abusos sofridos em maternidades, postos de saúde, entre outras unidades básicas de saúde pública ou privada, enquanto que no direito interno não há sequer lei federal que permita o empoderamento a essas mulheres ou busca por tutela judicial, ressaltando-se a iniciativa de alguns Estados e Municípios vanguardistas, como é o caso, em especial, do Estado do Amazonas com a entrada em vigor da Lei n. 4.848/2019. Assim, torna-se imperiosa uma investigação mais aprofundada sobre sua eficácia na prevenção e repressão aos corriqueiros episódios de desrespeito à dignidade da pessoa humana da mulher-mãe, bem como o alcance de políticas públicas levadas a efeito no mesmo sentido.

PALAVRA-CHAVE: Violência obstétrica. Empoderamento feminino. Direitos Humanos. Direito Internacional Público. Amazonas.

ABSTRACT: The present article aims to analyze the legal protection of the woman-mother and the historical process of affirmation and recognition of it as a subject of rights in Modern Society, in addition to the condition of procreator, as it was relegated to a social structure guided by patriarchalism, adopting as a case study, the phenomenon of obstetric violence. In the face of gradual progress on the topic, some international treaties are committed to the protection of women in the face of abuses suffered in maternity wards, health posts, among other basic public or private health units, while in domestic law there is not even a law federal government that allows these women to be empowered or seeks judicial protection, with the exception of the initiative of some states and avant-garde municipalities, as is the case, in particular, of the State of Amazonas with the entry into force of Law no. 4.848 / 2019.

Thus, it is imperative to further investigate its effectiveness in preventing and suppressing ordinary episodes of disrespect for the dignity of the human person of the woman-mother, as well as the scope of public policies carried out in the same direction.

KEYWORDS: Obstetric violence. Female empowerment. Human rights. Public International Law. Amazon.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A luta da mulher na sociedade e o reconhecimento da violência obstétrica. 3. Histórico dos dispositivos legais de combate à violência obstétrica e proteção da mulher mãe. 3.1. A proteção contra violência obstétrica no âmbito internacional. 3.2. A proteção à mulher-mãe no Brasil e o papel da sociedade civil organizada. 4. Amazonas e sua trajetória no combate à Violência Obstétrica. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Diante das inúmeras conquistas alcançadas pelos coletivos femininos ao longo da sociedade moderna é necessário e obrigatório discorrer e analisar o fenômeno de práticas que passaram a ser convencionadas e reconhecidas enquanto violência obstétrica, termo que, em pleno século XXI, ainda causa estranheza dado o desconhecimento generalizado sobre o tema em contraste com os inúmeros casos e relatos de constrangimentos, abusos, agressões verbais e tratamentos humilhantes experimentados por mulheres no mundo todo em diversas unidades de saúde, formando hostes de vítimas que desconhecem serem vítimas, seja pela desinformação, seja pela precariedade ou insipiência de mecanismos de proteção aos seus direitos.

A complexidade do tema se denota de imediato dada a dificuldade ainda contemporânea no processo de empoderamento feminino e o reconhecimento da mulher-mãe enquanto sujeito de direitos dotado de demandas específicas.

O gênero feminino por séculos foi alvo de discriminações relacionadas não só a fatores biológicos, mas também culturais e sociais, a mulher dificilmente poderia ter o poder de decisão sobre sua vida, seus pensamentos e na maioria das vezes sobre seu corpo. É perceptível que por décadas as mulheres foram marionetes da sociedade hegemônica que traçavam um manual de comportamentos, formas de agir, falar.

Como elucidada Silvia Badim Marques (2020, p. 100):

“O conceito de gênero, portanto, não está ligado às diferenças biológicas entre pessoas designadas de homens e mulheres ao nascer, mas sim às diferenças culturais e sociais que impõem papéis diferentes a ambos os sexos, colocando a mulher em posição de desigualdade e subalternidade em relação aos homens, da qual derivam diversas violências e opressões que merecem atenção, estudos e políticas específicas para que sejam combatidas.”[2].

Em meados do século XX, diante das lutas dos coletivos femininos que se formaram em torno de diversas agendas e pautas, tal qual a inserção e maior visibilidade no processo político, igualdade de direitos, denota-se que as mulheres passaram a abolir o manual de modos imposto pela sociedade patriarcal do qual todas impreterivelmente tinham que seguir, do contrário não seriam respeitadas e nem bem-vistas aos olhos da sociedade burguesa.

No âmbito do direito internacional e como resultado de tais lutas, Tratados passaram a traçar um norte para o combate e prevenção à violência contra mulher de um modo geral e especificamente contra a violência obstétrica, enquanto isso no âmbito interno, nosso ordenamento jurídico ainda encontra nítida carência de meios de proteção ou tutela, dada a ausência de lei federal reconhecendo a questão, destacando-se iniciativas de grande relevância como a Lei Estadual Amazonense n. 4.848/2019, resultado do trabalho constante e incansável de mulheres individualmente e coletivos femininos tal qual a Associação “Humaniza Coletivo” que buscam dar maior visibilidade ao tema e exigir a adoção de políticas públicas nesse sentido e tema.

2. A LUTA DA MULHER NA SOCIEDADE E O RECONHECIMENTO DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Historicamente nas sociedades patriarcais a mulher sempre foi tida como criatura irracional fadada a viver em um espaço limitado e privado de atuação, tendo seu valor atrelado à condição de boa esposa, dona de casa e fértil para procriar, dando continuidade à espécie, sendo dessa forma reduzida a objeto de domínio e submissão nas mãos de seus supostos detentores, seja o pai, marido ou o Estado.

Segundo o Tedeschi (2008), em nossa sociedade, a tradição cristã e os arquétipos da “Eva pecadora” e da “Maria virtuosa”, perpassarão toda representação de feminilidade sendo a segunda o modelo a ser alcançado e reconhecimento como virtuoso em todos os seus aspectos morais.[3]

O autor ainda exalta a desigualdade entre gêneros, por conta de padrões impostos pela sociedade:

Esses discursos recorrentes exerceram influência decisiva na elaboração de códigos, leis e normas de conduta, justificando a situação de inferioridade em que o sexo feminino foi colocado [...] Assim, a desigualdade de gênero passa a ter um caráter universal, **construído e reconstruído numa teia de significados produzidos por vários discursos, como a filosofia, a religião, e educação, o direito, etc. perpetuando-se através da história, e legitimando-se sob seu tempo.**[4](grifo nosso).

Após anos de dependência aos modelos impostos pela sociedade, gradativamente é perceptível que a mulher vem ganhando sua emancipação, e com essa liberdade floresce o reconhecimento da mulher como sujeito de direitos, tornando-se exclusiva dona ou titular de seu corpo e de suas decisões.

A identificação própria da mulher como sujeito de direitos passou por contratempos durante os grandes marcos de dominação, todavia ainda na modernidade é possível entender que há mulheres que ocupam espaços vazios na sociedade e desconhecem seus poderes de decisão sobre si.

O fenômeno da desconstrução das aparências e posturas presentes em séculos anteriores dá aos movimentos feministas protagonismo na luta pela igualdade de gênero, conforme pondera Adichie (2014, p. 05):

“Então, de uma forma literal, os homens governam o mundo. Isso fazia sentido há mil anos. Os seres humanos viviam num mundo onde a força física era atributo mais importante para a sobrevivência; quanto mais forte a pessoa, mais chances ela tinha de liderar. E os homens, de uma maneira geral, são fisicamente mais fortes. Hoje, vivemos num mundo completamente diferente. A pessoa mais qualificada para liderar não é a pessoa fisicamente mais forte. É a mais inteligente, a mais culta, a mais criativa, a mais inovadora. **E não existem hormônios para esses atributos. Tanto um homem como uma mulher podem ser inteligentes, inovadores, criativos. Nós evoluímos. Mas nossas ideias de gênero ainda deixam a desejar**”[5] (grifo nosso).

Dessa forma é perceptível os avanços dos movimentos feministas intimamente ligados a reivindicações por direitos básicos como o da autoidentificação conjuntamente com o poder de decisão sobre seu corpo.

Assim sendo, há uma expressividade crescente das conquistas alcançadas enquanto a cultura do patriarcado é nitidamente atacada e enfraquecida, destarte a mulher ganha autonomia e conseqüentemente interfere de maneira direta na economia e nos padrões culturais impostos pela sociedade. A transformação é paulatina e cada dia uma mulher torne-se reconhecadora de seus direitos, ao ponto que em determinado momento a corrente de preconceito de gênero criada é rompida.

“A cultura não faz as pessoas. As pessoas fazem a cultura. Se uma humanidade inteira de mulheres não faz parte da nossa cultura, então temos que mudar nossa cultura”.[6](grifo nosso)

Nesse esteio, por muito tempo os maus-tratos e desrespeitos a mulher durante o processo parturitivo em instituições de saúde eram deixados de lado, tendo as vítimas que conviverem com esse trauma o resto de suas vidas caladas.

No Brasil, em 2010, uma pesquisa nacional realizada pela Fundação Perseu Abramo mostrou que aproximadamente 25% (vinte e cinco por cento) das mulheres que tiveram partos em maternidades sofreram alguma forma de violência muito além de um mero dissabor da paciente, mas configurando-se efetivo sofrimento capaz de atingir a dignidade da pessoa humana das vítimas envolvidas[7].

O termo “violência obstétrica” descreve um agrupamento de formas de violência e danos originados no cuidado obstétrico profissional, sua visibilidade ganhou força em meados dos anos 2000, visando reconhecer a mulher mãe como sujeito de direitos reprodutivos femininos. Segundo a obra de Trindade (2018, p. 31), esse esclarece:

“O que hoje se chama de “violência obstétrica” diz respeito às formas com que profissionais da saúde atuam sobre o corpo das mulheres em seus processos reprodutivos. Constitui-se, dentre outros, de atenção desumanizada, abuso de intervenções (independentemente de terem eficácia comprovada), medicalização excessiva, foco na leitura patológica dos processos de parturição fisiológicos. Esses processos, na perspectiva dos direitos sexuais e reprodutivos, estão relacionados a uma série de situações consideradas

degradantes pelas quais várias mulheres são submetidas ao se depararem com o sistema médico de saúde, em especial nos hospitais. "[8]

Conforme D' Oliveira, Diniz w Scharaiber (2002, p. 1681) em pesquisa aprofundada, conseguiram definir de forma detalhada quais são as ações que caracterizam a violência obstétrica:

"A violência obstétrica é expressa desde: a negligência na assistência, discriminação social, violência verbal (tratamento grosseiro, ameaças, reprimendas, gritos, humilhação intencional) e violência física (incluindo não utilização de medicação analgésica quando tecnicamente indicada), até o abuso sexual. Também o uso inadequado de tecnologias, intervenções e procedimentos desnecessários frente às evidências científicas, resultando numa cascata de intervenções com potenciais riscos e sequelas, pode ser considerado como práticas violentas".[9](Tradução nossa)

É notório que diante do supramencionado a caracterização da violência obstétrica é muito mais ampla que o senso comum, não está adstrito ao momento do parto, incluindo-se a fase puerperal, momento posterior ao parto, desse modo um ato rotineiro de pouca importância praticado por um agente de saúde é capaz de gerar consequências graves tanto na vida da gestante quanto do próprio feto.

Para a maioria dos agentes de saúde apenas procedimentos como episiotomia (corte do períneo da paciente para facilitar a passagem do feto) e manobra de Kriseller (o profissional se posiciona sobre o abdômen e o tórax da paciente para empurrar o feto), que não são mais recomendados pela OMS (BISCEGLI, 2015)[10] são caracterizadores de violência obstétrica, contudo como já massificado no presente estudo até o induzimento da mulher a um procedimento desnecessário e uma desinformação do procedimento adotado, são situações comuns de agressões.

A Revista Crescer (2017) entrevistou algumas mulheres que viveram momentos tortuosos no período gestacional e para fins ilustrativos traremos o relato de Fabiula Morenno e Laísa Santana:

"Fabiula Morenno, 40, a violência obstétrica começou no pré-natal da primeira filha, Maria Luiza, 9. "O médico era bem seco nas consultas quando eu dizia que queria parto normal. Esperei até 41 semanas, mas não tive nem sinal de dilatação. Então, em

uma consulta no hospital, ele me levou para o centro obstétrico e não deixou meu marido entrar, alegando que ele não ia conseguir assistir”, lembra ela.

Laísa Santana, 29 anos, escutou frases como “Na hora de fazer, você não reclamava” ou “Se você gritar, é pior, porque nós não vamos te atender”, enquanto aguardava o nascimento da primeira filha, Gabriela, hoje com 2 anos. “Após 14 horas em trabalho de parto, eu já não tinha mais forças e a médica subiu em cima de mim para que minha bebê conseguisse sair. Empurrou o alto da barriga, minhas costelas – praticamente os pulmões – e eu não conseguia respirar. Lembro que fechei os olhos e pensei que não iria aguentar – eu nem conseguia falar para ela que não estava conseguindo respirar, mas logo depois minha filha nasceu, com dois laços de cordão no pescoço, meio roxinha, e foi voltando à cor depois de alguns minutos. São momentos que nunca esquecerei”, conta Laísa, que realizou o parto pelo SUS.”[11]

Apesar do desconhecimento relativo por parte do senso comum, a violência obstétrica é real e a sociedade moderna paulatinamente vem contestando qualquer tratamento ríspido e condutas médicas desapropriadas por meio de ações mediadas pela internet, através das redes sociais, impulsionado pelos movimentos sociais feministas, tornando possível uma maior discussão e participação política na agenda de saúde sobre direitos reprodutivos.

3. HISTÓRICO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS DE COMBATE À VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E PROTEÇÃO DA MULHER MÃE

3.1. A PROTEÇÃO CONTRA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO ÂMBITO INTERNACIONAL

O direito sexual e reprodutivo da mulher ganhou força enquanto capítulo da luta e afirmação histórica dos direitos humanos universais garantindo-se o reconhecimento de direitos e o dever de aplicação de políticas públicas específicas para o gênero feminino.

Na década de 70, as Nações Unidas inovaram com a realização da I Conferência Internacional da Mulher, em 1975, no México. A conferência contou com participação 70% feminina, reconhecendo-se o direito à autonomia reprodutiva, ou seja, que cabe a mulher a escolha reprodutiva, tendo assim um controle sob sua integridade corporal, conforme itens 113 e 216 da respectiva declaração.

113 - No contexto dos serviços gerais de saúde, os Governadores devem prestar atenção especial às mulheres, especialmente nas necessidades de saúde, fornecendo: serviços de entrega e pré-natal e pré-natal; serviços de ginecologia e planejamento familiar durante os anos reprodutivos; serviços de saúde abrangentes e contínuos direcionados a todos os bebês, crianças em idade pré-escolar e escolar, sem preconceito em razão do sexo; conhecimento específico para meninas pré-adolescentes e adolescentes e para os anos pós-reprodutivos e velhice; e pesquisas sobre os problemas especiais de saúde das mulheres. Os serviços básicos de saúde devem ser reforçados pelo uso de pessoal médico e paramédico qualificado.[12] (tradução nossa).

216 - Algumas das desvantagens enfrentadas pelas mulheres no processo de mudança foram discutidas. Devido às suas funções reprodutivas e ao fato de as mulheres serem as principais responsáveis pelos assuntos familiares, as mulheres foram consideradas relativamente menos capazes do que os homens de aproveitar as oportunidades de envolvimento total no desenvolvimento social e econômico da sociedade.[13] (tradução nossa).

A luta dos coletivos femininos na década de 70 foi marcada pelo autoreconhecimento sob seu corpo e suas escolhas sobre ele, fazendo com que as políticas públicas integracionistas tivessem um viés empoderador, conforme explicita Mattar (2008):

“Tal e qual o movimento populacional, o movimento de mulheres, por sua vez, também tinha na reprodução um de seus elementos centrais. Entretanto, com outro foco: o controle da mulher sobre o seu próprio corpo, sua sexualidade e vida reprodutiva. O lema feminista da década de 70 "nosso corpo nos pertence" estava em clara oposição à interferência da Igreja e do Estado.”[14]

Quatro anos após a I Conferência Internacional da Mulher foi adotada pelas Nações Unidas a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, conhecida pela sigla americana CEDAW ou Convenção da Mulher.

A Convenção ganhou visibilidade, pois foi o primeiro tratado internacional que discorreu vastamente sobre os direitos humanos das mulheres, conquistando um patamar de referência e parâmetro para ações estatais no que tange aos direitos humanos das mulheres. Além disso, conforme PIOVESAN (2012) a Convenção se fundamenta na dupla obrigação de eliminar a consagrando o princípio da igualdade.[15]

O Brasil tornou-se Estado-parte por meio da promulgação do Decreto n. 4.377/02 (2002), dessa forma carrega consigo o dever de eliminar a discriminação contra a mulher através de políticas públicas e medidas legais, inclusive sendo expresso no que tange a proteção da mulher no período gestacional e posterior, a fim de exemplificação vejamos os art. 3º e 12 do decreto supramencionado.

“Artigo 3º - Os Estados Partes tomarão, em todas as esferas e, em particular, nas esferas política, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, **para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de garantir-lhe o exercício e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem.**

Artigo 12 -1. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher **na esfera dos cuidados médicos a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive os referentes ao planejamento familiar.**

2. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 1o, os Estados-Partes garantirão à mulher assistência apropriadas em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao parto, proporcionando assistência gratuita quando assim for necessário, e lhe assegurarão uma nutrição adequada durante a gravidez e a lactância.”[16](grifo nosso).

Destarte, a Convenção demonstrou-se efetiva trazendo à tona tragédias inacreditáveis, conforme o emblemático caso Alyne Pimentel, envolvendo o Estado brasileiro, em 11 de novembro de 2002.

Alyne Pimentel, moradora de Belford Roxo, Rio de Janeiro, 28 anos, negra, classe baixa, casada, mãe e grávida de 06 meses. Diante de fortes dores procurou a Casa de Saúde Nossa Senhora da Glória, sem realizar qualquer exame laboratorial ou

ultrassonografia, foi liberada após administração de analgésicos. Sem qualquer melhora retornou para a mesma Unidade de Saúde, onde se constatou a morte fetal, salienta-se que Alyne já havia passado por 03 médicos distintos e apenas o último identificou a ausência de batimentos cardíacos do feto, vindo a ser necessária a realização de uma cirurgia de curetagem que durou aproximadamente 14 (quatorze) horas.

A equipe da Unidade de Saúde alegou não ter capacidade de continuar com atendimento e que seria crucial que Alyne fosse para um Hospital mais bem equipado, pois o quadro se agravava a cada minuto. Apenas o Hospital Geral de Nova Iguaçu possuía espaço disponível, mas recusou-se a fornecer sua ambulância para o transporte de Alyne, tendo essa que aguardar por 8 (oito) horas a disponibilização de um carro da rede pública, pois não possuía condições financeiras de custear uma ambulância particular. Após tantas horas de espera Alyne entrou em coma, chegando à Unidade Hospitalar de Nova Iguaçu, verificaram que não havia sido enviado os registros médicos informando que a mesma estava grávida e que diante dos seus sintomas realizou o parto de um natimorto. Em 16 de novembro de 2002, Alyne Pimentel não resistiu e faleceu. A autópsia constatou a causa da morte como hemorragia digestiva. Após o falecimento, a mãe de Alyne voltou a 1º Casa de Saúde, solicitando os prontuários médicos de sua filha e os médicos informaram que o feto já estava morto há dias e que isso ocasionou a morte de Alyne. O caso foi levado ao conhecimento do Comitê CEDAW da ONU e ao analisar o mérito reconheceu-se que o Estado Brasileiro havia violado os artigos 2º e 12 da Convenção, no que tange ao acesso à saúde e acesso à justiça.

De forma detalhada sobre o caso, a obra de Catoia, Severi e Firmino (2020) pondera:

“O Comitê CEDAW decidiu, em síntese, que o Estado brasileiro violou as obrigações do artigo 12 (acesso à saúde), artigo 2º, c (acesso à justiça), juntamente com o artigo 1º da Convenção, lidos em conjunto com as Recomendações Gerais nº 24 e 28 da CEDAW. **Ele considerou o Brasil responsável: pela falha no monitoramento das instituições privadas no que se refere aos serviços médicos por elas prestados; pela falha no atendimento às necessidades de saúde específicas de Alyne; pela falha em não adotar um enfoque interseccional nos serviços a ela prestados e pela falha em cumprir com suas obrigações de assegurar ação judicial e proteção efetivas.**

O Comitê considerou que o Brasil não tomou todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra as mulheres no campo da assistência à saúde para assegurar o acesso aos serviços de saúde. A falta desses serviços apropriados resultou em impactos diferenciados no direito à vida de Alyne, em razão de ser mulher negra e pela sua situação socioeconômica.

Seguindo o previsto no Protocolo Facultativo da CEDAW, o Comitê formulou recomendações ao Estado brasileiro considerando tanto a dimensão individual quanto estrutural do caso. **No tocante à dimensão individual, o Comitê reconheceu os danos causados à mãe de Alyne e os danos morais e materiais sofridos por sua filha. Em razão disso, solicitou que o Brasil garanta a reparação apropriada, inclusive financeira, para a mãe e a filha de Alyne, a ser definida considerando a gravidade das violações em questão.**

Sobre as causas sistêmicas, o Comitê requisitou que o Brasil: **garanta o direito das mulheres à maternidade segura e a preços acessíveis, aos cuidados obstétricos de emergência; reduza as mortes maternas evitáveis por meio da implementação do Pacto Nacional pela Redução da Mortalidade Materna no nível estadual e municipal, incluindo a criação de comitês de mortalidade materna onde eles ainda não existam; ofereça treinamento profissional adequado para os profissionais de saúde, especialmente sobre os direitos das mulheres à saúde reprodutiva; assegure que os serviços de saúde privados cumpram com padrões nacionais e internacionais relevantes de assistência à saúde reprodutiva; assegure que sanções adequadas sejam impostas aos profissionais de saúde que violem os direitos relacionados à saúde reprodutiva das mulheres; e assegure o acesso à proteção jurídica adequada e efetiva em casos em que os direitos relativos à saúde reprodutiva das mulheres tenham sido violados.**

Ainda em cumprimento às determinações do Protocolo Facultativo, o Comitê determinou que o Estado brasileiro dê a devida consideração às recomendações feitas e envie, dentro

de seis meses, uma resposta escrita, incluindo informações quanto às ações tomadas.”[17]. (grifo nosso)

O Caso de Alyne Pimentel foi a primeira condenação internacional do Brasil em razão de morte materna, ainda que a própria CEDAW evite ou oculte o termo “Violência Obstétrica”.

O capítulo da proteção dos direitos reprodutivos das mulheres ganha novo marco com a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento das Nações Unidas (CIPD) que ocorreu em setembro de 1994 no Cairo, Egito, inclusive a nomenclatura “direitos reprodutivos” foi criada nessa conferência.

A Conferência de Cairo é considerada de extrema importância diante dos novos paradigmas, exteriorizando a luta social dos coletivos femininos. Como consequência, a mulher que era vista pela sociedade como um ser completamente vulnerável, inferior e submisso, passa a ser reconhecida como sujeito de direito dos programas de desenvolvimento e população, conforme o Capítulo VII, parágrafo 7.3 do Programa de Ação do Cairo:

Os direitos reprodutivos abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos consensuais. Esses direitos se ancoram no **reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos.**[18] (grifo nosso).

Dessa forma, resta claro a necessidade da visibilidade dos direitos reprodutivos da mulher, PIOVESAN (2012) explicita o alcance que a Conferência Internacional de Cairo trouxe para a saúde reprodutiva, observemos:

Em consequência, a **saúde reprodutiva pressupõe a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e de reproduzir-se, contando com a liberdade de fazê-lo ou não, quando e com que frequência.** Está implícito nessa última condição **o direito de homens e mulheres à obtenção de informação e a ter acesso a**

métodos de planejamento familiar de sua escolha que sejam seguros, efetivos, disponíveis e aceitáveis, bem como a outros métodos de regulação da fertilidade de sua escolha não contrários à lei, e o direito de acesso a serviços de saúde apropriados que permitam à mulher passar pela gravidez e pelo parto com segurança e que provejam aos casais as melhores oportunidades de ter um filho saudável.[19](grifo nosso)

Posteriormente, diante do pioneirismo da Conferência de Cairo, um ano após, 1995, em Pequim, China, a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, confirma todas as declarações e decisões realizada em 1994.

Em 2014, a Organização Mundial de Saúde, diante de algumas repercussões acerca de tratamentos degradantes tanto no pré-parto, durante e pós-parto, publicou a declaração para Prevenção e Eliminação de Abusos, Desrespeito e Maus-tratos durante o Parto em Instituições de Saúde, *“Toda mulher tem direito ao melhor padrão atingível de saúde, o qual inclui o direito a um cuidado de saúde digno e respeitoso”*[20], visando resguardar mulheres do mundo inteiro e assegurar o acesso universal aos cuidados em saúde sexual e reprodutiva, dando visibilidade a um dos problemas que mais atinge a sociedade: a violência do gênero feminino, salienta-se que apesar da cultura enraizada a visibilidade dada por esses meios de controle normativos façam que essas práticas sejam abandonadas, prevenidas e combatidas.

Entre os países latino-americanos, a Venezuela é destaque, pois tornou-se pioneira no que tange a utilização do o termo “Violência Obstétrica” em seus dispositivos normativos, conquista alcançada pelos movimentos feministas locais dando visibilidade para os direitos reprodutivos das mulheres. Inclusive a legislação venezuelana tipifica expressamente a definição de Violência Obstétrica, inclusive elenca em seu artigo 51 um rol exemplificativo de atos caracterizadores da violência, vejamos:

“Se entende por Violência Obstétrica a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres por profissional de saúde que se expresse por meio de relações desumanizadoras, de abuso de medicalização e de patologização dos processos naturais, resultando consigo em perda de autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seu corpo e sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres.

Artigo 51. Violência obstétrica. São considerados atos constitutivos de violência obstétrica aqueles executados pelos agentes de saúde, composto por:

1.- Falta de atendimento oportuno e efetivo de emergências obstétricas.

2.- Forçar a mulher a dar à luz em decúbito dorsal e com a pernas levantadas, existindo meios necessários para a realização do parto vertical (...). "[21]. (tradução nossa).

Dessa maneira, a Venezuela além de resguardar os direitos femininos, dá visibilidade a uma modalidade de violência contra a mulher tão banal de situações desumanas em ambientes hospitalares.

Além disso, diante do vanguardismo do país a expressão "Obstetric Violence" foi empregada pelo presidente da Sociedade de Obstetrícia e Ginecologia da Venezuela, Dr. Rogelio PérezD' Gregoriono Editorial Especial do International Journal of Gynecology and Obstetrics[22], em 2010, demonstrando o grande feito realizado, colocando a expressão em destaque no direito internacional e sendo amplamente divulgado pelos movimentos sociais engajados na luta pelo parto humanizado e pela assistência de qualidade em toda a gestação.

3.2. A PROTEÇÃO À MULHER-MÃE NO BRASIL E O PAPEL DA SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA

No Brasil, até a presente data não há legislação federal exclusiva sobre violência obstétrica, ressalte-se que tramitam no Congresso Nacional alguns projetos de lei de tal matéria, merecendo destaque o Projeto de Lei n. 7.633/14, de autoria do deputado Jean Wyllys, Projeto de Lei n. 8.219/17, de autoria do deputado Francisco Floriano e Projeto de Lei. 7.867/17, de autoria da deputada Jô Moraes.

Dada a inércia no âmbito federal, alguns Estados e Municípios são precursores no que tange a promulgação de legislação sobre o tema, são eles: Tocantins (Lei n. 3.385/18), Santa Catarina (Lei n. 17.097/17), Rio Branco (Lei n. 2.324/19), Paraná (Lei n. 20.127/20), Sobral (Lei n. 1.550/16), Pernambuco (Lei n. 16.499/18), João Pessoa (Lei n. 13.448/17), Minas Gerais (Lei n. 23.175/18), Mato Grosso do Sul (Lei n. 5.217/18), Rondônia (Lei 4.173/217), Goiás (Lei n. 19.790/17), Amazonas (Lei n. 4.848/19), leis em sua maioria perfazendo um lapso temporal entre 2016 e 2020, conseqüentemente recentes em nosso ordenamento jurídico.

Apesar das iniciativas louváveis, ainda que tardias, inúmeras mortes e abusos poderiam ter sido evitadas, como supramencionado pelo estudo da Fundação Perseu Abramo e Sesc, estima-se que a cada quatro mulheres, uma já foi vítima de atos de violência obstétrica na vida.

É diante desse contexto de uma normatização da violência obstétrica recente que o Brasil necessitava de alguma forma de resguardar, cuidar, proteger e alertar essas mulheres, a partir agora esqueçamos os dispositivos legais, ou seja, antes de 2016, ano que tivemos a primeira Lei específica sobre Violência Obstétrica no Brasil.

Assim, é de extrema relevância o trabalho e organização da sociedade civil, tal qual a Rede pela Humanização do Parto e Nascimento (ReHuNa), que desde 1993 exerce importante papel na humanização do parto, visando diminuir as intervenções desnecessárias e promover o cuidado ao processo completo da gestação, dando ênfase e protagonismo à mulher e sua qualidade de vida, bem-estar e bem nascer. Inclusive, a ReHuNa foi pioneira em difundir as Recomendações da Organização Mundial de Saúde (OMS) para a Atenção a Partos e Nascimentos, no Brasil.

Destaca-se seu documento de fundação, intitulado “Carta de Campinas” [23], publicado em 17 de outubro 1993, representando a indignação acerca dos descasos sofridos no período gestacional.

Posteriormente nos anos 2000, um segundo documento foi publicado, intitulado “Carta de Fortaleza”, em busca de novos objetivos na luta dos coletivos femininos e onde busca-se assistência médica humanizada para a mulher-mãe, em âmbito internacional, elencando medidas a serem adotadas. Vejamos um trecho:

Estas medidas tão simples e possíveis de serem implementadas nos serviços de saúde de nosso país não podem mais esperar para se tornar realidade. **Os resultados perinatais e as taxas de morbimortalidade materna resultantes da assistência prestada no Brasil, não nos permitem mais conviver com um modelo de assistência que tem sido responsável pelas maiores taxas de parto operatório do mundo e por mortes desnecessárias de mães e bebês.** Nós da ReHuNa, presentes nesta Conferência Internacional para Humanização do Parto e Nascimento queremos já, o quanto antes, que as mulheres tenham a possibilidade de parir e nascer com dignidade e afeto, sendo acolhidas por pessoas que percebam o parto e nascimento como um momento único, como uma expressão de amor.[24] (grifo nosso)

Além disso, um projeto de autoria das pesquisadoras Ana Carolina Franzon, Bianca Zorzam, Heloísa de Oliveira Salgado, doutorandas pela FSP-USP, e Ligia Moreiras Sena, orientada pela professora Carmen na UFSC, com a parceria da blogueira Kalu Brum e do videomaker Armando Rapchan, tornou-se o videodocumentário “Violência Obstétrica – A voz das Brasileiras” e teve grande repercussão, atingindo inúmeros telespectadores, o documentário traz depoimentos de 24 (vinte e quatro) mulheres brasileiras relatando suas experiências durante a gestação e demonstrando categoricamente serem vítimas de violência obstétrica.

A estreia do documentário, exibido online deu no dia 25 de novembro de 2012, nesta mesma data, é simbolizado o “Dia Internacional da Eliminação da Violência contra a Mulher” designado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, associar essas datas afim de criar um manifesto foi algo proposital pelas produtoras. Alguns dos relatos grotescos permite dar visibilidade a essas mulheres que passam anos caladas, tendo que conviver sozinhas com suas dores, senão vejamos:

“ A episiotomia[25]me causou durante uns bons meses desconforto físico, ela inflamou, infeccionou, e desconforto psicológico, eu me sentia estranha, eu não gostava que meu marido encostasse naquela região...”;

“Me senti violada, violentada, quando eu leio algum relato de violência sexual, como a vítima se sente depois, eu consigo traçar um paralelo...”;

“Eu dizia ‘Pra que bisturi? Eu não quero episiotomia. Eu já sei que isso não é necessário. Eu sei que não precisa, é uma escolha’. E ele, ‘não, não podemos discutir isso agora’, e já foi fazendo a incisão na minha vagina. E eu não sabia se eu chorava, se eu respirava... eu não sabia o que eu fazia...”

“Ele (o médico) me convenceu com essa frase: ‘o seu bebê não quer morrer. Se você quiser ir pra casa, assumir essa responsabilidade, pode ir, pode pensar, mas eu tô aqui te falando como seu médico, eu preciso que você confie em mim’, Eu aceitei a cesárea, né?”

“Mas mulher é safada mesmo, né? Sofre e não dá um ano e já tá aqui de novo’. ”[26]

Recentemente, em julho de 2019 o Conselho Federal de Medicina publicou no Diário Oficial da União, a Resolução nº 2.232[27], tendo como escopo estabelecer

normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente, ou seja, que a paciente possa ter seu direito de escolha e recusar práticas sugeridas pelo médico, salvo nos casos específicos previstos na própria Resolução.

O assunto gerou bastante divergência, de um lado manifestantes pro feminismo perceberam que a Resolução cria um laço de tutela do corpo da mulher com a medicina, bastando o médico alegar suposta preocupação com o feto que o poder de decisão da mãe é posto em segundo plano. O Ministério da Saúde além dar anuência ao que corrobora o dispositivo supramencionado, compactua com o posicionamento do Conselho Federal de Medicina ao discordar da utilização do termo “Violência Obstétrica”. Ademais, o Conselho emitiu um parecer (Processo-consulta CFM n. 22/2018 – Parecer CFM n. 32/2018), traçando severas críticas ao termo, reforçando que é um ataque direto à médicos obstetras e ginecologistas, inclusive sugerindo o termo ser dotado de um viés totalmente ideológico e político:

“7 – O CFM reconhece que a proliferação de leis que tratam do tema **“violência obstétrica” embute posições político-ideológicas, e na prática não garantem nem oportunizam uma assistência integral, em todos os níveis de atenção à gestante e ao nascituro.**

8 – Por fim, o CFM considera que o **termo “violência obstétrica”, além de ser pejorativo, traz em seu bojo riscos permanentes de conflito entre pacientes e médicos nos serviços de saúde e, para efeito de pacificação e justiça, avalia que tal termo seja abolido**, e que as deficiências na assistência ao binômio materno-fetal tenham outra abordagem e conceituação.

9 – Na verdade, **a expressão “violência obstétrica” se posiciona como uma agressão contra a especialidade médica de ginecologia e obstetrícia, contra o conhecimento científico** e, por conseguinte, contra a mulher na sociedade, a qual necessita de segurança e qualidade de assistência médica.”[28] (grifo nosso).

Diante do desprezo das autoridades (Conselho Federal de Médica e Ministério da Saúde) e dos descumprimentos de recomendações internacionais, manifestações contrárias surgiram em muitos movimentos ativistas e causaram revolta, sobretudo na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), na Associação Nacional dos Defensores

Públicos Federais (Anadef) e ainda perante o Ministério Público Federal (MPF), que expediu Recomendações expressa ao Ministério da Saúde:

“RECOMENDA o Ministério Público Federal ao Ministério da Saúde, por meio de sua Secretaria de Atenção à Saúde ou quaisquer outras Secretarias que tratem do atendimento ao parto no país, que:

I - Esclareça por meio de nota que o **termo "violência obstétrica" é expressão já consagrada em documentos científicos, legais e usualmente empregada pela sociedade civil**, sendo o uso da expressão livremente facultado independentemente de eventual preferência do Ministério da Saúde em utilizar expressões alternativas em suas ações específicas;

II - **Que se abstenha de empregar quaisquer ações voltadas especificamente à abolição do uso da expressão "violência obstétrica", empregando, ao invés, ações voltadas a coibir as práticas agressivas, maus tratos e desrespeito durante o parto, independentemente da intenção dos profissionais em causar danos;**

III - adote as ações positivas recomendadas pela "Declaração de prevenção e Eliminação de Abusos, Desrespeito e Maus-tratos durante o parto em instituições de saúde", publicada em 2014 (documento remetido em anexo), que reconhece a ocorrência de violência física, verbal e maus tratos durante o parto, independentemente da intencionalidade do profissional em causar dano. ". (grifo nosso).[29]

A Organização não governamental, "Parto do Princípio", é uma rede de mulheres usuárias do sistema de saúde brasileiro tendo um papel relevante e atuante na defesa e promoção dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, em especial no que tange à maternidade consciente. A Rede é bastante ativa nos movimentos sociais além de favorecer demandas e realizar denúncias diante de qualquer ataque ou supressão de direitos da mulher, inclusive possuem um arcabouço de material informativo referente a saúde sexual e reprodutiva da mulher.

No ano de 2012, a rede Parto do Princípio, elaborou para a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) da Violência contra a Mulher que tinha como finalidade investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar

denúncias de omissão por parte do poder público em criar mecanismos de proteção, um Dossiê intitulado “Parirás com dor”, o documento contém uma reunião de informações sobre a Violência Obstétrica praticada nas instituições e salientar que determinados comportamentos, protocolos e intervenções invasivas e sem consentimento encarados como naturais pelos agentes de saúde, causam traumas, sentimento de impotência e silêncio, sendo exigido pela Rede que sejam implantadas políticas públicas efetivas ao combate a Violência Obstétrica e a prestação assistencial de qualidade.

““Na hora que você estava fazendo, você não tava gritando desse jeito, né?” “Não chora não, porque ano que vem você tá aqui de novo.”

“Se você continuar com essa frescura, eu não vou te atender.”

“Na hora de fazer, você gostou, né?”

“Cala a boca! Fica quieta, senão vou te furar todinha.”

Essas frases são repetidamente relatadas por mulheres que deram à luz em várias cidades do Brasil e resumem um pouco da dor e da humilhação que sofreram na assistência ao parto. Outros relatos frequentemente incluem: comentários agressivos, xingamentos, ameaças, discriminação racial e socioeconômica, exames de toque abusivos, agressão física e tortura psicológica.

Submeter uma mulher a procedimentos desnecessários, dolorosos, com exposição a mais riscos e complicações, com a única e exclusiva finalidade de antecipar o exercício da prática desse procedimento em detrimento do aprendizado do respeito à integridade física das pacientes, bem como seu direito inviolável à intimidade é considerado, no contexto dos direitos reprodutivos, violência obstétrica de caráter institucional, físico e, não raro, sexual.”[30]

Em junho de 2013, a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito publicou relatório final ao dossiê da ONG, reconhecendo que o Brasil tem um número expressivo de vítimas e que a violência se encontra camuflada ou até naturalizada.

“Os procedimentos e comportamentos descritos no **Dossiê e por acadêmicas e profissionais mencionadas no referido**

documento demonstram a gravidade das violências que as mulheres gestantes são submetidas cotidianamente nos serviços de saúde. Esta situação requer medidas mais eficazes dos poderes públicos, tanto no âmbito da saúde quanto do direito, particularmente do Ministério Público, no âmbito da União e dos estados.

O Dossiê sugere, dentre outras medidas:

4. Que o Ligue 180, da Secretaria de Políticas para as Mulheres receba denúncias de violência no parto e capacite as atendentes para isso;

5. Alteração na Lei 11.108/2005 para incluir punição em caso de descumprimento;

6. Alteração da Lei 8.080/1990 garantir expressamente no texto legal o direito a acompanhante na parte nos serviços de saúde públicos e privados e inclusão de punição em caso de descumprimento.

7. Capacitação dos profissionais de saúde para o abortamento humanizado em conformidade com a Norma Técnica do Ministério da Saúde.

As ações que o Ministério da Saúde vem desenvolvendo não têm sido suficientes para mudar esta realidade. Por isso, a CPMI recomenda ao Ministério da Saúde que intensifique suas ações junto aos estados para prevenir e punir a violência obstétrica e desenvolva campanhas para que as mulheres possam conhecer seus direitos e não aceitem procedimentos que firam o direito a um procedimento médico adequado e não invasivo.

No que se refere à indagação sobre normatização para acabar com a violência obstétrica, informou que é um problema sério, e que no estado a Secretaria está lançando a rede materno-infantil, que se chama Bem Nascer. **A lógica da rede é da melhoria da infraestrutura das maternidades e qualificação para atendimento desde risco habitual até alto risco, do norte ao sul do estado. A rede irá começar pela região metropolitana e norte, com investimento na pré-parto,**

mudanças das camas, dos equipamentos, para a humanização do parto.”[31]

Mediante o exposto, resta incontestável os avanços promovidos pela luta da sociedade civil organizada, dando visibilidade e exigindo do Poder Público respostas, além de muitos outros feitos em âmbito internacional. Hodiernamente, no dia 19 de fevereiro de 2020, o presidente da Câmara dos Deputados criou a Comissão Especial[32] para avaliar o aumento de denúncias de Violência Obstétrica e alta taxa de mortalidade materna no Brasil, composta por 34 (trinta e quatro) titulares e suplentes, após anos de mudez e omissão estatal.

É imperioso considerar que o progresso normativo e os avanços da legislação brasileira visando a proteção dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher são visíveis e reconhecidos a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, reconhecida como constituição cidadã por dar voz aos anseios da sociedade e proteção aos interesses do povo brasileiro.

Já em seu preâmbulo o Constituinte consagra o “bem-estar”, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, assegurando igualdade entre todos perante a lei.

Além disso, no que tange a assistência à saúde, a CF/88 prevê explicitamente prestação plena e integral por parte do Poder Público à população, independentemente de classe social, devendo o Estado coibir qualquer forma de violência contra a mulher, ainda assegurando que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, sendo assim, por interpretação analógica, a Carta Magna resguardar o dever de combater e punir a Violência Obstétrica, senão vejamos:

“Art. 196. A **saúde é direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação**.”

Art. 197. São **de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor**, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 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:

I - homens e **mulheres** são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

III - ninguém será submetido a **tortura nem a tratamento desumano ou degradante.**”[33]

Destarte, os artigos acima elencados são basilares para a proteção à saúde e a dignidade humana, demonstrando que políticas públicas devem ser criadas e destinadas à saúde das mulheres a fim de gerar uma perspectiva de integralidade e de problematização acerca das desigualdades, violências e omissões relacionadas às mulheres.

Muitas iniciativas de políticas públicas foram sendo adotadas pelo Estado brasileiro ao longo dos anos, uma delas merece destaque, instituída pelo Ministério da Saúde ganhou o nome de Rede Cegonha no SUS, através da Portaria n. 1.459/11[34], seu papel fundamental na sociedade é movimentar ações em atenção à saúde materna e infantil, alterar a cultura do nascer do brasileiro instituindo práticas de humanização durante o parto e também o nascimento.

Por sua vez, a Lei n. 11.108/2005[35] é um dos maiores triunfos da conquista dos movimentos sociais feministas que lutam pelos direitos reprodutivos e ao combate à Violência Obstétrica. A lei prevê o direito da parturiente à presença de um acompanhante, dessa forma, impõe aos hospitais que autorizem a entrada do acompanhante quando a gestante requerer no momento do trabalho de parto, parto e pós-parto imediato em todas as unidades do Sistema Público de Saúde e particulares.

A classificação de quem se enquadra como acompanhante é subjetiva e fica a critério exclusivo da parturiente, assim sendo, a lei não prevê apenas que acompanhante seja propriamente dito o pai da criança, pode ser qualquer pessoa independente de parentesco com a gestante, basta que seja pessoa escolhida por ela.

Salienta-se que apesar da lei ser medianamente antiga em nosso ordenamento jurídico, muitas mulheres são impedidas de solicitar acompanhante e

desconhecem a norma que dá direito a elas, por uma falta, perceptivelmente, proposital do Poder Público e hospitais privados de visibilidade e divulgação.

É imprescindível que a lei torne-se eficaz na sociedade pois atos praticados por agentes de saúde que sejam opostos ao exigido resta caracterizado como Violência Obstétrica, quando a gestante é impedida de ter ao seu lado um acompanhante da escolha dela, temos um direito violado, é um momento de total vulnerabilidade e ter ao seu lado uma pessoa de sua confiança faz com que a parturiente sinta segurança e consiga ter forças para ocupar seu papel de protagonista, ademais ele será o suporte da mãe para o que seja necessário estará com ela todo o tempo.

Outra lei, que ganhou destaque após ser sancionada pelo Presidente da República em 2007 é a Lei n. 11.634/2007[36], tendo como papel fundamental, garantir a parturiente que saiba desde o início da gestação em qual maternidade estará vinculada, logo que inscreve-se no programa de pré-natal é de responsabilidade da Unidade Básica de Saúde informá-la, portanto, põe-se fim na incerteza vivida por muitas grávidas que tinham que esperar até as últimas semanas de gestação para que fosse confirmada a maternidade que deveria prestar assistência necessária de acordo com a situação da paciente, com o advento da lei torna-se obrigatório que de pronto seja do conhecimento da gestante a qual maternidade está vinculada.

3.3. AMAZONAS E SUA TRAJETÓRIA NO COMBATE À VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

O Estado do Amazonas encontra-se entre as Unidades da Federação que possuem legislação específica ao combate da Violência Obstétrica. Apesar do progresso normativo tenro, foi necessária uma relevante movimentação da sociedade civil para a obtenção desses meios de proteção.

Exatamente no ano de 2014, o Ministério Público Federal instaurou procedimento para apurar inúmeras denúncias de Violência Obstétrica no Estado, através de inquéritos civis, um dos casos tomou conhecimento internacional, o caso de Gabriela Repolho no ano de 2012, onde restou constatado pelo MPF graves violações de direitos humanos.[37]

Após 01 ano da visibilidade das situações desumanas ocorridas nas maternidades amazonenses, o Ministério Público Federal promoveu a primeira Audiência Pública para debater o assunto, contando com a presença de 140 pessoas dentre elas: Poder Público, Autarquias e Sociedade Civil, diante dos relatos das vítimas, como da própria Gabriela, restou claro a falta de humanização e empatia dos agentes de saúde com as pacientes.

Dessa forma, o Ministério Público Federal, vislumbrando inúmeras falhas identificadas praticadas pelos agentes de saúde, expediu recomendação à Secretaria Municipal de Saúde (SEMAS), à Secretaria de Estado de Saúde (SUSAM), ao Conselho Regional de Medicina do Amazonas (CRM-AM), ao Conselho Regional de Enfermagem do Amazonas (COREN-AM), à Universidade Federal do Amazonas (UFAM) e aos hospitais privados de Manaus, o documento teve como objetivo coibir atos que atentem aos direitos reprodutivos da mulher e garantir que as sejam leis supramencionadas sejam aplicadas e jamais cerceadas, além de promover campanhas de conscientização e publicidade. A partir desse momento é perceptível certa resistência dos agentes de saúde em seguir as recomendações da Organização Mundial de Saúde (OMS), deficiências intrínsecas a própria formação do profissional de saúde.

Em novembro de 2016, foi realizada a segunda audiência pública ao combate à Violência Obstétrica, após os debates, formou-se a Rede de Enfretamento à Violência Obstétrica no Amazonas, além da criação do Comitê de Combate à Violência Obstétrica no Amazonas que resultou no Termo de Cooperação para o Enfretamento à Violência Obstétrica, assinado entre os seguintes membros: Ministério Público Federal, Ministério Público do Estado do Amazonas, Defensoria Pública da União, Defensoria Pública do Estado do Amazonas, Secretaria Estadual de Saúde do Amazonas, Secretaria Municipal de Saúde de Manaus, Conselho Estadual dos Direitos da Mulher do Amazonas, Secretaria de Estado de Justiça e Cidadania, Secretaria de Segurança Pública, Conselho Regional de Enfermagem, Universidade Federal do Amazonas e Universidade do Estado do Amazonas, posteriormente aderido pelas Comissões de Direito Médico e da Saúde e da Mulher Advogada da Ordem dos Advogados do Brasil da Seccional Amazonas e Humaniza Coletivo Feminista, associação ativista na causa no Amazonas, o documento visa formar uma cooperação entre os associados para juntos implementarem ações de conscientização ao combate à Violência Obstétrica durante pré-parto, parto e pós-parto no Amazonas, a Rede também comprometeu-se em realizar acompanhamento nas maternidades, ademais houve a capacitação de pessoas para atenderem as ligações do número 181, que é um canal exclusivo de denúncias de violências contra a mulher e que a partir de então também recebam denúncias de violência obstétrica e façam os encaminhamentos adequados.

Posteriormente foi celebrado entre o Ministério Público Federal do Amazonas e a Universidade Federal do Amazonas acordo de cooperação técnica objetivando implementar ações conjuntas, desde a capacitação e conscientização dos acadêmicos e docentes da Universidade, disponibilização de materiais acerca do combate à Violência Obstétrica até o desenvolvimento de aplicativo para o acompanhamento de denúncias referente a violência juntamente com a Secretaria de Estado de Saúde,

outrossim, adicionou na grade curricular, a disciplina optativa “Questão de Gênero na Saúde da Mulher”.

Além disso, em novembro de 2018, os Ministérios Público Federal e Estadual do Amazonas ingressaram com uma Ação Civil Pública (ACP)[38] contra o Estado do Amazonas e a União com a finalidade de resguardar medidas de superação à Violência Obstétrica no Amazonas, tanto em hospitais públicos quando privados, garantindo o direito das mulheres ao tratamento humanizado previsto na legislação brasileira e canais efetivos para denúncias formalizados na SUSAM, após 2 tentativas de conciliação na 3ª Vara Federal, a Organização Não Governamental, intitulada “Humaniza Coletivo Feminista” solicitou ingresso no autos do processo como “amicuscurae” (amiga da corte), momento em que a juíza competente deferiu como legítimo o ingresso, diante da representatividade expressiva que a ONG possui no Estado.

Após árdua luta dos movimentos sociais feministas, em especial a ONG “Humaniza Coletivo Feminista” e do Comitê de Combate à Violência Obstétrica no Amazonas, no dia 3 de julho de 2019 entrou em vigor a Lei Estadual n. 4.848/2019 que prevê a implantação de medidas de proteção à Violência Obstétrica nas redes pública e particular de saúde do Estado. Além dispõe de um rol taxativo de condutas que caracterizam a violência em seu art. 2º:

“Art. 2.º Consideram-se condutas ofensivas, abusivas e violentas:

I – tratar a mulher de forma agressiva, não empática, com a utilização de termos que ironizem os processos naturais do ciclo gravídico-puerperal ou que desvalorizem sua subjetividade, dando-lhe nomes infantilizados ou diminutivos, tratando-a como incapaz;

II – fazer comentários constrangedores à mulher referentes a questões de cor, etnia, idade, escolaridade, religião, cultura, crenças, condição socioeconômica, estado civil ou situação conjugal, orientação sexual, identidade de gênero e paridade;

III – ironizar ou censurar a mulher por suas expressões emocionais ou comportamentos que externalizem sua dor física e psicológica ou ainda suas necessidades humanas básicas, tais como gritar, chorar, amedrontar-se, sentir vergonha ou dúvidas; ou ainda por qualquer característica ou

ato físico tais como: obesidade, pelos, estrias, evacuação, dentre outros;

IV – preterir ou ignorar queixas e solicitações feitas pela mulher atendida durante o ciclo gravídico-puerperal, referentes ao cuidado e à manutenção de suas necessidades humanas básicas;

V – induzir a mulher a aceitar uma cirurgia cesariana sem que seja necessária, apresentando riscos imaginários, hipotéticos e não comprovados, e ocultando os devidos esclarecimentos quanto aos riscos à vida e à saúde da mulher e do bebê, inerentes ao procedimento cirúrgico

VI – recusar, impedir ou retardar o atendimento de saúde oportuno e eficaz à mulher, em qualquer fase do ciclo gravídico-puerperal, inclusive em abortamento, desconsiderando a necessidade de urgência da assistência à mulher nesses casos;

VII – promover a transferência da internação da mulher sem a análise e a confirmação prévia de haver vaga e garantia de atendimento no estabelecimento destino, bem como tempo suficiente para que esta chegue ao local;

VIII – impedir a mulher de se comunicar com pessoas externas, privando-a da liberdade de telefonar e caminhar, conversar ou receber visitas quando suas condições clínicas permitirem;

IX – deixar de aplicar analgesia ou anestesia de parto para alívio da dor, quando a parturiente assim a requerer e as condições clínicas permitirem;

X – realizar a episiotomia ou episiorrafia quando esta não for prévia e inequivocadamente autorizada pela mulher, condicionada a validade do consentimento à prévia informação a respeito do procedimento, seus riscos e consequências fisiológicas, temporárias ou permanentes; (...)”[39]

É de suma importância destacar que a lei não tem um viés de criminalizar a conduta médico ou da equipe médica, mas sim trazer à tona condutas desumanas de Violência Obstétrica e buscar através da adoção das medidas judiciais cabíveis

indenizações as vítimas que viviam no desconhecimento dos seus direitos. Além disso, a partir de agora o Estado do Amazonas se amolda as normais internacionais sobretudo na descrição de violência obstétrica:

“Art. 1.º Ficam instituídas medidas de proteção contra a violência obstétrica no Estado do Amazonas e de divulgação da Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal.

Parágrafo único. Para os fins da presente Lei, **entende-se por violência obstétrica a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres, através do tratamento desumanizado, abuso da medicalização e patologização dos processos naturais, que cause a perda da autonomia e capacidade das mulheres de decidir livremente sobre seus corpos e sua sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres durante o pré-natal, parto, puerpério ou em abortamento, que cause dor, dano ou sofrimento desnecessário à mulher, praticada por membros que pertençam à equipe de saúde, ou não, sem o seu consentimento explícito ou em desrespeito à sua autonomia.”[40] (grifo nosso)**

De fato, em comparação com outros Estados e mesmo no âmbito federal, o Amazonas encontra-se em situação privilegiada no âmbito normativo, havendo ainda, contudo, carência de estudos que atestem a efetivação da lei no âmbito social e dados concretos sobre a redução do número de casos que se enquadrem no conceito de violência obstétrica.

4. CONCLUSÃO

Por todas as considerações feitas no presente trabalho é visível a histórica luta da mulher por seus direitos, travando uma contínua batalha contra tudo e contra todos, na conquista de sua identidade e autonomia, no seu reconhecimento enquanto sujeito de direitos e detentora de suas próprias decisões, sobretudo sobre seu próprio corpo.

O silêncio fez parte por muitos anos da vida de mulheres-mães em todo o mundo, a dor e o sofrimento, tidos como meros dissabores, se tornaram a única lembrança de um momento tão marcante e único na vida de uma mulher como o parto de seus rebentos.

A prática de comportamentos, protocolos e intervenções invasivas, desprovidos de consentimento, encarados como naturais pela equipe médica, expressam o quanto precisamos, ainda, empoderar as mulheres para que se reconheçam como sujeito de direitos.

O parto deve ser reconhecido como momento de celebração da vida e não palco de perpetuação da violência patriarcal, o corpo da mulher está vulnerável e sensível e é nesse momento que precisamos de uma equipe médica preparada para tudo ocorre em fluxo perfeito, sem dor ou sofrimento, respeitando-se a autonomia da mulher e sua dignidade da pessoa humana.

5. REFERÊNCIAS

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **Sejamos todas feministas**. Companhia das Letras, 2014, p. 05 e 14.

AMAZONAS. Lei n. 4.848, de 3 de julho de 2019. **DISPÕE sobre a implantação de medidas contra a violência obstétrica nas redes pública e particular de saúde do Estado do Amazonas**. Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas. Manaus. Disponível: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DIARIO_OFICIAL-34041%20(1).pdf>. Acesso em: 06 de jun. de 2020. Pg. 18.

BISCEGLI, T. et al. **Violência obstétrica: perfil assistencial de uma maternidade escola do interior do estado de São Paulo**. Revista cuidar e enfermagem, v. 9, n. 1, p. 18 - 25, 2015.

BRASIL. 3ª Vara Federal no Amazonas. **Ação Civil Pública nº.1005413-82.2018.4.01.3200**. Impetrante: Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado do Amazonas. Impetrado: Estado do Amazonas, União Federal. Amazonas, 28 de nov. de 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/docs/acp-violencia-obstetrica>. Acesso em: 06 de jun. de 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Câmara cria comissão especial sobre violência obstétrica**, Brasília, 19 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/639153-camara-cria-comissao-especial-sobre-violencia-obstetrica/>. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

BRASIL. Conselho Federal De Medicina, **Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente**. Resolução n. 2.232, de 17 de julho de 2019. Diário Oficial da União, edição 179, seção 1, pg. 113. Disponível

em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=16/09/2019&jornal=515&pagina=113>>. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Do parecer no tocante à expressão “violência obstétrica” é uma agressão contra a medicina e especialidade de ginecologia e obstetrícia, contrariando conhecimentos científicos consagrados, reduzindo a segurança e a eficiência de uma boa prática assistencial e ética.** Parecer CFM n. 32/2018 de 23 de outubro de 2018. Conselheiro-relator: Ademair Carlos Augusto dos Santos. Disponível em: <<http://estaticog1.globo.com/2019/05/07/ParecerCFMViolenciaObstetrica.pdf>>. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

BRASIL. Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. **Promulga a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, de 1979, e revoga o Decreto n. 89.460, de 20 de março de 1984, Brasília, DF, setembro 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRASIL. Lei n. 11.108, de 7 de abril de 2005. **Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.** Presidência da República, Casa Civil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm>. Acesso em: 06 de jun. de 2020.

BRASIL. Lei n. 11.634, de 27 de dezembro de 2007. **Dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema Único de Saúde.** Presidência da República, Casa Civil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11634.htm>. Acesso em: 06 de jun. de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 1.459, de 24 de junho de 2011. **Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS - a Rede Cegonha.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 jun. 2011. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1459_24_06_2011.html>. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal no Estado do Amazonas. **O Enfrentamento à Violência Obstétrica no Amazonas: A importância da atuação do comitê Estadual e da Atuação em Rede.** 2019. Disponível em: <<https://spark.adobe.com/page/3Eee8ziTAzn59/>>. Acesso em: 06 de jun. de 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. Autos n. 1.34.001.007752/2013-81. Inquérito Civil. **Recomendação n. 29/2019, 07 de maio de 2019.** Procuradora da República: Ana Carolina Previtalli Nascimento. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/5/art20190510-11.pdf>>. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília (DF): Site do Planalto, 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 de jun. de 2020

BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. **Com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência.** Relatório Final de junho de 2013. Brasília. Presidenta: Deputada Federal Jô Moraes (PCdoB/MG) Vice-Presidenta: Deputada Federal Keiko Ota (PSB/SP) Relatora: Senadora Ana Rita (PT/ES). Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/MATE_TI_130748.pdf>. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

CARTA DE CAMPINAS. **Ato de Fundação. Rede pela Humanização do Parto e Nascimento;** 1993. Disponível em: <rehuna.org.br/wp-content/uploads/2019/12/CARTA-DE-CAMPINAS-Ato-de-Fundação-da-ReHuNa-1993.pdf>. Acesso em: 03 de jun. de 2020.

CARTA DE FORTALEZA. *Respostas para o novo milênio. Rede pela Humanização do Parto e Nascimento;* 1993. Disponível em: <<http://rehuna.org.br/wp-content/uploads/2019/12/Carta-de-Fortaleza-2000.pdf>>. Acesso em: 03 de jun. de 2020.

CATOIA, Cinthia de Cassia; SEVERI, Fabiana Cristina e FIRMINO, Inara Flora Cipriano. **Caso “Alyne Pimentel: Violência de Gênero e Interseccionalidades.** Rev. Estud. Fem. vol.28 no.1 Florianópolis, 2020, Epub Mar 09, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2020000100205&script=sci_arttext>. Acesso em: 24 de maio de 2020.

D’GREGORIO, Rogelio Pérez. Obstetric violence: **A new legal term introduced in Venezuela.** Caracas, Venezuela: International Journal of Gynecology and Obstetrics, 2010. Disponível em: <http://www.redehumanizaus.net/sites/default/files/figo_-

_violencia_obstetrica_-_legislacao_na_venezuela.pdf>. Acesso em: 30 de maio de 2020.

D'OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas; DINIZ, Simone Grilo e SCHRAIBER, Lilian Blima. **Violence against women in health-care institutions: an emerging problem.** The Lancet, vol. 359. 2002. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/42572395/Violence_against_women_in_health-care_in20160211-11806-f3p908.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DViolence_against_women_in_health-%2Bj6w6D%2BIiAOVhxZwPopYosXEci4A%3D%3D&X-Amz-Signature=e64b0aeaedc3d6afa01d4eb13f6039110c84bed89339ec1efbd46b6c13f2cc9c>. Acesso em: 29 de mar. de 2020, p. 1681.

EXPOSIÇÃO SENTIDOS DO NASCER. **Violência obstétrica: A voz das brasileiras.** 2012 (51m01s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=RMfAavgfd9g&t=16s>>. Acesso em: 06 de jun. de 2020.

Fundação Perseu Abramo, e Sesc. Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado. 2010. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/publicacoes/wpcontent/uploads/sites/5/2017/05/pesquisaintegra_0.pdf>. Acesso em: 19 de mar. de 2020, p. 173.

MARQUES, Silvia Badim. **Violência obstétrica no Brasil: um conceito em construção para a garantia do direito integral à saúde das mulheres.** Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, Brasília, v. 9 n. 1: jan./mar., 2020. Disponível em: <[file:///C:/Users/Usuario/Downloads/585-Texto%20do%20artigo-2230-1-10-20200324%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/585-Texto%20do%20artigo-2230-1-10-20200324%20(2).pdf)>. Acesso em: 29 de mar. de 2020, p. 100.

MATTAR, Laura David. **Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais – uma análise comparativa com os direitos reprodutivos.** Sur. Rev. Int. Direito Human. Vol. 5 n. 8 São Paulo June 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452008000100004#32>. Acessado em: 03 de maio de 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS MULHERES. **Report of the world conference of the international women's year.** Mexico City, 19 June/2 July. 1975. Disponível: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/relatorio_conferencia_mexico.pdf>. Acesso em: 04 de maio de 2020, p. 25.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Declaração para Prevenção e Eliminação de Abusos, Desrespeito e Maus-tratos durante o Parto em Instituições de Saúde.** 2014. Disponível

em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf?ua=1>. Acesso em: 04 de maio de 2020.

PATRIOTA, Tania. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento. Plataforma de Cairo.** 1994. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em 03 de maio de 2020, p. 62.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<https://wp.ufpel.edu.br/ppgd/files/2019/08/FI%C3%A1via-Piovesan-Temas-de-direitos-humanos-cap.-12-a-16.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2020, p. 05 e 36.

REDE PARTO DO PRINCÍPIO. **Violência Obstétrica “Parirás com dor”.** Dossiê elaborado para a CPMI da Violência Contra as Mulheres. 2012. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>>. Acesso em: 04 de jun. de 2020.

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. **Ley Orgánica Sobre El Derecho De Las Mujeres A Uma Vida Libre De Violencia.** UNFPA; 2007. Disponível em: <https://venezuela.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Ley_mujer%20%281%29_0.pdf>. Acesso em: 30 de maio de 2020, p. 30 e 52.

TEDESCHI, Losandro Antonio. **História das Mulheres e as Representações do Feminino.** Campinas: Curt Nimuendajú, 2008.

TRINDADE, Fabiane Crescêncio. **Na hora de fazer não gritou: a violência obstétrica como um fenômeno contemporâneo.** 2018. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/182309/001076316.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 29 de mar. de 2020, p. 31.

VIEIRA e REGHIN, Maria Clara e Mariane. **O que é violência obstétrica? Descubra se você já foi vítima.** Revista Crescer – Editora Globo, 2017. Disponível em: <<https://revistacrescer.globo.com/Gravidez/Parto/noticia/2017/08/o-que-e-violencia-obstetrica-descubra-se-voce-ja-foi-vitima.html>>. Acesso em: 03 de maio de 2020.

NOTAS:

[1] Mestre e Professor de Direito da Universidade do Estado do Amazonas.

[2] MARQUES, Silvia Badim. Violência obstétrica no Brasil: um conceito em construção para a garantia do direito integral à saúde das mulheres. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, Brasília, v. 9 n. 1: jan./mar., 2020. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/585-Texto%20do%20artigo-2230-1-10-20200324%20(2).pdf>. Acesso em: 29 de mar. de 2020, p. 100.

[3] TEDESCHI, Losandro Antonio. História das Mulheres e as Representações do Feminino. Campinas: Curt Nimuendajú, 2008.

[4] IBID, p. 123.

[5] ADICHIE, Chimamanda Ngozi. Sejamos todas feministas. Companhia das Letras, 2014, p. 05.

[6] IBID, p. 14.

[7] Fundação Perseu Abramo, e Sesc. Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado. 2010. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/publicacoes/wpcontent/uploads/sites/5/2017/05/pesquisaintegra_0.pdf>. Acesso em: 19 de mar. de 2020, p. 173.

[8] TRINDADE, Fabiane Crescêncio. Na hora de fazer não gritou: a violência obstétrica como um fenômeno contemporâneo. 2018. Disponível em: <fhttps://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/182309/001076316.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 de mar. de 2020, p. 31.

[9] D'OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas; DINIZ, Simone Grilo e SCHRAIBER, Lilian Blima. Violence against women in health-care institutions: an emerging problem. The Lancet, vol. 359. 2002. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/42572395/Violence_against_women_in_health-care_ = Acesso em: 29 de mar. de 2020, p. 1681.

[10] BISCEGLI, T. et al. Violência obstétrica: perfil assistencial de uma maternidade escola do interior do estado de São Paulo. Revista cuidarte enfermagem, v. 9, n. 1, p. 18 - 25, 2015

[11] VIEIRA e REGHIN, Maria Clara e Mariane. O que é violência obstétrica? Descubra se você já foi vítima. Revista Crescer – Editora Globo, 2017. Disponível em: <https://revistacrescer.globo.com/Gravidez/Parto/noticia/2017/08/o-que-e-violencia-obstetrica-descubra-se-voce-ja-foi-vitima.html>. Acesso em: 03 de maio de 2020.

[12] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS MULHERES, Report of the world conference of the international women's year. Mexico City, 19 June/2 July. 1975. Disponível: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/relatorio_conferencia_mexico.pdf>. Acesso em: 04 de maio de 2020, p. 25.

[13] IBID, p. 161.

[14] MATTAR, Laura David. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais – uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. Sur. Rev. Int. Direito Human. Vol. 5 n. 8 São Paulo June 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452008000100004#32>. Acessado em: 03 de maio de 2020.

[15] PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<https://wp.ufpel.edu.br/ppgd/files/2019/08/FI%C3%A1via-Piovesan-Temas-de-direitos-humanos-cap.-12-a-16.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2020, p. 05.

[16] BRASIL. DECRETO N. 4.377, DE 13 DE SETEMBRO DE 2002. Promulga a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto n. 89.460, de 20 de março de 1984, Brasília, DF, setembro 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

[17] CATOIA, Cinthia de Cassia; SEVERI, Fabiana Cristina e FIRMINO, Inara Flora Cipriano. Caso "Alyne Pimentel: Violência de Gênero e Interseccionalidades. Rev. Estud. Fem. vol.28 no.1 Florianópolis, 2020, Epub Mar 09, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2020000100205&script=sci_arttext>. Acesso em: 24 de maio de 2020.

[18] PATRIOTA, Tania. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento. Plataforma de Cairo. 1994. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em 03 de maio de 2020, p. 62.

[19] PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<https://wp.ufpel.edu.br/ppgd/files/2019/08/FI%C3%A1via-Piovesan-Temas-de-direitos-humanos-cap.-12-a-16.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2020, p. 36.

[20] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, Declaração para Prevenção e Eliminação de Abusos, Desrespeito e Maus-tratos durante o Parto em Instituições de Saúde. 2014. Disponível

em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf?ua=1>. Acesso em: 04 de maio de 2020.

[21] REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Ley Orgánica Sobre El Derecho De Las Mujeres A Una Vida Libre De Violencia. UNFPA; 2007. Disponível em: <https://venezuela.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Ley_mujer%20%281%29_0.pdf>. Acesso em: 30 de maio de 2020, p. 30 e 52.

[22] D'GREGORIO, Rogelio Pérez. Obstetric violence: A new legal term introduced in Venezuela. Caracas, Venezuela: International Journal of Gynecology and Obstetrics, 2010. Disponível em: <http://www.redehumanizadas.net/sites/default/files/figo_-_violencia_obstetrica_-_legislacao_na_venezuela.pdf>. Acesso em: 30 de maio de 2020.

[23] CARTA DE CAMPINAS. Ato de Fundação. Rede pela Humanização do Parto e Nascimento; 1993. Disponível em: <rehuna.org.br/wp-content/uploads/2019/12/CARTA-DE-CAMPINAS-Ato-de-Fundação-da-ReHuNa-1993.pdf>. Acesso em: 06 de jun. de 2020.

[24] CARTA DE FORTALEZA. Respostas para o novo milênio. Rede pela Humanização do Parto e Nascimento; 1993. Disponível em: <<http://rehuna.org.br/wp-content/uploads/2019/12/Carta-de-Fortaleza-2000.pdf>>. Acesso em: 06 de jun. de 2020.

[25] Intervenção cirúrgica que consiste num corte na região do períneo (entre a vagina e o ânus), para ampliar o canal e facilitar o parto, geralmente efetuada em casos de partos instrumentalizados

[26] EXPOSIÇÃO SENTIDOS DO NASCER. Violência obstétrica: A voz das brasileiras. 2012 (51m01s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=RMfAvgfqd9g&t=16s>>. Acesso em: 06 de jun. de 2020.

[27] BRASIL. Conselho Federal de Medicina, Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente. Resolução n. 2.232, de 17 de julho de 2019. Diário Oficial da União, edição 179, seção 1, pg. 113. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=16/09/2019&jornal=515&pagina=113>>. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

[28] BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Do parecer no tocante à expressão “violência obstétrica” é uma agressão contra a medicina e especialidade de ginecologia e obstetrícia, contrariando conhecimentos científicos consagrados, reduzindo a segurança e a eficiência de uma boa prática assistencial e ética. Parecer CFM n. 32/2018 de 23 de outubro de 2018. Conselheiro-relator: Ademar Carlos Augusto dos Santos. Disponível em: <<http://estaticog1.globo.com/2019/05/07/ParecerCFMViolenciaObstetrica.pdf>>. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

[29] BRASIL. Ministério Público Federal. Autos n. 1.34.001.007752/2013-81. Inquérito Civil. Recomendação n. 29/2019, 07 de maio de 2019. Procuradora da República: Ana Carolina Previtalli Nascimento. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/5/art20190510-11.pdf>>. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

[30] REDE PARTO DO PRINCÍPIO. Violência Obstétrica “Parirás com dor”. Dossiê elaborado para a CPMI da Violência Contra as Mulheres. 2012. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>>. Acesso em: 04 de jun. de 2020.

[31] BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência. Relatório Final de junho de 2013. Brasília. Presidenta: Deputada Federal Jô Moraes (PCdoB/MG) Vice-Presidenta: Deputada Federal Keiko Ota (PSB/SP) Relatora: Senadora Ana Rita (PT/ES). Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/MATE_TI_130748.pdf>. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

[32] BRASIL. Câmara dos Deputados. Câmara Cria Comissão Especial Sobre Violência Obstétrica, Brasília, 19 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/639153-camara-cria-comissao-especial-sobre-violencia-obstetrica/>>. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

[33] BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília (DF): Site do Planalto, 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

[34] BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 1.459, de 24 de junho de 2011. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS - a Rede Cegonha. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 jun. 2011. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1459_24_06_2011.html>. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

[35] BRASIL. Lei n. 11.108, de 7 de abril de 2005. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Presidência da República, Casa Civil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm>. Acesso em: 06 de jun. de 2020.

[36] BRASIL. Lei n. 11.634, de 27 de dezembro de 2007. Dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema Único de Saúde. Presidência da República, Casa Civil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11634.htm>. Acesso em: 06 de jun. de 2020.

[37] BRASIL. Ministério Público Federal no Estado do Amazonas. O Enfrentamento à Violência Obstétrica no Amazonas: A importância da atuação do comitê Estadual e da Atuação em Rede. 2019. Disponível em: <<https://spark.adobe.com/page/3Eee8ziTAzn59/>>. Acesso em: 06 de jun. de 2020.

[38] BRASIL. 3ª Vara Federal no Amazonas. Ação Civil Pública nº.1005413-82.2018.4.01.3200. Impetrante: Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado do Amazonas. Impetrado: Estado do Amazonas, União Federal. Amazonas, 28 de nov. de 2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/docs/acp-violencia-obstetrica>>. Acesso em: 06 de jun. de 2020.

[39] AMAZONAS. Lei n. 4.848, de 3 de julho de 2019. DISPÕE sobre a implantação de medidas contra a violência obstétrica nas redes pública e particular de saúde do Estado do Amazonas. Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas. Manaus. Disponível: <[file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DIARIO_OFICIAL-34041%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DIARIO_OFICIAL-34041%20(1).pdf)>. Acesso em: 06 de jun. de 2020. Pg. 18.

[40] IBID, Pg. 18.

OS CONCEITOS DE LIBERDADE POLÍTICA E DE INDEPENDÊNCIA DOS CIDADÃOS NA TEORIA DA ORGANIZAÇÃO DE PODERES DE MONTESQUIEU

RENATO CESAR GUEDES GRILO: Procurador da Fazenda Nacional. Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Pós-graduado em Direito Constitucional e em Tributário. Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília.

Resumo: Esse artigo tem por finalidade examinar as bases sob as quais foi estabelecida a organização de poderes de Montesquieu, bem como a estruturação que foi engendradora para a contenção do exercício do poder. Nesse intuito, examinaremos os conceitos de “liberdade política” e “independência dos cidadãos”, apresentados no início do Livro Décimo Primeiro da obra *O Espírito das Leis*, bem como a aplicabilidade destes em relação à constituição do Estado. Em seguida, examinaremos a forma pela qual Montesquieu apresentou uma estrutura de limitação do poder, a partir da comunhão das faculdades de estatuir e de impedir, como forma de impedir o abuso de poder em governos moderados. Por fim, faremos uma reflexão acerca da aplicabilidade das bases teóricas da organização de poderes de Montesquieu na atual conformação constitucional do Estado brasileiro.

Abstract: The purpose of this article is to examine the bases on which Montesquieu's organization of powers was established, as well as the structure that was created to contain the exercise of power. To that end, we will examine the concepts of “political freedom” and “citizens' independence”, presented at the beginning of Book Eleventh of the work *O Espírito das Leis*, as well as their applicability in relation to the constitution of the State. Then, we will examine the way in which Montesquieu presented a structure of limitation of power, based on the communion of the faculties of establishing and preventing, as a way to prevent the abuse of power in moderate governments. Finally, we will reflect on the applicability of the theoretical bases of Montesquieu's organization of powers in the current constitutional conformation of the Brazilian State.

Palavras-chave: constituição do Estado; organização dos poderes; liberdade política; independência dos cidadãos; separação de poderes; Montesquieu.

Keywords: constitution of the State; organization of powers; political freedom; independence of citizens; separation of powers; Montesquieu.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A liberdade possui um conceito polissêmico. 3. O confronto dos conceitos de liberdade política e de independência dos cidadãos é a

base da teoria de limitação de poderes de Montesquieu. 4. A independência de cada indivíduo presente nas leis da Polônia e a liberdade política presente na constituição da Inglaterra. 5. A obtenção da liberdade política em governos moderados e nos quais não se abuse do poder. 5.1 As faculdades de estatuir e de impedir. 5.2 O poder de julgar. 5.3 O poder legislativo. 5.4 O poder executivo. 5.5 A comunhão entre os poderes das faculdades de estatuir e de impedir. 5.6 A possibilidade de inação ou pausa no modelo engendrado por Montesquieu. 5.7 O governo moderado é o resultado da combinação de elemento da monarquia, aristocracia e democracia. 6. A possibilidade de aplicação da base teórica de Montesquieu à prática constitucional brasileira. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. Introdução

No capítulo I do livro Décimo Primeiro de O Espírito das Leis, Montesquieu faz um recorte metodológico e explica ao leitor dois relevantes pontos para a compreensão de sua teoria.

Primeiro, Montesquieu distingue 'as leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição' das 'leis que formam a liberdade política em sua relação com o cidadão'. A primeira relação examina o modo como se atinge (ou se forma) a liberdade política na constituição do Estado, em outras palavras, a regulamentação ou o direito que é capaz de alcançar a 'liberdade política' na formação do Estado, especificamente na relação entre as funções ou poderes do Estado. Já a relação entre liberdade política e o cidadão analisa os costumes, maneiras, exemplos e certas leis que são capazes de trazer segurança ou pelo menos a opinião que se tem de sua segurança[1]; nesse aspecto, o exame se desloca dos elementos necessários para se atingir liberdade política na conformação dos poderes do Estado para examinar o que é necessário para que o cidadão tenha obtenha liberdade política.

Assim, nesse primeiro ponto, Montesquieu explica que a obtenção da "liberdade política" se dá em duas dimensões diversas; ou seja, o valor a ser atingido é "a liberdade política", porém, em dois níveis diferentes: na relação entre os poderes do Estado (na constituição do Estado) e na relação com o cidadão (segurança ou pelo menos a opinião que se tem de sua segurança).

A liberdade política, quando obtida, torna a constituição e o cidadão livres[2], sendo que os meios para atingir esse estado de liberdade são diferentes na dimensão da relação da liberdade política com a constituição e na relação da liberdade política com o cidadão.

Em segundo lugar, Montesquieu explica que irá tratar de cada um desses temas em momentos distintos: as leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição serão tratadas no Livro Décimo Primeiro; as leis que formam a liberdade política em sua relação com o cidadão, serão abordadas no Livro Décimo Segundo.

Com essa explicação metodológica, o autor apresenta as duas dimensões da obtenção da liberdade política e explica que tratará de cada uma em momentos diferentes.

Esse artigo examinará o conceito de 'independência' e a obtenção da liberdade política em sua relação com a constituição, tal como exposta no livro Décimo Primeiro da obra de Montesquieu, cujo objetivo é o de apresentar a partir de qual distribuição dos poderes se forma a liberdade política.

2. A liberdade possui um conceito polissêmico

Montesquieu, após explicar que tratará no livro Décimo Primeiro de sua obra apenas acerca da relação entre a 'liberdade política' em sua relação com a constituição, afirma que o conceito de liberdade assume significados diversos.

Alguns tomam por liberdade a facilidade de depor a quem outorgaram um poder tirânico, outros pela faculdade de eleger a quem deveriam seguir e obedecer; outros, pelo direito de se armar e de exercer a violência. Há ainda que se considere livre pelo fato de ser governado somente por um homem de sua própria nação e ser regido por suas próprias leis.

Quem experimentou um governo monárquico, neste encontrou a liberdade. Mas quem viveu em uma república, também nesta viu a sua liberdade

Em síntese, o autor afirma que cada um chamou de liberdade ao governo que se adequava aos seus costumes ou às suas inclinações, e que nas democracias o povo parece fazer o que quer. Contudo, isso não se constitui em liberdade.

O conceito de liberdade de Montesquieu está conectado a um 'dever' normativo: "a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que eles proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder".

Portanto, liberdade sem limites ou que se adequa aos costumes ou inclinações pessoais, não é liberdade.

3. O confronto dos conceitos de liberdade política e de independência dos cidadãos é a base da teoria de limitação de poderes de Montesquieu

Ao delimitar o seu conceito de liberdade, Montesquieu afirma que em um Estado, isto é, uma sociedade em que há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar[3].

Essa noção de liberdade é deontológica, o que significa que ser livre não é o mesmo que ser independente de deveres e de obrigações; a liberdade só é encontrada e praticada quando é delimitada pelo “deve ser”. Por isso, Montesquieu afirma que liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem.

Independência, por outro lado, é a conformação das coisas segundo as próprias inclinações dos indivíduos, os quais fazem tudo o que desejam. Ocorre que se um cidadão pode fazer tudo o que tem inclinação para fazer, independentemente de haver conformação deontológica, não haverá liberdade, porque os outros também teriam o mesmo poder.

A base do estudo do livro Décimo Primeiro de O Espírito das Leis é essa diferença entre independência e liberdade. Para compreender a proposta de limitação do poder, é preciso entender como se atinge a liberdade.

A liberdade política é encontrada em um agir regrado, no sentido de respeitar limites estabelecidos de modo heterônomo. Ou seja, não é o indivíduo que estabelece os seus próprios limites, mas as limitações lhe são sobrepostas.

Acaso caiba ao próprio cidadão firmar os seus próprios limites, o que se tem (na terminologia usada por Montesquieu) é a independência. O agir independente não se encontra dentro de uma realidade deontológica; os limites poderão ser definidos por cada um e o resultado disso é a opressão de todos.

Essa análise da liberdade em face da independência, sob a ótica do agir individual, será analisada de modo institucional: Montesquieu irá transpor esses conceitos para o palco do exercício constitucional dos poderes do Estado e firmar a sua teoria. Contudo, a base de toda construção é essa: a liberdade é de exercício regrado; para que os poderes do Estado sejam livres, devem limitar-se.

Nesse sentido, a liberdade também não se confunde com o poder do povo; para Montesquieu, quem tem poder se inclina a dele abusar. Por isso, o autor afirma que, como nas democracias o povo parece fazer o que deseja, ligou-se a liberdade a essas formas de governo e confundiu-se o poder do povo com sua liberdade.

O poder vai até onde encontra limites; para haver liberdade, portanto, é preciso um espaço de conformação de seu exercício, de modo que se firmem limitações; o autor afirma que “a própria virtude tem necessidade de limites”.

Assim, liberdade é um conceito deontológico; independência é o arbítrio um dos outros (a opressão de todos). Para haver liberdade é preciso existir limites. Como o objetivo do livro Décimo Primeiro é o exame da liberdade política em sua relação com a constituição, o foco se deslocará para o exercício do poder.

Os poderes do Estado, para serem livres, precisam de uma conformação deontológica, através da qual seja engendrado um plexo de deveres e obrigações capazes de delimitar o constante exercício do poder.

Se o poder não encontra limites, ele será independente e nesse Estado não se encontrará a liberdade política.

4. A independência de cada indivíduo presente nas leis da Polônia e a liberdade política presente na constituição da Inglaterra

Para passar a fazer a aplicação dos conceitos de “independência” e “liberdade política” em sua relação com a constituição, Montesquieu os aplica à realidade existente em dois países, a Polônia e a Inglaterra.

De início, o autor afirma que todo Estado possui um objeto geral, que é manter-se, e objetivos particulares. Por exemplo, a expansão era o objetivo particular de Roma; a religião, das leis judaicas; a navegação, a lei dos ródios.

Na Polônia, o objetivo específico era a independência de cada indivíduo; a Inglaterra, por sua vez, é apresentada como tendo por objetivo de sua constituição a liberdade política.

Partindo disso, Montesquieu irá descrever o modelo existente na Inglaterra, naquele momento histórico, o qual se adequa ao estado de ‘liberdade política’. A esse respeito, Amaral Júnior assevera que, ao descrever o arranjo institucional inglês havido na primeira metade do século XVIII, Montesquieu pretendeu receitar uma estrutura de poderes que prevenisse contra o absolutismo, e que o sistema constante do Capítulo VI do Livro XI de O espírito das leis é o presidencialismo clássico, descrito com base em um “instantâneo” de um dado momento evolutivo das instituições inglesas (primeira metade do século XVIII), que, a rigor, já flertavam com o parlamentarismo[4].

A chave para encontrar a liberdade política na constituição do Estado é a moderação, ou governo moderado. Encontra-se a liberdade política unicamente nos governos moderados, segundo Montesquieu. Porém, não são todos os governos moderados nos quais a liberdade política se fará presente; é indispensável que existam mecanismos pelos quais o poder contenha o poder.

Por outro lado, transportado o conceito para o ambiente constitucional do Estado, a independência de cada indivíduo, como objetivo estatal, resultará na opressão de todos; na medida em que cada um se comporta conforme entende adequado aos seus costumes ou suas inclinações, não se submetendo à limitações recíprocas heterônomas, haverá uma comunhão de poderes: todos podem fazer tudo, sem qualquer limitação sobreposta. Na estruturação do Estado, isso representaria a completa confusão funcional: a inexistência de linhas de divisão entre as atribuições de cada poder implicaria no exercício simultâneo de funções por um mesmo poder. Ou, ainda, vários poderes exercendo, concomitantemente e de modo indiscriminado, todas as funções do Estado.

A independência representaria um Estado de arbítrio, opressão e sem liberdade. Um poder não teme o outro, na medida em que ele tem independência, ou seja, desconhece qualquer barreira ou limite no seu agir. Do mesmo modo que na 'independência dos indivíduos' um cidadão não teme o outro (não respeita limites, tampouco se contém ou é contido em seu agir), em um Estado em que a constituição não garante a liberdade política, os poderes não se conterão reciprocamente.

De acordo com Montesquieu, tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes e as divergências dos indivíduos[5].

Passaremos a expor como se estrutura um governo moderado, segundo Montesquieu, o qual, para garantir a liberdade política, se estrutura de um modo que o poder seja contido pelo próprio poder.

5. A obtenção da liberdade política em governos moderados e quais não se abuse do poder

Conforme dissemos no tópico acima, não basta que o governo seja moderado, para que se alcance a liberdade política, mas é necessário que não se abuse do poder.

Para Montesquieu, há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil.

O poder Legislativo edita Leis por certo tempo ou para sempre e promove a correção das leis vigentes. O poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes é responsável pela paz ou guerra, relações internacionais, segurança e prevenção de invasões. O poder Executivo das coisas que dependem do direito civil (poder de julgar) pune crimes ou julga querelas dos indivíduos.

5.1 As faculdades de estatuir e de impedir

Antes de apresentar cada um dos poderes, é de fundamental importância a compreensão do que Montesquieu chamada de faculdades de estatuir e de impedir, que estão no centro da sua estruturação de contenção dos poderes.

A faculdade de estatuir é o direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem; a faculdade de impedir é o direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro. De acordo com Jorge Miranda, o órgão que tem o poder legislativo deve ter um poder positivo de estatuir leis, mas deve ter também um poder negativo de impedir que os outros órgãos façam algo que ponha em causa os interesses gerais. Da mesma maneira, o órgão que tem o poder executivo deve ter não apenas o poder positivo de estatuir, de fazer a execução das leis, mas deve ter também um poder negativo, de tal modo que não sejam feitas leis contrárias aos interesses gerais. Somente a respeito do poder judicial (o qual considera um poder sem relevância do ponto de vista político) é que Montesquieu não faz a distinção entre faculdade de estatuir e faculdade de impedir[6].

Portanto, a sistemática de contenção dos poderes passa pela comunhão das faculdades de estatuir e de impedir, de modo que se contém o poder mediante o seu exercício simultâneo.

A compreensão desse ponto é de fundamental relevância, antes da apresentação dos poderes que se seguirá: no governo moderado de Montesquieu, a contenção dos poderes não se dá pela sua separação, mas pela comunhão das faculdades de estatuir e de impedir.

Conforme ensina Amaral Júnior, o poder de executar (rei) e o poder de legislar (câmara alta e câmara baixa) não são neutralizados pela separação de suas respectivas funções, mas, sim, pela comunhão de correlatas faculdades de estatuir e de impedir entre eles[7]

Dadas essas considerações iniciais e gerais, de compreensão pressuposta, passaremos a analisar cada um dos poderes.

5.2 O poder de julgar

A proposta de Montesquieu é apresentar uma construção de poderes que compartilhem as faculdades de estatuir e de impedir como mecanismo de limitação do próprio poder.

O poder de julgar, dentro dessa concepção, é limitado em si mesmo, uma vez que não se exerce sobre a vontade geral do Estado, mas sim sobre um determinado indivíduo, punindo crimes ou julgando as querelas dos individuais.

Montesquieu inclusive se refere ao poder de julgar como o “o poder executivo das coisas que dependem do direito civil”; isso significa que o poder de julgar aplica o direito civil, o “ius civile”, isto é, trata das relações e dos conflitos internos, enquanto o poder executivo do Estado (liberal clássico) cuida das relações internacionais (e de algumas poucas – muito poucas – questões internas, notadamente a segurança), sendo por isso chamado de “poder executivo das coisas que dependam do direito das gentes”.

O poder de julgar, portanto, se exerce sobre um indivíduo, o que o diferencia dos demais, os quais se exercem sobre a vontade geral do Estado (legislativo) e sobre a execução dessa vontade (executivo).

Não haverá liberdade política se o poder de julgar não estiver separado do legislativo e do executivo. Não obstante, há três exceções nas quais o poder de julgar está ligado ao poder legislativo:

O poder de julgar não deve estar ligado a nenhuma parte do legislativo – com três exceções: os nobres são julgados pelo corpo dos nobres; atenuação do rigor legal, que significa moderar a lei em favor dela própria, pronunciando-a menos rigorosamente que ela; casos de crime cometido por algum cidadão no trato dos negócios públicos, para os quais 'a parte legislativa do povo' acusa perante 'a parte legislativa dos nobres' (Impeachment).

Montesquieu afirma que o poder de julgar é nulo e invisível. Contudo, a “nulidade” e “invisibilidade” do poder de julgar, considerando que o foco é a relação da liberdade política com a constituição, e como o poder de julgar se exerce sobre um indivíduo e não sobre a vontade geral do Estado, ele é considerado irrelevante para esse parâmetro de análise.

Quando se afirma que o poder de julgar é insignificante, não passando o juiz de se constituir uma vocalização da lei, não se quer reduzir a relevância dos magistrados ou da sua função, mas é que julgar é um ato que se exerce sobre o indivíduo e esse aspecto não é o foco de Montesquieu.

Na análise da relação da liberdade política com a constituição, o foco do autor são os poderes que estatuem a vontade geral (normas heterônomas que regerão a vida na sociedade – poder legislativo) e a execução dessa vontade geral (poder executivo). Dentro dessa proposta, o poder de julgar os crimes e as demandas dos indivíduos, mediante aplicação concreta e individual, não é relevante para a análise central do livro.

Assim, quando Montesquieu afirma que "os juízes de uma nação não são mais que a boca que pronuncia sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor", ele quer dizer que há a impossibilidade de os juízes atenuarem o rigor da lei; essa tarefa é excepcionalmente exercida pelo legislativo, conforme dissemos acima.

Ou seja, se pensarmos em um sistema atual de controle de constitucionalidade, em Montesquieu, essa tarefa não estaria inserida dentro do poder de julgar; hoje, quando os juízes declaram a inconstitucionalidade de uma lei, por ausência de proporcionalidade, por exemplo, há uma atenuação do ato legislativo, que é geral e abstrato; ainda que o controle seja incidental, essa tarefa não é concebida por Montesquieu como sendo do judiciário, mas sim do legislativo.

Os julgadores, para a concepção contida em O Espírito das Leis, não se constituem em uma carreira profissionalizada e permanente[8]. Sobre esse aspecto, Montesquieu afirma que o poder de julgar deve ser exercido por pessoas do povo, desenvolvido de modo temporário e nos termos prescritos em lei: "É mister inclusive que os juízes sejam da condição do acusado ou seus pares, para que ele não possa persuadir-se de que caiu em mãos de pessoas inclinadas a lhe praticarem violências".

"Nos grandes processos, o criminoso, juntamente com a lei, deve escolher os juízes ou ao menos poder recusá-los de um modo tal que os que sobraem sejam tidos como os de sua escolha"[9]. Essa é uma ideia que nos remete à paridade que deve existir entre os cidadãos: uns julgam aos outros e aquele que é julgado receberá com maior carga de legitimidade o julgamento, uma vez que pode recorrer um número de juízes que representam a maioria decisiva para a sentença. Ou seja, os julgadores que restarem serão em número determinante para a conclusão a ser adotada.

Não obstante, alerta, "se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto exato da lei. Se fossem urna opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos".

Trata-se de uma enunciação dos deveres de coerência e fundamentação legal[10], tão desejados no nosso tempo; para a concepção de Montesquieu seria impensável o chamado "ativismo" judicial, na medida em que o juiz é o executor individual da lei, capaz de aplicá-la apenas às querelas individuais e ao julgamento dos crimes.

É importante ressaltar que, na teoria de separação de poderes estudada, o poder de julgar não exerce as faculdades de estatuir e de impedir.

A faculdade de estatuir é o direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem; o poder de julgar se exerce sobre indivíduos, e não sobre a vontade geral do povo.

A faculdade de impedir é o direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro poder. O poder de julgar não exercer 'impedimento' sobre os poderes de legislar e de executar, pelo mesmo motivo: se sobrepõe a situações individuais e particularizadas, e não sobre a vontade geral do Estado.

5.3 O poder legislativo

O legislativo é considerado como um governo do povo, afirmando Montesquieu que, num Estado livre, todo homem que supõe ter uma alma livre deve governar a si próprio, sendo necessário que o povo, no seu conjunto, possua o poder legislativo.

Em outras palavras, a existência do legislativo é como um governo coletivo do povo sobre si. Ao encontro dessa afirmação, Montesquieu assevera que "é preciso que o povo, através de seus representantes, faça tudo o que não pode fazer por si mesmo".

O sistema eleitoral de escolha dos integrantes do legislativo é distrital, convindo que, em cada localidade principal, os habitantes elejam entre si um representante. A forma de representação é indireta, de modo que não é necessário que os representantes, que recebem dos que os elegeram uma instrução geral, recebam outra instrução particular para cada ocasião.

Montesquieu defende a possibilidade de exclusão da capacidade eleitoral ativa, de modo que os cidadãos que "estão em tal estado de baixa que são considerados sem vontade própria" não terão direito a dar seu voto. Esse argumento é coerente com a ideia inicial de "governo do povo"; se o homem não governa a si próprio, não pode participar da escolha de quem governará ao povo.

As reuniões do legislativo não serão permanentes, pois, na concepção do autor, é inútil ficar sempre reunido; porém, será o fim da liberdade se ficar muito tempo sem se reunir. Portanto, as reuniões deverão ter uma certa periodicidade.

O legislativo não deve convocar a si próprio, mas o poder executivo é quem regula o momento da convocação e da duração das assembleias, com relação às circunstâncias que ele conhece.

Não há, na formatação de poder apresentada em O Espírito das Leis, superação de veto dado pelo executivo. Porém, afirma Montesquieu, se num Estado livre o poder legislativo não deve ter o direito de sustar o poder executivo, tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que maneira as leis que promulga devem ser executadas.

Vale dizer, compete ao legislador fiscalizar a correta aplicação das leis, se estão sendo objeto de "execução" adequada pelo executivo, responsável por realizar a 'execução da vontade geral'.

Por fim, é muito importante dizer que o legislativo em Montesquieu é formado por um bicameralismo igual, havendo um corpo 'moderador' de nobres, hereditário, chamado de "parte legislativa dos nobres", e uma outra "parte legislativa dos comuns".

Como justificativa, o autor afirma que os nobres, não fossem separados em um "corpo moderador", seriam escravos da liberdade comum e não teriam interesse em defendê-la.

Contudo, o corpo moderador, de nobres, possui apenas a faculdade de impedir, mas não de estatuir, para que não siga seus exclusivos interesses e esqueçam os do povo. Portanto, o "corpo de nobres hereditário" não tem a prerrogativa de iniciar o processo legislativo, não podendo propor medidas a serem estatuídas. O que lhe compete é a faculdade de impedir, anulando a decisão tomada pela outra câmara do poder legislativo.

Há três hipóteses em que o legislativo julga: os nobres são julgados pelo corpo dos nobres, em uma exceção que revela um paralelismo na teoria, na medida em que, ao apresentar o poder de julgar, Montesquieu afirma que o indivíduo é julgado por pessoas extraídas do povo (comuns – comuns), sendo que os nobres julgam os nobres (nobres – nobres); a atenuação do rigor legal, a fim de moderar a lei em favor dela própria, pronunciando-a menos rigorosamente que ela, também é tarefa do legislativo; os casos de crime cometido por algum cidadão no trato dos negócios

públicos são julgados mediante acusação pela 'parte legislativa do povo' perante a 'parte legislativa dos nobres' (impeachment).

De acordo com Amaral Júnior, "(...) são elementos do impeachment retratados por Montesquieu: (1) aplica-se a qualquer cidadão nos negócios públicos; (2) diz respeito a crimes que, pela sua própria natureza, escapam ao juízo comum; (3) porém, não podem ser submetidos à câmara baixa, "que representa a parte interessada que é o povo"; (4) mas a câmara baixa pode ser acusadora; (5) a acusação é feita perante a câmara alta, "a qual não possui nem os mesmos interesses que ele [o povo – nota nossa], nem as mesmas paixões"[11].

5.4 O poder executivo

O poder executivo em Montesquieu exerce a Chefia de Estado e promove a execução das leis, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões.

Pelo aspecto marcante da Chefia de Estado, a função executiva é chamada de "executivo das coisas que dependem do direito das gentes" (ius gentium). Nesse aspecto, é interessante destacar que Montesquieu estabelece um importante princípio de direito internacional público, ao firmar que: "As diversas nações devem fazer, na paz, tanto bem quanto for possível e, na guerra, o mínimo de mal possível, sem prejudicar seus verdadeiros interesses"[12].

O executivo é unipessoal, dada a necessidade de ação momentânea, deve ser afastada a possibilidade de ser um corpo deliberativo. O poder executivo não pode participar dos debates das questões públicas, que não é uma tarefa executiva, mas legislativa.

A faculdade de impedir do poder executivo está no poder de veto, que não pode ser superado pelo legislativo; vale dizer, diferentemente do que ocorre na nossa atual prática constitucional, o poder legislativo não pode derrubar o veto do executivo.

Contudo, o poder executivo não tem iniciativa legislativa; nesse aspecto, da iniciativa de lei, o executivo não participa da faculdade de estatuir. De acordo com Montesquieu, não é mesmo necessário que as propostas partam do executivo porque, podendo sempre desaprovar as resoluções (vetar, exercendo a faculdade de impedir), pode rejeitar as decisões das proposições que desejaria não fossem feitas.

A faculdade de estatuir do poder executivo está na possibilidade de sanção. Cabe a ele sancionar a lei, fazendo parte, assim, de sua formatação.

O poder executivo tem irresponsabilidade, uma vez que o corpo legislativo não deve ter o direito de julgar a pessoa e, por conseguinte, a conduta de quem executa; sua pessoa deve ser sagrada, segundo Montesquieu.

O exército não deve depender, imediatamente, do corpo legislativo, mas do poder executivo, pois sua atribuição consiste mais na ação do que na deliberação. Lembrando que o poder executivo não delibera ou participa dos debates.

5.5 A comunhão entre os poderes das faculdades de estatuir e de impedir

No exercício do poder há a inevitável tendência de se abusar do poder, de modo que é necessário que o poder limite o poder.

Para isso, Montesquieu engendra um sofisticado sistema de compartilhamento das faculdades de estatuir e de impedir entre os poderes, especificamente o executivo, a 'parte legislativa dos comuns' e a 'parte legislativa dos nobres'.

Diferentemente do poder de julgar, que é neutralizado em sua própria essência, na medida em que não estatui e não impede, o poder de legislar e o poder de executar são neutralizados pela comunhão de funções entre eles.

Isso é relevante de notar, como dissemos acima: não é da separação dos poderes que vem o mecanismo de limitação do poder, mas da comunhão das faculdades de estatuir e de impedir.

A "parte legislativa dos nobres" (câmara alta) e a "parte legislativa dos comuns" (câmara baixa) limitam-se reciprocamente pela comunhão das mesmas faculdades de estatuir e de impedir, uma vez que apenas na comunhão de vontades entre ambas é que o poder legislativo estatui. Além disso, participa dessa faculdade de estatuir o executivo, com a sua sanção, e de impedir, com o seu veto.

Ressalte-se: não há superação ao veto do executivo; também não há superação de impedimento feito pela câmara alta (dos nobres), caso esta resolva exercê-lo em relação que foi deliberado pela câmara dos comuns (representantes eleitos).

5.6 A possibilidade de inação ou pausa no modelo engendrado por Montesquieu

Da exposição do tópico anterior se percebe que o modelo de Montesquieu pressupõe o consenso, o acordo.

Como o movimento dos poderes pode ser bloqueado, sem superação, seja na câmara dos nobres, seja pelo veto do executivo, o consenso entre a câmara baixa, câmara alta e o executivo é o pressuposto para o funcionamento do sistema. Pode-se dizer que o mecanismo é alimentado pelo consenso.

E se não houver o consenso? Simplesmente não haverá deliberação formada. É o que se chama de pausa ou inação de poderes, cuja ideia é coerente com a filosofia liberal de Montesquieu, para quem o poder deve ser contido como prevenção ao absolutismo.

5.7 O governo moderado é o resultado da combinação de elemento da monarquia, aristocracia e democracia

O governo moderado de Montesquieu combina elementos monárquicos, aristocráticos e democráticos; na sua estruturação, o rei é o elemento monárquico, a câmara alta (composta de nobres hereditários) é o elemento aristocrático, e a câmara baixa (composta de representantes eleitos) é o elemento democrático do modelo.

Esses elementos são combinados para evitar a degeneração institucional e representam um governo moderado, aliado a mecanismos de contenção do poder, mediante o compartilhamento das faculdades de estatuir e de impedir, conforme vimos nos tópicos anteriores.

Nessa conformação Montesquieu demonstra a sua preferência pelos pensadores gregos antigos, para os quais o “governo misto” é aquele em que monarquia (governo de um ordenado para o bem comum), aristocracia (governo dos melhores ordenado para o bem comum) e democracia (governo do povo ordenado para o bem comum) combinam-se[13].

6. A possibilidade de aplicação da base teórica de Montesquieu à prática constitucional brasileira

Diante da análise da engenharia de compartilhamento das faculdades de estatuir e de impedir, extraídas da clássica organização dos poderes de Montesquieu, inevitável não olhar para as atuais estruturas de poder brasileiras e questionar acerca da sua ‘independência’ ou ‘liberdade’.

Não bastasse o intrincado sistema de competências dos poderes de Estado, tal como desenhado na Constituição de 1988, existem órgãos autônomos no Brasil, como a defensoria pública, ministério público e tribunais de contas, os quais, por vezes, assumem posicionamentos próprios de poderes de Estado.

Assim, além do debate acerca do ativismo judicial, ou mais genericamente da ingerência de poder sobre outro, há ainda que se lidar com inúmeros agigantamentos institucionais de órgãos autônomos, por vezes de modo dissociado da exata proporção que se extrai da Constituição Federal.

Por exemplo, no dia 20 de janeiro de 2020, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) expediu a Recomendação 01/2020, na qual recomenda, “a todos os órgãos que compõem o Ministério Público brasileiro que se abstenham de praticar atos sujeitos à reserva de jurisdição, ainda que verificada a aquiescência judicial”.

Na exposição de motivos de referida recomendação há a informação de que “determinados membros do Ministério Público brasileiro praticaram atos privativos de autoridade judicial, inclusive contando com a aquiescência destas”.

Quando se tem a notícia de que membros do ministério público praticam atos privativos de autoridade judicial, com a concordância do próprio judiciário, é inevitável a reflexão sobre se estamos em um contexto de “independência” ou de “liberdade política”.

Como vimos, na teoria de organização de poderes de Montesquieu, independência é um conceito de exercício arbitrário do poder, onde não se encontra limites. Já a liberdade política somente é encontrada em governos que, além de serem moderados, exercitem o poder de modo a limitar o próprio poder.

Evidentemente, a estrutura montada por Montesquieu encontra uma conformação alterada, se comparamos com o nosso sistema. Possuímos um poder de julgar que não se restringe a decidir somente casos civis individuais e julgamento de crimes, mas que também se relaciona com a produção normativa e execução de políticas públicas, na medida em que exerce o controle de constitucionalidade e que julga demandas relacionadas à deficiente prestação de serviços públicos por parte do executivo.

Contudo, muito embora com uma conformação de poderes estruturada de modo diverso, a base teórica de Montesquieu, no nosso sentir, segue perfeitamente aplicável. É preciso que judiciário, legislativo e executivo, bem como todos os chamados órgãos autônomos, caminhem em um exercício de poder limitado aos exatos termos constitucionais.

O caminho que deve ser almejado é o do encontro da liberdade política, e não o da independência. Independente será sempre o exercício do poder que só encontra ‘limites’ nas suas próprias convicções ou anseios de agir; ocorre que não há liberdade

quando a conduta institucional do Estado é conformada por aquilo que um determinado órgão autônomo ou poder acha que é correto.

A busca desenfreada pela independência pode conduzir a passos largos para um estado de opressão e arbítrio.

É preciso, portanto, que o Estado se reencontre com os termos constitucionais do exercício do poder, de modo que os poderes possam agir livremente, dentro dos quadrantes já estabelecidos pela Constituição Federal.

CONCLUSÃO

Não se pode confundir liberdade com independência, de acordo com a proposta do livro Décimo Primeiro da obra de Montesquieu, que confronta os conceitos de 'liberdade política' e 'independência dos cidadãos' tendo como referência a relação desta com a Constituição.

Um poder de Estado, para ser livre, precisa fazer o que 'deve ser feito', dentro de um espaço de conformação deontológica e contenção de poder político. Se o poder faz aquilo que acha melhor para a sua concepção de Estado, não há liberdade política, mas independência. A adequação do poder às suas próprias inclinações não se traduz em liberdade, mas independência.

É interessante analisarmos a forma engenhosa como Montesquieu concebeu um Estado livre, através do compartilhamento das faculdades de estatuir e de impedir; a limitação do poder veio por meio da comunhão de faculdades, e não propriamente pela separação dos poderes.

Assim, por mais que nos pareça distante a construção da organização dos poderes, as ideias de liberdade política e de independência, bem como de comunhão de faculdades entre os poderes servem para a reflexão do atual quadro institucional brasileiro.

Desse modo, partindo dos mesmos princípios, de que o poder precisa de limites e que o seu exercício deve levar a um Estado que realize a liberdade política, bem como seguindo a fórmula de comunhão ou compartilhamento de faculdades, é preciso pensar em como criar mecanismos, no tempo atual, para qualificar o exercício do poder no constitucionalismo brasileiro.

De fato, o tempo trouxe certos desarranjos institucional e, talvez, até mesmo ares de "independência" aos poderes do Estado; a crítica não vai apenas ao ativismo

do judiciário, mas também de outros órgãos, como o Ministério Público ou o Tribunal de Contas.

O exemplo dado da recomendação formal do CNMP, advertindo os membros do ministério público a não adotarem medidas de natureza jurisdicional, mostra que os órgãos do Estado parecem buscar a “independência”, afastando-se da “liberdade política”.

É preciso, portanto, reler a teoria de Montesquieu com foco em suas bases. Ainda que abstraída a engenharia específica construída para os poderes, os conceitos de independência, liberdade política e de comunhão das faculdades de estatuir e de impedir servem perfeitamente à reflexão para uma remodelação da prática constitucional brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de “O espírito das leis” in Revista dos Tribunais, vol. 868, 2008, p. 53-68.

AZAMBUJA, Darcy. Introdução à ciência política. 17ª ed. São Paulo: Globo, 2005.

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. Garantia de direitos e separação dos poderes. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10º ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo legislativo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MASCARO, Alysson Leandro. Filosofia do direito. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MIRANDA, Jorge. Formas e sistemas de governo. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MONTESQUIEU. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NADER, Paulo. Filosofia do direito. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NOTAS:

[1] MONTESQUIEU. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 197/198.

[2] "Pode acontecer que a constituição seja livre e que o cidadão não seja. O cidadão poderá ser livre e a constituição não o será. Nestes casos, a constituição será livre de direito, e não de fato; o cidadão será livre de fato, e não de direito. Somente a disposição das leis, e mesmo das leis fundamentais, forma a liberdade em sua relação com a constituição. Mas na relação com o cidadão, costumes, maneiras, exemplos recebidos podem fazê-la nascer; e certas leis civis podem favorece-la, como veremos neste livro". MONTESQUIEU. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 197.

[3] MONTESQUIEU. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 179.

[4] AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de "O espírito das leis" in Revista dos Tribunais, vol. 868, 2008, p. 53-68.

[5] P. 181.

[6] MIRANDA, Jorge. Formas e sistemas de governo. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 58.

[7] AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de "O espírito das leis" in Revista dos Tribunais, vol. 868, 2008, p. 53-68.

[8] "Dessa maneira, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a uma certa situação, nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se tem constantemente juízes diante dos olhos e teme-se a magistratura, mas não os magistrados" (MONTESQUIEU. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 2000).

[9] Essa observação de Montesquieu nos remete ao seguinte artigo do CPP brasileiro: Art. 468. À medida que as cédulas forem sendo retiradas da urna, o juiz presidente as lerá, e a defesa e, depois dela, o Ministério Público poderão recusar os jurados sorteados, até 3 (três) cada parte, sem motivar a recusa.

[10] Nesse sentido é a disposição do CPC/2015: Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

[11] AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de "O espírito das leis" in Revista dos Tribunais, vol. 868, 2008, p. 53-68.

[12] MONTESQUIEU. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 15.

[13] AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de “O espírito das leis” in Revista dos Tribunais, vol. 868, 2008, p. 53-68.

COISA JULGADA PROGRESSIVA E O TERMO INICIAL DO PRAZO DA AÇÃO RESCISÓRIA DO JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO

VICTÓRIA OLÍVIA BERTO DAS NOVAS: pós-graduanda em direito civil e processual civil pela UNAERP e advogada.

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do título de bacharel em direito. Orientadora de conteúdo: mestre ÉRIKA RUBIÃO LUCCHESI. Orientador de metodologia: doutor RAFAEL TOMAZ DE OLIVEIRA.

RESUMO: O tema da coisa julgada progressiva começou a ter destaque ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973. À época, Superior Tribunal de Justiça entendia ser possível a sua formação. Contudo, alterou o seu entendimento, passando a não mais aceitar o conceito de progressividade da coisa julgada, fundamentando que a coisa julgada material é conferida, por lei, à sentença, que, por sua vez, é una e indivisível. A consequência de se aceitar ou não a coisa julgada progressiva está, principalmente, no prazo da ação rescisória, e na possibilidade de cabimento de mais de uma ação oriunda do mesmo processo. Do entendimento do Superior Tribunal de Justiça foi editado o enunciado sumular 401, que fixa o termo inicial da ação rescisória em dois anos a contar da última decisão proferida no processo, enunciado este que influenciou o texto do art. 975 do Código de Processo Civil vigente. Contudo, a sua aplicabilidade no sistema processual atual é questionada, já que as razões determinantes para o entendimento do Superior Tribunal de Justiça não mais persistem, já que se previu expressamente a possibilidade de julgamento antecipado parcial de mérito, que se dá por meio de decisão interlocutória. Rompeu-se com a teoria de que o mérito apenas poderia ser apreciado e julgado definitivamente na sentença, o que faz com que o mesmo processo tenha mais de uma decisão transitada em julgado. O trabalho, atento às discussões sobre o tema, propõe determinar qual teoria a respeito do termo inicial do prazo da ação rescisória para a decisão de julgamento antecipado parcial de mérito é o correto para o sistema processual vigente.

Palavras-chave: Coisa julgada progressiva. Julgamento antecipado parcial de mérito. Termo inicial do prazo da ação rescisória.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DA COISA JULGADA. 2.1 CONCEITO. 2.2 COISA JULGADA MATERIAL E FORMAL. 2.3 LIMITES DA COISA JULGADA. 3 JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DE MÉRITO. 3.1 CONCEITO E CABIMENTO. 3.1.1 Código de

Processo Civil de 1973. 3.1.2 Código de Processo Civil de 2015. 3.2 NATUREZA JURÍDICA. 3.3 IMPUGNAÇÃO. 3.4 EFICÁCIA DA DECISÃO. 3.5 POSSIBILIDADE DE FORMAÇÃO DA COISA JULGADA EM DECISÃO INTERLOCUTÓRIA DE MÉRITO. 4 DA COISA JULGADA PROGRESSIVA. 4.1 CONCEITO. 4.1.1 Teoria dos Capítulos da Sentença. 4.1.1.1 Formação da coisa julgada. 4.2 DA PROGRESSIVIDADE DA COISA JULGADA NO JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DE MÉRITO. 5 PRAZO DA AÇÃO RESCISÓRIA PARA A DECISÃO DE JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DE MÉRITO. 5.1 AÇÃO RESCISÓRIA. 5.1.1 Conceito, requisitos e legitimidade. 5.1.2 Hipóteses de cabimento. 5.2 CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA DA DECISÃO DE JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO. 5.3 TERMO INICIAL DO PRAZO DA AÇÃO RESCISÓRIA. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil vigente (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) previu a possibilidade de julgamento antecipado parcial de mérito (art. 356 do CPC), que se dará quando um ou mais dos pedidos mostrar-se incontroverso, ou estiver em condições de imediato julgamento, por não ser necessária a produção de outras provas ou na aplicação dos efeitos da revelia.

Com isso, rompeu-se com a teoria da concentração da decisão (“dogma da unidade”), pela qual o mérito deveria ser analisado e julgado em um momento único, dando-se, às questões maduras, julgamento imediato, de forma célere.

Sobre essa decisão, por versar sobre o mérito, recairão os efeitos da coisa julgada, tornando-se, assim, definitiva e imutável. Não poderá, dessa forma, ter os seus termos revistos na sentença.

Tem-se, portanto, duas decisões – no sentido *lato* – que versam sobre o mérito, e sobre ambas recairão os efeitos da coisa julgada, mas em momentos distintos. Sobre ambas é cabível a ação rescisória, que se presta a desconstituir a coisa julgada.

O legislador admitiu a formação da chamada “coisa julgada progressiva” ou “gradual”, que é, como o nome sugere, a formação de várias coisas julgadas, de forma gradual, dentro de um mesmo processo.

Ao se admitir a formação da coisa julgada em momentos diferentes, surgem dúvidas a respeito do termo inicial do prazo da ação rescisória. O CPC, no art. 975, prevê que “o direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”.

O texto do referido artigo foi inspirado no enunciado 401 de súmula do Superior Tribunal de Justiça, firmado ainda na vigência do código revogado, e que dispõe que “o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”.

O entendimento, no entanto, bem como a aplicação literal do art. 975 do CPC, não está harmonizado com o sistema processual vigente. Isso porque não levam em consideração os institutos trazidos a pouco, do julgamento antecipado parcial de mérito e formação da coisa julgada progressiva.

Ao se considerar que o prazo só se inicia com o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, sem que tenha ela relação com a que será objeto da ação rescisória, é negar a própria validade ao julgamento antecipado parcial de mérito.

Grande parte da doutrina tem entendido pela necessidade de se fazer uma interpretação sistemática do art. 975 do CPC, para garantir às partes acesso igualitário à justiça, enquanto os Tribunais têm aplicado o entendimento firmado pelo enunciado sumular 401 do Superior Tribunal de Justiça.

O presente trabalho, por meio de revisão bibliográfica e método dedutivo, analisou o tema, e debateu sobre os conceitos de coisa julgada, julgamento antecipado parcial de mérito, coisa julgada progressiva, e ação rescisória.

Com isso, o presente trabalho se propõe a debater sobre qual o termo inicial do prazo para a propositura da ação rescisória do julgamento antecipado parcial de mérito.

2 DA COISA JULGADA

2.1 CONCEITO

A Constituição Federal assegura o direito à segurança jurídica processual, que, por sua vez, é a impossibilidade de que determinada decisão seja alterada após certo decurso de tempo.

Essa é a finalidade da coisa julgada, garantia prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Coisa julgada é, portanto, a autoridade “de que se reveste o pronunciamento de mérito transitado em julgado, consistente na imutabilidade de

seu comando^[1]. É manifestação do Estado Democrático de Direito, que tem seus fundamentos expostos no art. 1º da Constituição Federal.

É esse o conceito que Nelson Nery adota, para quem a coisa julgada material traz segurança jurídica como manifestação do Estado Democrático de Direito:

A segurança jurídica, trazida pela coisa julgada material, é manifestação do estado democrático de direito (CF 1.º caput). Entre o justo absoluto, utópico, e o justo possível, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (justo possível), que é consubstanciado na segurança jurídica da coisa julgada material. Descumprir-se a coisa julgada é negar o próprio estado democrático de direito, fundamento da república brasileira^[2].

Para Barbosa Moreira, a coisa julgada se destina a conferir estabilidade à tutela jurisdicional, de forma que esta se torne imune a futuras contestações:

A coisa julgada – nunca será demais repeti-lo – é instituto de finalidade essencialmente prática: destina-se a conferir estabilidade à tutela jurisdicional dispensada. Para exercer de modo eficaz tal função, ela deve fazer imune a futuras contestações o resultado final do processo^[3].

A finalidade da coisa julgada não é outra senão garantir estabilidade ao direito.

O seu conceito e cabimento estão dispostos na legislação infraconstitucional. Dispõe o CPC, no art. 502, que: “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

A decisão de mérito, não mais sujeita a recurso^[4], se torna imutável e indiscutível. Significa que aquilo que já foi decidido não mais pode ser revisto e nem questionado. Isso se aplica à legislação, que, mesmo que promulgue ou revogue aquela que originou o julgamento, não poderá mudar a decisão já prolatada; e também ao juiz (arts. 502 e 505 do CPC).

Alexandre Câmara ensina que “a passagem da decisão da situação original (em que era recorrível) para esta nova situação (de irrecorribilidade) é

chamada de trânsito em julgado”^[5]. O trânsito em julgado se dá, dessa forma, quando não mais possível a interposição de recurso.

A imutabilidade e a indiscutibilidade são o que a doutrina denomina de “efeito negativo da coisa julgada”^[6], que consiste justamente na impossibilidade de nova análise e julgamento de questão já decidida. Como mecanismo de proteção a este efeito, o art. 337, VII do CPC prevê a possibilidade de que o réu alegue a coisa julgada^[7] na contestação, antes de discutir o mérito.

O professor Cássio Scarpinella Bueno^[8] entende, ainda, que há o fenômeno oposto, o chamado “efeito positivo” da coisa julgada, pelo qual o Estado-juíz deve observar o que já foi objeto de decisão e alcançado pela coisa julgada. Se reconhecida, o juiz julgará o pedido sem resolução do mérito, nos termos do inciso V, do art. 485, do CPC.

2. 2 COISA JULGADA MATERIAL E FORMAL

A coisa julgada é gênero, do qual são espécies a formal e material.

Para Moacyr Amaral Santos, tratam-se de “degraus do mesmo fenômeno”^[9], porque para que a coisa julgada material seja formada, é necessário que, antes, ocorra a formal.

A coisa julgada formal é, em síntese, a estabilidade da decisão não mais recorrível^[10]. Essa estabilidade se dá com a preclusão da possibilidade de interpor recurso, e é um fenômeno endoprocessual, ou seja, a imutabilidade da decisão de mérito é formada para “dentro” do processo. Todas as decisões estão sujeitas à coisa julgada formal, a partir do momento em que não seja mais possível questioná-las no mesmo processo.

A coisa julgada material é “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito” (art. 502 do CPC). O conteúdo da decisão não poderá mais ser revisto e discutido, seja no mesmo processo, ou em um novo, sendo um efeito exoprocessual, já que surtem para “fora” do processo, “com vistas a estabilizar as relações de direito material tais quais resolvidas perante o mesmo júízo ou qualquer outro”^[11].

Sobre a coisa julgada material, importante, ainda que não seja objeto de estudo do presente trabalho, trazer, em síntese, que, no caso das ações coletivas, firmou-se “a coisa julgada *secundum eventum litis*, que nada mais é do que a mitigação da coisa julgada do sistema tradicional individualista quando os interesses envolvidos forem de natureza transindividual”^[12]. Dessa forma, apenas formará

coisa julgada material, que tem efeito *erga omnes*, a decisão coletiva que for julgada procedente.

Sobre os efeitos do trânsito em julgado, Nelson Nery ensina que:

A sentença ou decisão de mérito transitada em julgado, isto é, acobertada pela autoridade da coisa julgada, possui efeitos dentro do processo onde foi prolatada e, também, efeitos que se projetam para fora desse mesmo processo. Há, portanto, duas espécies básicas de efeitos da coisa julgada: I – efeitos endoprocessuais: a) tornar inimpugnável e indiscutível a sentença de mérito transitada em julgado, impedindo o juiz de redecidir a pretensão (CPC 502 e CPC 505); b) tornar obrigatório o comando que emerge da parte dispositiva da sentença; II – efeitos extraprocessuais: a) vincular as partes e o juízo de qualquer processo (...)[13].

Para Humberto Theodoro Júnior, a coisa julgada material só pode ocorrer com a formal, muito embora esta última possa ocorrer sozinha:

A coisa julgada formal pode existir sozinha em determinado caso, como ocorre nas sentenças meramente terminativas, que apenas extinguem o processo sem julgar a lide. Mas a coisa julgada material só pode ocorrer de par com a coisa julgada formal, isto é, toda sentença para transitar materialmente em julgado deve, também, passar em julgado formalmente[14].

Não são todas as decisões que transitam materialmente em julgado: apenas são passíveis as decisões de mérito, conforme leitura do art. 502 do CPC, citado acima.

A sentença que decide o mérito é a chamada de definitiva, que, de acordo com o inciso I do art. 487, do CPC é aquela que “acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção”.

Dessa forma, considera-se que houve o julgamento do mérito quando o juiz acolher ou rejeitar os pedidos formulados pelo autor da ação, e nas demais hipóteses previstas no art. 487 do CPC.

O mérito – é importante dizer – está relacionado ao conceito de lide. O nosso ordenamento jurídico adotou o conceito de Carnelutti, conforme ensina Humberto Theodoro júnior:

Para o nosso Código, lide é sempre o mérito da causa. Filiou-se, assim, abertamente à lição de Carnelutti, que define lide como o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. 'O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes[15].

E, para que ocorra o julgamento do mérito, necessário que estejam presentes os pressupostos processuais de existência e validade do processo.

Os pressupostos de existência são: jurisdição do juiz, petição inicial, capacidade postulatória do autor, e citação do réu[16]. Sem isso, a decisão "não existe", já que proferida em processo igualmente inexistente, e, dessa forma, "não terá força de coisa julgada e por isso prescinde de rescisão, porque não produz nenhum efeito"[17].

Os pressupostos de validade[18]-[19] são: (a) competência; (b) ausência de impedimento do juiz; (c) petição inicial apta; (d) citação válida; (e) inexistência de litispendência, preempção e coisa julgada.

Estes conceitos, que, infelizmente não podem ser estudados com toda a dedicação necessária, são importantes para o conceito da coisa julgada material, já exposto acima.

2.3 LIMITES DA COISA JULGADA

A decisão de mérito transitada em julgado se torna imutável e indiscutível, mas possui limites, que dizem respeito ao "âmbito de influência e de vinculação da coisa julgada"^[20].

O art. 503 do CPC determina que "a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida".

A expressão "força de lei", para Alexandre Câmara, afirma "que a sentença de mérito faz coisa julgada material nos limites da questão principal expressamente decidida"^[21].

Para saber o alcance do objeto da coisa julgada, dispõe o art. 504 do CPC sobre o que não faz coisa julgada: “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” e “a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”.

Dessa forma, o limite objetivo da coisa julgada recai sobre o dispositivo da sentença – elemento essencial –, “em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeteram” (art. 489, III, CPC).

Importante, para a compreensão do quanto exposto acima, trazer alguns conceitos essenciais.

Processo é “o meio utilizado pelo Estado para compor os litígios, dando aplicação ao direito objetivo frente a uma situação contenciosa” [22].

Litígio é o conflito de interesses levado ao Poder Judiciário para buscar a solução. Para Humberto Theodoro Júnior, as partes, para justificar a sua pretensão e resistência, invocam razões, que dão origem às questões, que, por sua vez, são os pontos controvertidos dos fatos e do direito:

Lide ou litígio é o conflito de interesses a ser solucionado no processo. As partes em dissídio invocam razões para justificar a pretensão e a resistência, criando dúvidas sobre elas, que dão origem às questões. Questões, portanto, são os pontos controvertidos envolvendo os fatos e as regras jurídicas debatidas entre as partes [23].

O provimento jurisdicional se dará sobre as questões trazidas a julgamento, quais sejam, pedidos e requerimentos. Sobre essa decisão, recairá a coisa julgada material.

O limite subjetivo, por sua vez, refere-se aos sujeitos vinculados à coisa julgada. Dispõe o art. 506 do CPC que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”.

A coisa julgada recairá sobre as partes do processo, no que diz respeito à imutabilidade e indiscutibilidade.

Faz-se necessário conceituar partes, que são, para Liebman, “os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz” [24].

Percebendo ser o conceito muito amplo, veio, logo em seguida, retificar o posicionamento, afirmando que “o ajuizamento da petição inicial, como ato

constitutivo do processo, determina também as partes: aquela que pede ao juiz o seu pronunciamento sobre determinado objeto e aquela com relação à qual tal pronunciamento lhe é pedido”[25].

Este conceito, conforme ensinam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, é aproximado ao de Chiovenda, para quem “parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada”[26].

Como se pode observar, a conceituação de parte não é e não pode ser simplista. No entanto, por não ser o objeto do presente trabalho, o tema não será debatido a fundo.

Conforme concluem o conceito, Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Com base nesses elementos, pode-se concluir que será parte no processo aquele que demandar em seu nome (ou em nome de quem for demandada) a atuação de um pedido e aquele outro contra quem esse deve ser atuado. *O pedido é o elemento que determina quem é parte no processo e quem não é*[27].

Será parte, nesse sentido, aquele que pede a prestação jurisdicional e contra quem se pede.

Os limites objetivos, portanto, estão relacionados à parte dispositiva da decisão, que contém a resolução das questões principais do processo; e os subjetivos, em síntese, aos sujeitos que estão vinculados à coisa julgada.

3 JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DE MÉRITO

3.1 CONCEITO E CABIMENTO

3.1.1 Código de Processo Civil de 1973

Defendia-se a tese, no Código de Processo Civil revogado (Lei nº 5.869/73), que o julgamento do mérito deveria se dar no mesmo momento para todos os pedidos. Trata-se da teoria do princípio da concentração da decisão.

Para Cândido Rangel Dinamarco, “o processo é sempre um só e unitário, ainda quando contiver pedidos cumulados (...) ou mesmo uma pluralidade de sujeitos em um dos polos da relação jurídica processual[28]”.

Para José Frederico Marques, os pedidos deveriam ser julgados conjuntamente, na sentença:

Formado o processo cumulativo, não pode o juiz decidir antecipadamente um ou alguns dos litígios e deixar os demais para a sentença a ser proferida a final. Todos os litígios devem ser julgados numa só sentença (sentença antecipada sobre a lide *ou* sentença em audiência), uma vez que não se pode suspender o curso do procedimento em havendo apelação, com efeito suspensivo, para aguardar o julgamento do recurso. E como seria absurdo, *contra ius* e *contra legem*, entender-se que aí caberia o agravo de instrumento, - o princípio da economia processual (que é um dos inspiradores do art. 330) impede aquela suspensão do processo cumulativo, e, conseqüentemente, julgamento antecipado de apenas uma ou algumas das lides contida em *simultaneous processos*[29].

Com a Lei n.º 10.444/02, que acrescentou o §6º no art. 273 do CPC/73, sobreveio o entendimento de que era possível o julgamento parcial do mérito, sob a forma de tutela antecipatória da parte incontroversa do pedido.

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

(...)

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

Para Arruda Alvim, o §6º do art. 273 do CPC/73, representou o rompimento do princípio da unidade da resolução de mérito. Para ele, o julgamento do mérito poderia se dar em momentos distintos:

(...) representa a possibilidade de cisão do ato decisório, independentemente da forma prevista no CPC/1973. Trata-se de verdadeira quebra do princípio da unicidade da resolução de mérito, em favor do julgamento imediato e célere das questões que se encontrem maduras[30].

Nesse sentido, é a posição adotada por Thiago Ferreira Siqueira, ao defender a possibilidade de julgamento definitivo parcial do mérito do processo que demonstrada incontroversa, com base no §6º do art. 273 do CPC/73:

Por tal motivo, a razão parece estar com a doutrina majoritária, que entende que, com base no dispositivo, o juiz estaria autorizado a julgar, de modo definitivo, a parcela do objeto do processo que se mostre incontroversa. Se antes o sistema processual não possibilitava essa cisão na apreciação do mérito, a permissão teria sido dada justamente pelo §6º do art. 273[31].

As hipóteses autorizativas encontravam-se elencadas no art. 330 do CPC/73, e eram: (a) questão de mérito ser de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver – haver a necessidade de produção de provas; e (b) revelia.

A decisão analisava o pedido em cognição exauriente, em razão de não terem mais provas a serem produzidas, nem debates a serem realizados. O seu julgamento decorre de certeza:

No caso do pronunciamento judicial fundado no §6º do art. 273 do CPC, a cognição do juiz é exauriente, justamente por decorrer de uma certeza, obtida pela incontrovérsia referida no dispositivo. Daí por que tal pronunciamento tem força para gerar coisa julgada material[32].

Para José Henrique Mouta Araújo, não se tratava de antecipação de tutela, mas sim da prestação jurisdicional da questão incontroversa. Isso porque ela não se dava em casos de urgência ou mera verossimilhança da alegação da parte, mas sim de pedido incontroverso, porque não contestado, ou por já ter sido provado.

Nesse sentido:

Com efeito, se o pedido restou incontroverso no decorrer da demanda, não se trata efetivamente de antecipação apenas dos efeitos da tutela, mas sim, do próprio objeto incontroverso[33].

Muito embora a matéria fosse decidida em cognição exauriente, havia a discussão doutrinária sobre a necessidade de reafirmação na sentença – o que implica diretamente na formação da coisa julgada. Isso, no entanto, será objeto de estudo do item 3.5.

Quanto à possibilidade de julgamento antecipado de parte do mérito, o Código de Processo Civil trouxe previsão expressa, e é sobre o que passaremos a tratar.

3.1.2 Código de Processo Civil de 2015

O julgamento antecipado parcial do mérito é, em síntese, a possibilidade de julgamento fracionado do mérito, quando um ou mais dos pedidos formulados, ou parcela deles, “se mostrar incontroverso”, ou “estiver em condições de imediato julgamento” (art. 356 do CPC).

A teoria corrobora com o rompimento da “indivisibilidade do objeto litigioso”^[34] – iniciada com o §6º do art. 273 do CPC/73 – segundo a qual o mérito deveria ser julgado em momento único.

É um avanço processual, porquanto possibilita que a prestação jurisdicional se dê no momento adequado para cada pedido, cumprindo com o princípio da celeridade processual.

É o que defende o professor Cássio Scarpinella Bueno:

A importância do CPC de 2015, no particular, reside em tornar expressa aquela viabilidade, rompendo de vez, e *de lege lata*, com o que alguns chamam de “princípio da unicidade do julgamento” ou “da sentença”. É técnica importante para, sempre viabilizando o inafastável diálogo entre os planos material e processual, *otimizar* o procedimento, flexibilizando-o na perspectiva de permitir a efetivação da tutela jurisdicional na medida em que ela *já* possa ser prestada, ainda que em parte. Não deixa de ser, nessa perspectiva, uma inegável *concretização* da eficiência processual^[35].

Não é outra a posição de Leonardo Carneiro da Cunha:

Justamente porque é possível cindir a decisão em partes autônomas, admite-se expressamente a possibilidade de resolução antecipada parcial do mérito (art. 356, CPC). Assim, se forem incontroversos os fatos que compõem a causa de pedir relacionada a um dos pedidos, ou se ocorrer uma das hipóteses do art. 355 do CPC em relação a apenas um dos pedidos formulados, o juízo de mérito sobre ele já pode ser

antecipado – e, com isso, o magistrado estará antecipando um dos capítulos que comporiam a futura sentença^[36].

Não se trata de uma faculdade do juiz, mas sim de obrigação, em se tratando de pedido incontroverso ou que esteja em condições de imediato julgamento, hipóteses previstas no art. 356 do CPC^[37].

Para entender o instituto, é necessário compreender o que é o pedido e quais as possibilidades de cumulação.

Pedido é a “manifestação processual de uma pretensão (entendida a pretensão como a *intenção de submeter o interesse alheio ao próprio*)”^[38].

Precisa ser formulado na petição inicial (art. 319, IV, do CPC), e deve ser certo e determinado – o autor deve especificar o que pretende obter em juízo, bem como delimitar o que pede^[39].

Há a possibilidade de cumulação de vários pedidos no mesmo processo, contra o mesmo réu (art. 327, CPC), ainda que entre eles não haja conexão. Para tanto, é necessário o preenchimento de alguns requisitos, quais sejam, (a) compatibilidade dos pedidos; (b) competência do mesmo juízo; (c) o procedimento seja adequado para todos os pedidos.

Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

§ 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação que:

I - os pedidos sejam compatíveis entre si;

II - seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;

III - seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

Pedido incontroverso é a “pretensão cujos fatos subjacentes foram admitidos expressa ou tacitamente como verdadeiros pelo adversário”^[40].

Há a necessidade de produção de provas para fatos controvertidos, devendo ser a prova também pertinente e relevante. Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “fato pertinente é aquele que tem relação com o fato constitutivo ou com

o fato representativo da defesa de mérito indireta. Fato relevante é o que pode influir sobre o julgamento do mérito”[41].

Sobre a desnecessidade de produção de provas, referidos autores ensinam que a admissão e a valoração da prova são duas fases distintas do raciocínio do julgador, que primeiro admite a prova, e depois analisa o seu resultado:

Não basta que um fato tenha sido negado ou alegado pelo réu para exigir esclarecimento através de prova. Para melhor explicar, é preciso deixar clara a separação entre os momentos de admissão e de valoração da prova. Tais momentos equivalem a duas fases do raciocínio do julgador, já que esse raciocina a respeito da admissibilidade da prova e, após, sobre o seu resultado, conteúdo ou valor[42].

Recaindo a prova sobre fato pertinente e relevante, é necessária a produção de provas, não sendo possível o julgamento antecipado parcial.

A aplicação do efeito da revelia (art. 344 do CPC), que é a presunção de veracidade das alegações formuladas pelo autor, se dará não só com a ausência de apresentação de contestação e ausência de preenchimento das hipóteses previstas no art. 345 do CPC, mas também deve ser capaz de autorizar o julgamento antecipado parcial. É o que defendem Marinoni, Arenhart, e Mitidiero:

É preciso perceber, contudo, que a simples ausência de contestação não é suficiente para determinar a possibilidade de julgamento imediato. Na verdade, o que interessa é que a presunção de veracidade que constitui consequência da revelia esteja presente para autorizar o julgamento imediato do pedido[43].

Dessa forma, se um dos pedidos mostrar-se incontroverso, ou estiver em condições de imediato julgamento, o que se dá por não ser necessária a produção de outras provas ou pela aplicação dos efeitos da revelia, deve ser julgado antecipadamente, a fim de evitar o decurso desnecessário de tempo.

É o que entende Rogéria Dotti Doria:

Note-se que no que diz respeito à parte incontroversa da demanda, tanto o autor quanto o réu possuem a mesma posição, não havendo razão para a procrastinação do ato judicial que garanta a satisfação da pretensão[44].

Julgar antecipadamente – é importante ressaltar – não significa que o pedido será julgado antes do momento adequado. Muito pelo contrário: a sua apreciação se dará no momento em que estiver em condições para tanto, por já ter sido respeitado o amplo contraditório^[45] e a produção de provas.

Possibilita que a parte desde já tenha a satisfação do seu direito, sem precisar aguardar o julgamento de todos os pedidos – o que pode levar tempo considerável. É o que defende Tiago Ferreira Siqueira:

Importante, por fim, deixar claro que, por julgamento parcial, não se deve entender a resolução gradual das várias questões – de fato e de direito – que se colocam como antecedente lógico para a apreciação de uma única pretensão. Na verdade, o que o art. 356 do CPC/15 possibilita é que o julgamento de cada um dos pedidos cumulados num mesmo processo se dê em momentos distintos^[46].

Ademais, evita-se a protelação do julgamento de questões que estão maduras para o julgamento. É o que defende Humberto Theodoro Júnior, ao fazer comparações com o Código revogado:

Os casos de decisão parcial do mérito ocorrem na fase do *julgamento conforme o estado do processo*, evitando protelação de questões maduras para resolução. No direito anterior, o julgamento antecipado da lide era previsto, em regra, quando todo o objeto litigioso não dependia de dilação probatória. Agora, ainda que alguns pedidos cumulados reclamem elucidação em provas orais e periciais, poderá haver julgamento imediato, isto é, antes da audiência de instrução e julgamento, sobre os outros pedidos cuja solução independa daquelas providências instrutórias^[47].

Para que seja possível o julgamento fragmentado, é necessário que a questão seja autônoma e “destacável do destino do restante do mérito da causa”^[48]. Isso porque sua instrução probatória será autônoma, não podendo prejudicar os outros pedidos, que ainda não se encontram maduros.

Para Eduardo Talamini, não basta que a questão esteja apta para ser julgada, mas também a produzir o comando decisório para que produza os efeitos do julgamento:

Uma fração de mérito que seja apta não apenas a ser resolvida separadamente, como também a produzir um comando decisório que constitua resposta completa àquela parte do objeto litigioso. Caso contrário, ter-se-á, quando muito, apenas a solução interlocutória de questão de mérito, sem que se tenha a própria resolução do mérito[49].

Não há prejudicialidade entre os pedidos, de forma que a decisão produzirá os seus efeitos desde já, seja para execução provisória ou definitiva, conforme se verá adiante.

3.2 NATUREZA JURÍDICA

Os atos praticados pelo juiz são chamados de pronunciamentos. O Código de Processo Civil traz, como pronunciamentos decisórios – isto é, que decidem alguma questão –, a sentença e a decisão interlocutória. São atos distintos, que, por consequência, geram consequências jurídicas processuais distintas.

Decisão interlocutória, de acordo com o que prescreve o §2º do art. 203 do CPC, é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no conceito de sentença.

Sentença, por sua vez, de acordo com o §1º do art. 203, do CPC, é o pronunciamento que põe fim à fase cognitiva do procedimento comum ou extingue a execução, com fundamento nos arts. 485 e 487 do CPC, que regulamentam o julgamento com ou sem mérito dos pedidos.

Dessa forma, a natureza jurídica da decisão que julga antecipadamente parte do mérito, muito embora decida sobre o mérito, é de decisão interlocutória, não se enquadrando no conceito de sentença, já que não põe fim à fase cognitiva (que prosseguirá com relação aos demais pedidos). É o que entende Humberto Theodoro Júnior, para quem a decisão interlocutória “a que soluciona qualquer questão, sem enquadrar-se na conceituação de sentença”[50].

É esse o entendimento de José Carlos Van Cleef de Almeida Santos:

Não só o pronunciamento judicial classificado como sentença pode conter conteúdo meritório ou processual – já que a decisão interlocutória também o poderá –, mas somente a sentença tem aptidão de pôr fim à cognição do procedimento comum, sendo este, portanto, seu traço distintivo puro[51].

No que diz respeito ao seu conteúdo, contudo, a decisão equivalerá à sentença, podendo ser de todas as naturezas: declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva, já que decide o mérito de parcela do processo:

Seu conteúdo, de qualquer modo, equivalerá ao de uma sentença de mérito. Poderá veicular, conforme a natureza formulada e o resultado do julgamento, qualquer das eficácias principais que a própria sentença veicularia (declaratória, constitutiva, mandamental e executiva). Será apta também a produzir os efeitos anexos imputáveis à sentença (p. ex., constituição de hipoteca judiciária, se tiver eficácia principal condenatória – art. 495). Veiculará igualmente condenação acessória em verba de sucumbência, inclusive honorários (arts. 82, §2º, e 85)[52].

A decisão, para que possa ser caracterizada como “de mérito”, deve se enquadrar em um dos incisos do art. 487[53] do CPC, devendo “acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção”.

(...) basta levarmos em conta que, como veremos, o sistema do CPC/15 não diferencia sentenças interlocutórias com base em seu conteúdo, mas, simplesmente, em sua localização na cadeia procedimental^[54].

Humberto Theodoro Júnior defende que a previsão do art. 356 do CPC põe fim à teoria da unidade do objeto litigioso e unicidade da sentença:

Por outro lado, a admissão pelo Código de que a decisão interlocutória pode enfrentar questão representativa de parte do mérito da causa (NCPC, art. 356), desafiando agravo de instrumento (§ 5º), põe fim à velha discussão doutrinária sobre a unidade do objeto litigioso e unicidade da sentença, como instrumento de solução do litígio, com sérias repercussões sobre a formação da coisa julgada material e sua invalidação por meio da ação rescisória. Fica patente, para o novo Código, que uma decisão interlocutória nem sempre se limita a resolver questão acessória, secundária, de ocorrência anormal no curso do processo e autônoma em relação ao seu objeto. Também o próprio mérito da causa pode sofrer parcelamento e, assim, enfrentar decisão parcial por meio de decisão interlocutória,

como deixa claro o referido art. 356. Melhor orientação, portanto, adotou o Código atual quando evitou limitar a decisão interlocutória à solução de *questões incidentes*, destinando-a a resolução de qualquer questão, desde que não ponha fim à fase cognitiva o procedimento comum ou não extinga a execução (art. 203, §§ 1º e 2º). Em outros termos, a decisão interlocutória, na dicção legal, é a que soluciona qualquer questão, sem enquadrar-se na conceituação de sentença^[55].

Dito isso, vê-se que o julgamento antecipado parcial de mérito pode solucionar qualquer questão que esteja madura, possibilitando às partes do processo julgamento célere e efetivo^[56].

3.3 IMPUGNAÇÃO

Conforme demonstrado no item anterior, a decisão que julga antecipadamente parte do mérito tem natureza de decisão interlocutória.

A impugnação dessa decisão, por expressa previsão legal do §5º do art. 356, se dá por meio de agravo de instrumento.

O recurso será dirigido diretamente ao tribunal competente (art. 1.016 do CPC). Recebido, e não sendo o caso de aplicação do art. 932, III e IV^[57], o relator poderá atribuir efeito suspensivo.

O efeito suspensivo diz respeito à eficácia da decisão. Flávio Chaim ensina que:

O denominado efeito suspensivo está diretamente relacionado à ineficácia da decisão, qual seja, por vontade do legislador, e em apreço às técnicas de segurança, aquele predeterminedou que, regra geral, as decisões que extinguem o processo não são dotadas de efeito imediato, isto é, proferida uma decisão, ela já nasce amordaçada de seu efeito normal. Sabe-se qual será o efeito, mas o sistema impede que seja realizado. Então, diante disso, o legislador estabelece que o recurso apenas prolonga o estado de ineficácia da decisão^[58].

No caso do agravo de instrumento, em que não há a aplicação automática deste efeito, o legislador permite que, havendo “risco de dano grave, de

difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso” (art. 995, parágrafo único, CPC) é possível a sua concessão.

Por versar sobre o mérito, o procedimento do agravo de instrumento deverá se submeter a algumas regras aplicáveis ao recurso de apelação, como, por exemplo, no caso de julgamento não unânime, e admissão da sustentação oral (art. 942, §3º, II, CPC).

É o que ensina Eduardo Talamini:

Assim, o mecanismo de ampliação do quórum em caso de julgamento não unânime aplica-se ao “agravo de instrumento quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito” (art. 942, §3º, II). Do mesmo modo, deve ser admitida a sustentação oral no agravo de instrumento contra a decisão interlocutória de mérito, a despeito do silêncio da lei (art. 937) - conforme orientação doutrinária já estabelecida ainda no Código anterior¹⁵⁹¹.

A aplicação dessas regras visa a garantir que, por mais que o procedimento recursal seja diferente, não haja prejuízo às partes, já que houve o julgamento do mérito.

O recurso cabível para impugnar a decisão interlocutória que julga antecipadamente parte do pedido é o agravo de instrumento, e a ele serão aplicados procedimentos peculiares do recurso de apelação, conforme previsão legal.

3.4 EFICÁCIA DA DECISÃO

A decisão que julga antecipadamente parte do mérito, se não recorrida ou, se recorrida e não lhe sendo atribuído o efeito suspensivo, estará apta a produzir seus efeitos.

A sua eficácia, portanto, não está vinculada ao trânsito em julgado, de forma que é possível a sua liquidação e execução provisória.

É o que prevê os § 2º do art. 356, do CPC: “a parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto”.

A liquidação será cabível se condenação for ilíquida, ou seja, não é passível de quantificação imediata.

Ter-se-á a tramitação paralela dos procedimentos, que poderá ser em autos apartados, conforme previsão do § 4º do art. 356, do CPC, para que um não prejudique o trâmite do outro. De um lado, o processo principal prosseguirá, com a instrução probatória do mérito para as questões ainda pendentes de julgamento; e do outro, a liquidação, a fim de se estabelecer uma condenação líquida.

A execução provisória será cabível quando se tratar de condenação que reconhece o dever de pagar quantia certa, e quando não impugnada por recurso provido de efeito suspensivo. Seguirá os trâmites previstos nos arts. 520 e seguintes do Código de Processo Civil.

Não depende de caução. Contudo, se, ao final, o recurso que tenha a matéria relacionada à do cumprimento provisório de sentença, se julgado procedente, caberá ao exequente repor o executado no estado anterior à execução^[60].

Já o cumprimento definitivo será possível quando do trânsito em julgado da decisão (§3º do art. 356, CPC).

Essa noção é muito relevante para que se possa aferir a partir de quando começa a contar o prazo para a sua propositura (art. 975, CPC), especialmente quando se interpõe recurso parcial contra uma decisão com vários capítulos e o capítulo que se quer rescindir é aquele não impugnado no recurso^[61].

O cumprimento definitivo seguirá as regras previstas para o cumprimento de sentença, dispostas nos arts. 523 e seguintes.

A possibilidade de a decisão interlocutória formar coisa julgada é o que passaremos a estudar.

3.5 POSSIBILIDADE DE FORMAÇÃO DA COISA JULGADA EM DECISÃO INTERLOCUTÓRIA DE MÉRITO

Tradicionalmente, a coisa julgada era vinculada à sentença. Isso porque, no código revogado, denominava-se coisa julgada material como “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença” (art. 467, CPC).

Muitos autores, em decorrência disso, entendiam não ser cabível o trânsito em julgado nas decisões interlocutórias que decidiam sobre o mérito (antecipação do pedido incontroverso, no código revogado).

Este conceito, no entanto, não foi mantido pelo Código vigente: há disposição expressa sobre a possibilidade de trânsito em julgado da decisão de mérito: o art. 502 assim dispõe: “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

Ao utilizar a expressão “decisão de mérito”, deixa de limitar a sua incidência à sentença.

Além disso, a decisão interlocutória de que trata o art. 356 do CPC analisa e julga o mérito em cognição exauriente – o que é pressuposto para que haja a coisa julgada^[62].

A cognição, conforme ensina Kazuo Watanabe, é dividida em dois planos: horizontal e vertical.

O plano horizontal se refere à extensão da apreciação, podendo ser plena ou parcial. Será plena quando estiver “apta a abarcar a totalidade do conflito de interesses (no sentido pré-processual)”[63]; e parcial no caso de procedimento previsto na legislação, que “restringe a possibilidade da discussão de certas questões”[64].

A vertical se refere à profundidade da apreciação das matérias do processo. Pode ser superficial, por exemplo, para a concessão de tutela antecipada (art. 300 e seguintes, do CPC), ou exauriente, quando se tem esgota a análise sobre todas as questões.

Em linha de princípio, pode-se afirmar que a solução definitiva do conflito de interesses é buscada por provimento que se assente em *cognição plena* e *exauriente*, vale dizer, em procedimento *plenário* quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e *completo* quanto à profundidade dessa cognição. Decisão proferida com base em semelhante cognição propicia um juízo com índice de segurança maior quanto à certeza do direito controvertido, de sorte que a ela e o Estado confere a autoridade de coisa julgada[65].

O julgamento antecipado parcial é uma *decisão de mérito*, e, como tal, transita materialmente em julgado (arts. 502 e 503 do CPC)[66].

Sendo o pronunciamento jurisdicional definitivo, será afetado pela coisa julgada.

O próprio § 3º do art. 356 prevê a possibilidade de trânsito em julgado da decisão que julga antecipadamente parte do mérito:

Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

§ 3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

Sobre isso, ensina Eduardo Talamini e Luiz Rodrigues Wambier que, por não ter sido interposto recurso contra a decisão, ou porque o recurso não foi provido, é cabível a execução definitiva, mesmo que os demais pedidos, que não foram julgados conjuntamente, ainda estejam na fase cognitiva:

Uma vez transitada em julgado a decisão parcial do mérito – seja porque não se interpôs recurso contra ela, seja porque não tiveram sucesso aqueles interpostos – passa a caber a própria execução definitiva (art. 356, §3º, do CPC/2015), mesmo que ainda esteja em curso a fase cognitiva do processo relativamente à outra parcela do mérito. Tanto a liquidação quanto o cumprimento provisório ou definitivo da decisão poderão ser processados em autos apartados.¹⁶⁷¹.

A decisão, por versar sobre o mérito, se destina a produzir efeitos para além do processo, formando a coisa julgada material. É o que ensina Eduardo Talamini:

O fato, porém, é que, justamente por versar sobre o *meritum causae*, tal julgamento se destina a produzir *efeitos extraprocessuais*, que também, por sua vez, tornam-se imutáveis e indiscutíveis. Há, portanto, *coisa julgada material*, isto é, aquela que projeta sua autoridade para além do processo em que se originou. É essa, aliás, a conclusão que se impõe se levarmos em conta que, como visto, o julgamento antecipado parcial pressupõe, já que fundado em incontrovérsia, cognição exauriente¹⁶⁸¹.

É, portanto, evidente a possibilidade de a decisão que julga antecipadamente parte do mérito transitar em julgado.

4 DA COISA JULGADA PROGRESSIVA

4.1 CONCEITO

4.1.1 Teoria dos Capítulos da Sentença

Coisa julgada progressiva é o instituto pelo qual, em síntese, há a formação da coisa julgada gradual dentro do mesmo processo.

A teoria estabelece que a sentença é formada por vários capítulos, que corresponderão a uma “unidade decisória da sentença”, com fundamentos e decisões individuais[69].

Para Carnelutti, cada capítulo corresponde a uma questão, de forma que pode a sentença ter vários capítulos, ou apenas um, a depender de quantas questões tenham sido levadas pela parte para julgamento:

Capítulo de sentença é solução de uma questão da lide. Por isso, capítulo da sentença corresponde a capítulo da lide. E como há lides que têm uma só questão e outras que têm um enxame delas, há também sentença com só um capítulo e sentenças com muitos capítulos. Mais ainda, o número de capítulos da sentença não tanto depende do número de questões que haja na lide, mas no número de questões que se levem ao processo[70].

Alexandre Câmara entende que a posição de Carnelutti é falha, no sentido de que a resolução das questões se dá na fundamentação, e não no dispositivo:

A falha da teoria de *Carnelutti* é facilmente perceptível. A resolução de questões não se dá na parte dispositiva da sentença, mas na sua fundamentação (como já se viu anteriormente). Assim, a resolução das questões nada mais é do que a formação das bases que sustentam a decisão. Pode acontecer de o juiz ter de decidir diversas questões diferentes para proferir uma só decisão e, neste caso, não se poderia falar em capítulos da sentença[71].

Isso porque, embora o dispositivo seja a resolução das questões submetidas para julgamento (art. 502, CPC), é na fundamentação que se encontram as razões que firmaram o convencimento do juiz:

De rigor, é na fundamentação que o juiz resolverá *todas* as questões, de fato e de direito, que tenha de apreciar para proferir a sua decisão.

(...)

No dispositivo, como se verá a seguir, encontra-se o julgamento. Ocorre que resolver questões não é julgar. Julgar é decidir, e decidir é concluir. Apenas a conclusão da sentença, portanto, será encontrada na sua arte dispositiva. Resolver questões não é concluir, mas caminhar em direção à conclusão[72].

Para Liebman, a teoria reconhece que a sentença pode conter mais de uma decisão, conservando a sua unidade:

A sentença conserva formalmente a sua unidade também quando contém mais de uma decisão. Por exemplo, as sentenças definitivas contêm também a condenação do sucumbente nas despesas do processo; a sentença que se pronuncia sobre um cúmulo de demandas contém uma pluralidade de decisões; a pronúncia sobre uma preliminar processual é uma decisão distinta daquele que julga o mérito, mesmo que as duas decisões se encontrem reunidas na mesma sentença; se a demanda tem por objeto uma quantidade de coisas fungíveis (uma soma em dinheiro, uma quantidade determinada de uma mercadoria qualquer) e se o juiz acolhe a demanda em parte, e em parte a rejeita, a sentença contém duas decisões distintas, uma de acolhimento e pro parte uma de rejeição[73].

Cândido Rangel Dinamarco acolhe a teoria Liebman, e ensina que a sentença é formalmente una, e que cada decisão contida na sentença é um capítulo, que tem deliberações próprias, resultadas da verificação dos seus pressupostos:

É uma *unidade elementar autônoma*, no sentido de que cada um deles expressa uma deliberação específica; cada uma dessas deliberações é distinta das contidas nos demais capítulos da sentença e resulta da verificação de pressupostos próprios, que não se confundem com os pressupostos das outras. Nesse plano, a autonomia dos diversos capítulos da sentença revela apenas uma *distinção funcional entre eles*, sem

que necessariamente todos sejam portadores de aptidão a constituir objeto de julgamentos separados, em processos distintos e mediante mais de uma sentença: a autonomia *absoluta* só se dá entre os capítulos de mérito, não porém em relação ao que contém julgamento da pretensão ao julgamento deste (capítulo que aprecia preliminares). Na teoria dos capítulos da sentença, *autonomia não é sinônimo de independência*, havendo capítulos que comportariam julgamento em outro processo e também, em alguns casos, um capítulo que não o comportaria (o que rejeita preliminares)[74].

O presente trabalho acolhe a teoria de Liebman, que parece ser harmônica em relação à legislação vigente.

Dessa forma, os capítulos são formados a partir de decisões, que, muito embora tenham deliberações próprias, integram a sentença. Se contiver mais de uma decisão, haverá a formação de capítulos; e se contiver apenas uma decisão, será chamada de unitária[75]. Em todos os casos, a sentença ainda será formalmente una.

Para que seja possível a formação de capítulos, ensina Humberto Theodoro Junior que as questões devem ser autônomas:

É apenas na parte dispositiva que se devem identificar os capítulos da sentença, porque é ali que se dá solução às diversas questões que revelam as pretensões solucionadas judicialmente. A motivação da sentença, mesmo quando vários argumentos de fato e de direito são trabalhados pelo juiz, não chega a formar capítulos, porque não correspondem a soluções das questões propostas. Somente quando a sentença enfrenta *questões autônomas*, dentro do debate processual, é que realmente se enseja a formação de capítulos em sentido técnico[76].

Os capítulos são autônomos, já que cada um tem deliberações próprias, mas não são independentes.

Necessário ressaltar que a cumulação de pedidos, conforme já estudado, é possível desde que os pedidos sejam compatíveis entre si, não sendo necessária a conexão.

Isso é importante porque, sendo o pedido, de certa forma, autônomo, isto é, podendo ser julgado separadamente dos demais, haverá, pelo menos, um capítulo para ele.

Alexandre Câmara ensina que a classificação dos capítulos da sentença pode ser feita por três diferentes métodos[77], a saber: homogêneos e heterogêneos; principais e secundários; e independentes e dependentes.

Os *homogêneos* tratam sobre a mesma matéria processual, ou seja, estão “no mesmo plano do objeto de cognição”[78]. Os *heterogêneos* tratam de matérias distintas. Humberto Theodoro Júnior explica, ainda que, “há homogeneidade quando eles solucionam quando todos eles solucionam questões de mérito, ou todos se referem a preliminares processuais; dar-se-á a heterogeneidade quando alguns capítulos incidem sobre questões de processo e outros sobre o *meritum causae*”[79].

Os *principais* são as decisões que poderiam ser proferidas de forma autônoma; e os *secundários*, que apenas podem existir junto de outras matérias, sendo acessórios, por exemplo, como “o que versa sobre o custo econômico do processo (despesas e honorários)”[80].

Os *independentes* são as decisões que podem ser proferidas sem que se dependa de outro pronunciamento jurisdicional; os *dependentes* estão condicionados a outra decisão para produzir os seus efeitos, como, por exemplo, no pedido subsidiário (art. 326, CPC), caso em que, para que se conheça do pedido posterior, é necessário não acolher o anterior.

A teoria, conforme já antecipado, pode ser aplicada também às decisões interlocutórias, sendo que, para o presente trabalho, importa apenas o julgamento antecipado parcial de mérito.

Na cumulação de pedidos, sendo estes autônomos, isto é, não havendo prejudicialidade, há a possibilidade de que o julgamento seja fracionado. Os pedidos que forem incontroversos ou que não necessitem de produção de novas provas poderão ser julgados desde já, ao contrário dos que ainda precisam de instrução probatória, que deverão prosseguir na fase cognitiva.

Há, dessa forma, a formação de dois capítulos distintos: o do julgamento do mérito, e o que determina o prosseguimento dos demais pedidos para instrução probatória. Tem-se, neste caso, a formação de capítulos heterogêneos, já que há a divisão entre o capítulo que aprecia o mérito e o que impulsiona o prosseguimento do processo.

E, dentro do capítulo do julgamento do mérito, há nova formação de capítulos: um para cada deliberação própria.

A formação de capítulos está relacionada à teoria dos recursos, e gera consequências na formação da coisa julgada, conforme se passa a discutir.

4.1.1.1 Formação da coisa julgada

A coisa julgada progressiva está relacionada com a teoria dos recursos. Vejamos.

Considerando que a decisão – em sentido *lato* – é formada por capítulos, pode a parte vencida recorrer de todos, ou apenas de um, caso em que se tem o recurso parcial.

No recurso parcial, há aquiescência, pelo recorrente, quanto à parte não recorrida, o que, gera, como consequência, a impossibilidade de revisão posterior, já que, conforme lição de Barbosa Moreira, “não se pode mexer naquilo que não foi objeto do recurso”[81].

Importante ressaltar que, no caso de matéria de ordem pública, esta pode ser suscitada, desde que relativa ao capítulo impugnado (art. 1.013, §1º, CPC). Isso porque, conforme ensina Flávio Cheim Jorge, o capítulo não impugnado foi alcançado pela coisa julgada, não podendo se admitir que o Tribunal o modifique, o que acarreta na desconstituição da coisa julgada:

O art. 1.013, § 1.º, do CPC/2015, que permite o conhecimento de questões de ordem pública no julgamento do recurso de apelação – aplicado subsidiariamente aos demais recursos –, é enfático ao dizer que tais questões podem ser conhecidas, “desde que relativas ao capítulo impugnado”.

Significa dizer que as questões que não são relativas ao capítulo impugnado não podem ser objeto de análise (no plano vertical), pois este capítulo restou alcançado pela preclusão e quiçá pela coisa julgada.

Admitir que o tribunal possa atingir um capítulo da decisão que não foi objeto de impugnação, consistiria em aceitar que o recurso pode desconstituir a coisa julgada[82].

Não é outro o entendimento de Humberto Theodoro Júnior, para quem a parte não recorrida da decisão não pode estar relacionada ao objeto do recurso

por nexo de prejudicialidade, devendo o capítulo ser independente, para que seja possível a formação da coisa julgada progressiva:

(...)

é preciso que a conservação da parte não discutida no recurso não esteja vinculada por nexo de prejudicialidade àquela que foi nele atacada. Muitas vezes, os capítulos da sentença são não só autônomos, mas também independentes, de sorte a corresponder a objetos que poderiam ser tratados em ações separadas. Aí, sim, o trânsito em julgado de cada um deles ocorre com total independência em face dos demais[83].

Sendo independentes e autônomos, portanto, os capítulos não são passíveis de modificação, formando-se, assim, a coisa julgada. É o que entende Alexandre Câmara:

Não é só em matéria recursal, porém, que o tema é importante. Basta pensar na possibilidade de se ter proferido sentença com dois capítulos de mérito, tendo sido interposto recurso para impugnar a decisão apenas quanto a um deles. Nesse caso, o capítulo não impugnado será alcançado pela coisa julgada desde logo e, se for título executivo, poderá ser executado em caráter definitivo. Já o outro, impugnado por recurso, ou não poderá por ora ser executado, ou só poderá permitir (caso o recurso tenha sido recebido sem efeito suspensivo) que se instaure a execução provisória. Aliás, no caso de um capítulo de sentença transitar em julgado antes de outro, desde logo começa a correr, quanto ao capítulo já transitado em julgado, o prazo decadencial a que se sujeita o direito à rescisão do mesmo (art. 495 do CPC)[84].

No entanto, há de se fazer uma observação com relação às questões que são dependentes de outras, no caso de prejudicialidade e do capítulo acessório. Com a impugnação apenas do capítulo principal, há, inevitavelmente, modificação nas questões prejudicial e acessória, ainda que não impugnados. Isso porque há relação de dependência, o que impede a formação da coisa julgada:

Quadra ressaltar que as observações acima são pertinentes, porque referem-se à capítulos autônomos da decisão. Em se tratando de capítulos dependentes, ficará o trânsito em julgado

destes submetido ao julgamento do recurso que se insurgiu contra o capítulo principal.

Com efeito, haverá dependência entre capítulos quando um não pode logicamente subsistir se o outro tiver sido negado, ou, de outro modo, quando houver relação de prejudicialidade entre o capítulo principal (independente-prejudicial) e o capítulo acessório (dependente-prejudicado).

Alguns exemplos evidenciam essa dependência com precisão.

Em demanda em que se pretende rescisão contratual (principal) e condenação ao pagamento de multa contratual dela decorrente (dependente), a impugnação no recurso de apelação apenas do pedido de rescisão permite que o tribunal, em caso de acolhimento deste, reforme também a condenação imposta a título de multa[85].

Com relação aos pedidos em que não há a prejudicialidade, a coisa julgada que se forma é parcial e progressiva.

Parcial porque apenas parte das questões transita em julgado, já que, com relação aos demais, o processo prosseguirá. Progressivo porque a formação da coisa julgada se dá em momentos distintos para as questões do processo: o capítulo não impugnado formará desde logo, enquanto o impugnado transitará em julgado após o julgamento do recurso, em momento distinto.

É o que entende José Henrique Mouta Araújo, para quem, “em relação ao capítulo não impugnado e em decorrência da aquiescência, ocorrerá verdadeira coisa julgada (*parcial e progressiva*)”[86].

O autor entende que, ao se analisar a coisa julgada formada em momento único, perde-se a sua função de pacificação dos conflitos:

O instituto da coisa julgada não deve ser analisado como sinônimo de imutabilidade perene e em momento único, sob pena de se desviar da sua real função de pacificação dos conflitos[87].

Isso porque a formação da coisa julgada progressiva “prestigia a segurança jurídica e atende aos reclamos ligados à duração razoável do processo”[88].

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça modificou o seu entendimento[89] sobre a possibilidade de formação da coisa julgada progressiva, afirmando não ser possível o fracionamento da sentença e do acórdão, afastando a possibilidade de coisa julgada progressiva.

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO RESCISÓRIA - PRAZO PARA PROPOSITURA - TERMO INICIAL – TRÂNSITO EM JULGADO DA ÚLTIMA DECISÃO PROFERIDA NOS AUTOS - CPC, ARTS. 162, 163, 267, 269 E 495.

- A coisa julgada material é a qualidade conferida por lei à sentença /acórdão que resolve todas as questões suscitadas pondo fim ao processo, extinguindo, pois, a lide.

- Sendo a ação una e indivisível, não há que se falar em fracionamento da sentença/acórdão, o que afasta a possibilidade do seu trânsito em julgado parcial.

- Consoante o disposto no art. 495 do CPC, o direito de propor a ação rescisória se extingue após o decurso de dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa.

- Embargos de divergência improvidos[90][91].

Os fundamentos para o entendimento são a unidade e a indivisibilidade da ação, impossibilitando o fracionamento da sentença, que, por sua vez, impede a formação da coisa julgada parcial.

Diante da impossibilidade da sua formação, entendia-se que ao capítulo não impugnado da sentença recairiam tão somente os efeitos da preclusão.

Dito de outro modo, o ordenamento processual civil brasileiro seria infenso, segundo o entendimento majoritário adotado na oportunidade, à formação gradual da coisa julgada. Enquanto não encerrado o processo como um todo, com o exaurimento e solução do objeto litigioso em sua integralidade, nenhum capítulo de sentença, mesmo que não alcançado pelo recurso pendente, passaria em julgado, em especial pela circunstância de poder ser atingido pelo reconhecimento de alguma matéria de ordem pública[92].

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é possível a formação de coisa julgada progressiva.

Em voto de julgamento do Recurso Extraordinário 666.589/DF, o Ministro Marco Aurélio adotou o posicionamento de Cândido Rangel Dinamarco, pela possibilidade de formação de capítulos na sentença:

A circunstância de haver capítulos dos pronunciamentos repercute, necessariamente, sobre a determinação do objeto possível dos recursos, seja quanto ao conteúdo, seja no tocante ao legitimado recursal. Unidades autônomas de pedidos implicam capítulos diferentes que condicionam, objetiva ou subjetivamente, e sem prejuízo do princípio da unicidade recursal, as vias de impugnação disponibilizadas pelo sistema normativo processual – recursos parciais ou interpostos por ambos os litigantes em face do mesmo ato judicial formalmente considerado¹⁹³¹.

Como decorrência lógica da teoria dos capítulos da sentença, tem-se a formação da coisa julgada progressiva.

Isso porque cada capítulo diz respeito a uma questão, autônoma e independente das demais. A partir do momento em que apenas se recorre de um ou alguns dos capítulos, aqueles que não foram objeto do recurso não são passíveis de alteração posterior.

Contra esses, recairão os efeitos da coisa julgada. Contra os recorridos, isso apenas ocorrerá quando não for mais cabível recurso.

Tem-se, portanto, que são formadas diversas coisas julgadas no mesmo processo. Nesse sentido:

(...)

“decorrência lógica” de assumir-se a teoria dos capítulos autônomos como correta – capítulos diferentes, correspondendo a demandas diversas, podem transitar em julgado em momentos distintos[94].

O Supremo Tribunal Federal mantém esse posicionamento também na área criminal. No julgamento na Décima Primeira Questão de Ordem na Ação Penal

nº 470/MG – que julgou o chamado “Mensalão” –, o Ministro Joaquim Barbosa entendeu pela possibilidade de execução imediata de capítulos do acórdão:

[...]

2. Sempre que a sentença decide pedidos autônomos, ela gera a formação de capítulos também autônomos, que são juridicamente cindíveis. O julgamento da demanda integrada por mais de uma pretensão exige um ato judicial múltiplo de procedência ou improcedência dos pedidos. Doutrina.

[...]

6. O trânsito em julgado refere-se à condenação e não ao processo. A coisa julgada material é a qualidade conferida pela Constituição Federal e pela Lei à sentença/acórdão que põe fim a determinada lide, o que ocorre com o esgotamento de todas as possibilidades recursais quanto a uma determinada condenação e não quanto ao conjunto de condenações de um processo. No mesmo sentido, o artigo 467 do Código de Processo Civil; e o artigo 105 da Lei de Execuções Penais. Este entendimento já se encontra de longa data sedimentado nesta Corte, nos termos das Súmulas 354 e 514 do Supremo Tribunal Federal[95].

Se no processo penal, que envolve a liberdade do indivíduo, é possível a formação de capítulos, com a progressividade da coisa julgada, tem-se que as “premissas são ainda mais pertinentes em se tratando de lide civil”[96].

No processo do trabalho também se admite a coisa julgada progressiva, conforme orientação sumular nº 100 do Tribunal Superior do Trabalho:

II - Havendo recurso parcial no processo principal, o trânsito em julgado dá-se em momentos e em tribunais diferentes, contando-se o prazo decadencial para a ação rescisória do trânsito em julgado de cada decisão, salvo se o recurso tratar de preliminar ou prejudicial que possa tornar insubsistente a decisão recorrida, hipótese em que flui a decadência a partir do trânsito em julgado da decisão que julgar o recurso parcial.

Um processo produzirá “tantas coisas julgadas quantas tenham sido as decisões proferidas e que possuam essa aptidão”[97], lembrando que se tem uma decisão para cada questão.

Há de se admitir, dessa forma, a despeito da posição do Superior Tribunal de Justiça, um mesmo processo possa produzir várias coisas julgadas: uma para cada decisão de mérito.

4.2 DA PROGRESSIVIDADE DA COISA JULGADA NO JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DE MÉRITO

O art. 356 do CPC prevê a possibilidade de julgamento antecipado parcial de mérito, em se tratando de pedido incontroverso ou que esteja em imediata condição de julgamento.

A decisão transitará em julgado tão logo não seja mais cabível recursos para impugná-la, enquanto os demais pedidos estejam ainda em fase de instrução ou já tenham sido julgados.

A previsão de trânsito em julgado é expressa no §3º do art. 356 do CPC, quando expõe que “(...) se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva”.

Importante reiterar que, uma vez proferida, o conteúdo da decisão não poderá ser revisto na sentença.

Tem-se, portanto, a formação de mais de uma coisa julgada no mesmo processo, e em momentos distintos, acompanhando o julgamento do mérito, que se dá também em momentos distintos.

Para que se atenda ao princípio da efetividade, e, pela própria coerência do processo civil, é necessário que haja a formação da coisa julgada progressiva, conforme o julgamento dos pedidos.

Eduardo Talamini defende que a decisão que julga antecipadamente parte do mérito adquirirá o status de coisa julgada quando não for mais cabível recurso contra ela, sendo a decisão, dessa forma, imutável:

O raciocínio é simples: a partir do momento em que não seja mais cabível qualquer recurso contra a decisão que julga parcialmente o mérito, ocorre seu *trânsito em julgado*, isto é, passa ela do estado de *mutável* para o de *imutável*. Estabiliza-

se, assim, enquanto ato do procedimento, adquirindo o *status* de *coisa julgada formal*^[98].

Se a decisão transita em julgado, admite-se, como consequência lógica, a formação da coisa julgada parcial. Já que, para os demais pedidos, o processo prosseguirá para instrução probatória e julgamento.

É, destarte, inevitável a formação da chamada *coisa julgada parcial*, isto é, aquela que atinge apenas parcela do objeto do processo. Há, dessa forma, a possibilidade de que, num mesmo processo, formem-se progressivamente *diversas coisas julgadas*, conforme ocorram os julgamentos de cada um dos pedidos cumulados e subsequentes trânsitos em julgado^[99].

E, quando se diz que já pode ter ocorrido o julgamento dos demais pedidos, em sentença, é importante esclarecer que o seu julgamento se deu em momento diverso. O recurso cabível para impugnação é outro, bem como o objeto recursal. A formação da coisa julgada ainda assim se dará em momentos diversos.

Conforme já estudado no presente trabalho, é indiscutível a possibilidade de formação de coisa julgada da decisão interlocutória, já que decorrente de previsão expressa da legislação processual. Nesse sentido:

Transitada em julgado essa decisão interlocutória, ela terá eficácia definitiva (art. 356, §3º do CPC/2015). Em coerência com tais regras, atribui-se à interlocutória de mérito transitada em julgado a autoridade de coisa julgada: o art. 502 do CPC/2015 alude genericamente a “decisão de mérito”, em vez de “sentença”. As referências exclusivas à “sentença” nos dispositivos legais seguintes devem ser compreendidas como abrangentes da decisão interlocutória de mérito^[100].

Para José Henrique Mouta Araújo, o correto é a expedição de várias certidões de trânsito em julgado:

O correto não é a expedição apenas de uma certidão de trânsito em julgado quando, por exemplo, pretende o interessado ajuizar ação rescisória, mas, de várias certidões dependendo de quantos capítulos forem imutabilizados no decorrer da relação processual^[101].

Dessa forma, é pacífico o entendimento de que a decisão interlocutória faz coisa julgada, decidindo sobre o mérito.

Se sobre essa decisão recaem os efeitos da coisa julgada, há de se admitir que ela é parcial, já que o processo prosseguiu para os demais pedidos, até então pendentes de julgamento.

Quando do julgamento destes outros pedidos, em sentença, podem as partes concordar com o julgamento, tácita ou expressamente, ou recorrer, no todo, ou em parte. De qualquer modo, a formação da coisa julgada da sentença só se dará quando não mais cabível recurso contra a matéria ali decidida.

A formação da progressividade da coisa julgada é admitida pelo sistema processual vigente, conforme o texto do art. 356, §3º, do CPC.

Reconhecer isso é garantir a efetividade do julgamento antecipado parcial de mérito, que foi previsto para antecipar o julgamento de pedidos que não precisariam aguardar a instrução probatória e julgamento dos demais, e nem o seu trânsito em julgado, para produzir os seus efeitos.

Ademais, é possível a formação da coisa julgada progressiva dentro da própria decisão do art. 356 do CPC.

A decisão é formada por capítulos e, no recurso parcial, em que se impugnará apenas um deles, há a aquiescência quanto aos demais. Recairão, sobre o capítulo não recorrido, os efeitos da coisa julgada.

Quanto aos demais, a coisa julgada só se formará quando não mais cabível nenhum recurso.

Imaginemos que, em determinada ação, o autor pediu "a", "b" e "c".

Em julgamento antecipado parcial de mérito, julgaram-se os pedidos "a" e "b", e que entre eles não há prejudicialidade. Houve recurso apenas de "a". Sobre "b" recaem os efeitos da coisa julgada desde logo, após ser certificado o decurso de tempo para a interposição do recurso[102]. Do pedido "a" haverá a formação da coisa julgada quando não mais cabível recurso.

O pedido "c", que prosseguiu para instrução probatória, foi julgado em sentença. Recorrida ou não, fará coisa julgada em momento distinto, com relação aos demais pedidos.

Tem-se, dessa forma, que, para cada pedido, proveniente da mesma decisão, a formação da coisa julgada em momentos distintos.

Deve-se admitir que, com a previsão de julgamento antecipado parcial de mérito, há a formação gradual da coisa julgada.

Como consequência, o prazo para o ajuizamento da ação rescisória não pode ser único, sob pena de se não se garantir a efetividade do julgamento antecipado parcial de mérito.

5 PRAZO DA AÇÃO RESCISÓRIA PARA A DECISÃO DE JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DE MÉRITO

5.1 Ação Rescisória

5.1.1 Conceito, requisitos e legitimidade

A coisa julgada torna imutável e indiscutível a decisão de mérito, garantindo a segurança jurídica.

Há casos, no entanto, em que a decisão proferida não condiz com o ordenamento jurídico, e não se pode admitir que essa decisão produza os seus efeitos.

A legislação, então, prevê os mecanismos para rescisão dessa decisão que, embora tenha transitado em julgado, foi proferida com vícios. Nesse sentido, defendem Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Com efeito, há situações – excepcionalíssimas, aliás – em que tornar indiscutível uma decisão judicial por meio da coisa julgada representa injustiça tão grave e solução tão ofensiva às linhas fundamentais que pautam o ordenamento jurídico que é necessário prever mecanismos de rescisão da decisão transitada em julgado[103].

Esta é, pois, a finalidade da ação rescisória, que é “a demanda através da qual se busca desconstituir decisão coberta pela coisa julgada, com eventual rejulgamento da causa original”[104].

Trata-se de ação autônoma, cuja propositura deve ser perante os Tribunais. Quando se tratar de impugnação de decisão de primeiro grau, a competência será do tribunal hierarquicamente superior; se for de tribunal, será do próprio tribunal (arts. 102, I, *j*; 105, I, *e*, e 108, I, *b*, da CF).

São legitimados a propô-la (art. 967): (a) “quem foi parte no processo ou seu sucessor a título universal ou singular”; (b) “o terceiro juridicamente interessado”; (c) “o Ministério Público”, “se não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção”, “quando a decisão rescindenda é o efeito de simulação ou de colusão das partes, a fim de fraudar a lei” ou “em outros casos em que se imponha sua atuação”; (d) “aquele que não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção”.

A petição inicial deverá observar os requisitos essenciais da petição inicial, previstos no art. 319 (art. 968), quais sejam, (i) indicação do juízo; (ii) qualificação das partes; (iii) o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; (iv) o pedido com as suas especificações; (v) o valor da causa; e (vi) indicação das provas.

O autor deverá pedir, além da rescisão, um novo julgamento do processo, se for o caso. Trata-se de cumulação sucessiva, em que o pedido de novo julgamento apenas será apreciado se acolhido o da rescisão. Para Alexandre Câmara, será o caso de novo julgamento “quando a decisão rescindenda for pronunciamento de inadmissibilidade de recurso que deveria ter sido admitido”[105]. Para os Nery:

É ação autônoma de impugnação, de natureza constitutiva negativa quanto ao juízo rescindendo, dando ensejo à instauração de outra relação processual distinta daquela em que foi proferida a decisão rescindenda. O pedido deduzido na ação rescisória pode dividir-se em duas pretensões: a) juízo rescindendo (*iudicium rescindens*); b) juízo rescisório (*iudicium rescissorium*). O tribunal, no julgamento da ação, pronunciar-se-á sobre os dois juízos, rescindindo a sentença e rejuizando a lide. Como a rescisória visa sempre desconstituir a sentença eivada de um dos vícios mencionados no CPC 966, o juízo rescindendo está presente em todas elas. O juízo rescisório deve ser deduzido na maioria das ações rescisórias, sendo que, por exceção, pode não ser necessário, como, por exemplo, no caso do CPC 966 IV: anulada a sentença que ofendera coisa julgada, não há necessidade de julgar-se novamente a lide, porque já se encontrava definitivamente julgada quando sobreveio a sentença rescindenda[106].

Além disso, é necessário efetuar o depósito da importância de cinco por cento sobre o valor da causa. O valor do depósito não poderá ser superior a mil salários-mínimos, e será, caso a ação seja declarada inadmissível ou improcedente por unanimidade, convertido em multa (art. 968, II). Esse requisito, no entanto, não

se aplica à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, às autarquias e fundações de direito público, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e aos que tenham obtido o benefício da gratuidade da justiça (art. 968, §1º).

A petição inicial será indeferida nas seguintes hipóteses: (a) inépcia; (b) carência de interesse processual; (c) não atendidas as prescrições dos arts. 106 e 321 do CPC; (d) ausência de depósito.

Não sendo o caso de indeferimento da petição inicial, nem de improcedência liminar do pedido (art. 968, §4º), será ordenada, pelo relator – que será sorteado –, a citação do réu, com a designação de prazo para a resposta, que não poderá ser inferior a quinze nem superior a trinta dias. Ao final do prazo, com ou sem contestação, será aplicado, no que couber, o procedimento comum (art. 970).

O réu da ação rescisória “será a parte adversária do demandante na ação em que foi proferida a coisa julgada que se pretende desconstituir (ou seu sucessor a título universal ou singular)”[107].

5.1.2 Hipóteses de cabimento

As hipóteses de cabimento estão previstas no art. 966 do Código de Processo Civil, e são: (a) “decisão proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz”; (b) “for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente”; (c) “resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei”; (d) “ofender a coisa julgada”; “violiar manifestamente norma jurídica”; (e) “for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória”; (f) obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”; (g) “for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos”.

O rol é taxativo, de forma que apenas podem ser rescindidas decisões que se enquadrem nessas hipóteses.

Para Nelson Nery, “não é qualquer decisão transitada em julgado que enseja a ação rescisória, mas somente aquela de mérito, capaz de ser acobertada pela autoridade da coisa julgada”[108].

Em exceção, o §2º do art. 966 prevê que a decisão, ainda que não seja de mérito, que impeça a propositura de nova demanda ou a admissibilidade do recurso correspondente, pode ser objeto da ação.

Sobre isso, Alexandre Câmara defende que o artigo “deve ser interpretado no sentido de se admitir a rescisão de decisões de inadmissibilidade de recurso”[109]. O autor cita, a título de exemplo, o juiz que recebe o recurso de apelação, no lugar de remetê-lo para o tribunal para juízo de admissibilidade (§3º do art. 1.013, do CPC), profere decisão declarando o recurso inadmissível. Neste caso, ajuizada a ação rescisória, o recurso de apelação voltaria a tramitar, seguindo o seu trâmite regular[110].

5.1.3 Natureza do prazo

O prazo para a propositura da ação rescisória é de dois anos, conforme determinado pelo art. 975[111] do CPC.

Trata-se de prazo decadencial, porque o que se extingue é o direito à rescisão da decisão eivada de vício, conforme ensina Barbosa Moreira:

A rigor, o que se extingue não é, aliás, o “direito de propor ação rescisória”: esse existirá, como simples manifestação particular do direito de ação. Extingue, sim, o direito mesmo à rescisão da sentença viciada. O fenômeno passa-se no plano *material*, não no plano *processual*[112].

Há previsão expressa de prorrogação do prazo, quando expirar durante as férias forenses, feriados ou quando não houver expediente, para o primeiro dia útil imediatamente subsequente.

Importante observar que, via de regra, os prazos decadenciais não são sujeitos à suspensão ou interrupção, sendo isso prerrogativa dos prazos prescricionais[113], que extinguem a pretensão, “no sentido de poder jurídico de exigir uma prestação do devedor e, portanto, à existência de uma relação jurídica do tipo credor-devedor”[114], relação essa que geralmente origina ação condenatória.

Já os prazos decadenciais estão vinculados “à ideia de direito potestativo ou formativo, no sentido de poder jurídico de praticar ato (geralmente consistente em declaração de vontade receptícia) a cujos efeitos ficam sujeitas a outra parte”[115].

Embora possa ser prorrogado, o prazo ainda deve ser considerado decadencial. Isso porque, conforme explica Rennan Faria Krüger Thamay, “o direito de rescindir sentença não corresponde a qualquer prestação devida pelo réu, tem-se, em verdade, exercício de direito formativo, dependente de sentença constitutiva”[116].

5.2 CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA DA DECISÃO DE JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO

Havia, no código revogado, discussão acerca da possibilidade de cabimento de ação rescisória contra decisão interlocutória.

Isso porque o art. 485 daquele código determinava que a ação rescisória era cabível contra “a sentença de mérito, transitada em julgado”.

O Código de Processo Civil vigente, no entanto, pacificou o entendimento, com a previsão de julgamento antecipado parcial de mérito (art. 356 do CPC).

Sobre essa decisão recaem os efeitos da coisa julgada, que, por sua vez, é parcial, já que se refere apenas à parcela do mérito.

Sobre o cabimento da rescisória, o art. 966 do CPC prevê que poderá ser rescindida a “decisão de mérito”. Não há mais limitação do seu cabimento à sentença.

Esse entendimento, inclusive, já estava sendo aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda na vigência do código de processo revogado:

Processo civil. Ação rescisória. Acórdão proferido em agravo de instrumento. Juízo sobre a relação de direito material. Rescindibilidade.

1. “Sentença de mérito” a que se refere o art. 485 do CPC, sujeita a ação rescisória, é toda a decisão judicial (= sentença em sentido estrito, acórdão ou decisão interlocutória) que faça juízo sobre a existência ou inexistência ou o modo de ser da relação de direito material objeto da demanda. (...) ¹¹⁷¹.

O enunciado n. 336 do Fórum Permanente de Processualistas Civis reforça o entendimento, ao afirmar que “cabe ação rescisória contra decisão interlocutória de mérito”.

Para Nelson Nery, contra a decisão de mérito transitada em julgado, seja decisão interlocutória, sentença ou acórdão, cabe a ação rescisória:

Assim, se uma decisão de mérito veio a lume, quer por intermédio de decisão interlocutória, sentença ou acórdão, não importa: se sobre aquela se formou a autoridade de coisa

julgada; é rescindível pela ação autônoma de impugnação regulada no CPC 966[118].

Diante disso, se a decisão de julgamento antecipado parcial se enquadrar nas hipóteses previstas no art. 966 do CPC, é possível o ajuizamento da ação rescisória.

Ocorre que, muito embora cabível, não há consenso doutrinário e jurisprudencial quanto ao termo inicial para a propositura da rescisória.

É sobre o que passaremos a discutir.

5.3 Termo inicial do prazo da ação rescisória

O art. 975 do CPC estipula que “o direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”.

Conforme se observa da leitura deste artigo, o termo inicial para a propositura da ação rescisória não foi definido pelo legislador, o que gerou uma celeuma doutrinária, já que, ante a ausência de previsão, são duas as interpretações para o termo “última decisão” – que serão demonstradas à frente.

A fixação do prazo é de suma importância, porque, a depender dele, discute-se a possibilidade de propositura de diversas ações rescisórias, oriundas de um mesmo processo, ou apenas uma. Além disso – e o mais importante –, é necessário delimitar o prazo, para que não haja a perda do direito à rescisão.

Pontes de Miranda já defendia que é possível ter, para cada decisão transitada em julgado, uma ação rescisória:

Há tantas ações rescisórias quantas as decisões transitadas em julgado em diferentes juízes. Pode-se dar, até, que os prazos preclusivos sejam dois ou mais, porque uma sentença transitou em julgado antes da outra, ou das outras. O prazo preclusivo para a rescisão da sentença que foi proferida, sem recurso, ou com decisão que dele não conheceu, começa com o trânsito em julgado de tal sentença irrecorrida. Se houve recurso quanto a algum ponto, ou alguns pontos, ou todos, tem-se de distinguir aquilo de que se conheceu e o de que não se conheceu. Há o prazo preclusivo a contar da coisa julgada naqueles pontos que foram julgados pela superior instância. A

extensão da ação rescisória não é dada pelo pedido. É dada pela sentença que se compõe o pressuposto da rescindibilidade. Se a mesma petição continha três pedidos e o trânsito em julgado, a respeito do julgamento de cada um, foi em três instâncias, há tantas ações rescisórias quantas as instâncias[119].

No entanto, o seu posicionamento não é majoritário. Existem duas teorias que, a partir da interpretação do art. 975 do CPC, determinam qual seria o termo inicial da propositura da ação rescisória, e quais as suas implicações. São elas:

a) Entendimento do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça, ainda na vigência do CPC/73, firmou o entendimento de que não é possível a formação gradual da coisa julgada.

Esse entendimento deu origem ao enunciado sumular nº 401, que determina que “o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”.

Ao não admitir a formação da coisa julgada progressiva, por entender que a sentença é una e indivisível, estabelece-se que só há trânsito em julgado após o julgamento do último recurso, ainda que não tenha como objeto questão de direito material. Não é necessário também que a decisão tenha relação com a matéria que será objeto da rescisória.

Como consequência, não se concebe a “existência de uma ação em curso, e ao mesmo tempo, várias ações rescisórias no seu bojo, não se admitindo ações rescisórias em julgados no mesmo processo ainda não finalizado”[120].

O prazo de ajuizamento da ação rescisória é, portanto, único, e o seu termo inicial é o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, independentemente da relação com a matéria que será objeto da rescisória.

No caso do julgamento antecipado parcial de mérito, entende Rennan Faria Krüger Thamay que é necessário aguardar o término do processo, e só então se iniciará o prazo para a ação rescisória:

O processo, todavia, deverá prosseguir para análise das demais pretensões, ainda não julgadas, e o início do prazo para a propositura da ação rescisória – mesmo em relação ao

juízo de julgamento parcial – ficará na dependência do trânsito em julgado da última decisão a ser proferida no processo[121].

Daniel Amorim Assumpção Neves, embora admita a coisa julgada progressiva, entende que o prazo é de dois anos, a contar do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo[122].

Devemos levar em consideração que, conforme ensina Humberto Theodoro Júnior, “com isso, pretendeu-se, na ordem prática, a eliminação do suposto inconveniente da multiplicidade de ações rescisórias em tempos diversos, em torno do mesmo processo”[123].

Não houve, dessa forma, fundamento jurídico na decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Constata-se, assim, que não se trata de fundamento verdadeiramente jurídico, mas de mera comodidade, o que evidentemente desrespeita os princípios do acesso à justiça, da intangibilidade da coisa julgada e da razoável duração do processo[124].

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça não é condizente com o sistema processual brasileiro vigente. Também não o é a interpretação literal do art. 975 do CPC, cujo texto foi, conforme já pontuado, inspirado no enunciado 401 de súmula deste Tribunal.

Fredie Didier Jr. entende que a teoria faz com que o início do prazo seja indefinido:

(...)

Seu início dependeria do final do processo – enquanto o processo não terminasse, sempre seria possível propor ação rescisória contra qualquer coisa julgada parcial que se tenha formado durante a litispendência. Essa interpretação é, claramente, um atentado contra a segurança jurídica. Situações consolidadas há muitos anos poderiam ser, surpreendentemente, revistas^[125].

É relevante reiterar que o enunciado sumular foi editado na vigência do CPC/73, no qual havia a previsão de julgamento único, em sede de sentença, e

apenas ela era passível da formação da coisa julgada e, conseqüentemente, de ser objeto da rescisória.

O CPC/15 fez as devidas alterações sobre o tema, e admitiu a formação da coisa julgada progressiva, ante a possibilidade de julgamento antecipado parcial de mérito, que faz coisa julgada e pode ser objeto da rescisória. Previu, também, a possibilidade de ajuizamento da ação rescisória contra apenas um capítulo da sentença (art. 966, §3º, do CPC).

O enunciado sumular não condiz com o sistema processual vigente, e, quiçá com a Constituição Federal, conforme defende Humberto Theodoro Júnior, para quem há contrariedade ao inciso. XXXVI, do art. 5º, da Carta Maior:

Aliás, o dispositivo do art. 975, que unifica o prazo da ação rescisória, sem respeitar a formação parcelada da *res iudicata*, padece de incontestável inconstitucionalidade. O STF, analisando justamente a Súmula nº 401 do STJ, que serviu de base para a regra do NCPC, abordou o seu conteúdo para, reconhecendo a natureza constitucional do tema, reafirmar que, à luz da garantia do art. 5º, XXXVI, da CF, não é possível recusar a formação de coisa julgada parcial, quando as questões de mérito se apresentem como autônomas e independentes entre si, e foram submetidas a julgamento que fracionadamente se tornaram definitivos em momentos processuais distintos^[126].

O entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça apenas tem aplicabilidade no caso de prejudicialidade entre os pedidos, porque aí, independentemente de se impugnar questão de mérito ou processual, um pedido depende do julgamento do outro para que tenha eficácia.

Tão somente o vínculo lógico e jurídico de subordinação pode justificar que um recurso de conteúdo meramente formal impeça o trânsito em julgado de decisão de mérito contra a qual não se interpôs recurso algum^[127].

Por fim, cumpre reiterar que a Justiça do Trabalho aceita a coisa julgada progressiva, e a possibilidade de ajuizamento de ações rescisórias autônomas, oriundas de um mesmo processo, e cujo termo inicial é o trânsito em julgado da decisão que será o seu objeto.

Não parece, diante disso, que a posição é coerente com o sistema processual vigente.

Conforme já muito reforçado, o CPC/15, ao prever a possibilidade de julgamento antecipado parcial de mérito, concebe a formação da coisa julgada gradual.

Aceita também, por óbvio, que o julgamento do mérito se dê em momentos distintos.

Não é coerente a aplicação do enunciado 401 de súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Alguns autores aceitam parcialmente o entendimento exposto acima, afirmando, no entanto, que, muito embora o CPC determine o termo final do prazo da ação rescisória, é possível o seu ajuizamento desde logo, antes de iniciado o decurso do prazo decadencial.

Um raciocínio razoável a ser desenvolvido é que o prazo apenas começará a fluir após a última decisão proferida no processo, o que não impedirá o ajuizamento imediato da rescisória em caso de coisa julgada advinda da resolução parcial de mérito e recurso parcial. *Assim, nada impedirá que o prejudicado ajuíze de imediato sua rescisória, em que pese seu prazo decadencial ainda não esteja fluindo. A redação é apenas para prazo final e não inicial*^[128].

Cássio Scarpinella Bueno, em comentário breve sobre o tema, confirma a possibilidade:

É irrecusável, destarte, que naqueles casos em que haja julgamento *parcial de mérito* (art. 356), nada há que impeça ao interessado ajuizar a rescisória tão logo a decisão transite materialmente em julgado (art. 356, § 3º), não havendo razão para aguardar o encerramento do processo e o trânsito em julgado da sentença. O que não pode ocorrer em tais casos é a superação dos dois anos após o trânsito em julgado daquela decisão^[129].

Para Teresa Arruda Alvim, “o prazo não se esgota, se o autor da eventual rescisória preferir esperar que haja trânsito em julgado de todas as decisões”^[130]. Dessa forma, a ação poderia ser ajuizada desde o momento em que sobre a decisão que será objeto da ação rescisória recaíram os efeitos da coisa julgada, até o final do processo, com o trânsito em julgado da última decisão proferida, ainda que sobre elas não haja relação.

Este posicionamento, no entanto, não soluciona a questão, por alongar demasiadamente o tempo em que se pode propor a ação rescisória, não se definindo com exatidão os seus termos inicial e final.

A razão disso se encontra na normal morosidade – que é notória – do Poder Judiciário. Entre a formação da coisa julgada da decisão do art. 356 do CPC e o término do processo, há um longo percurso, que pode levar anos.

Além disso, não soluciona a problemática da fixação do termo inicial, que influencia o seu termo final, e, por consequência, o momento em que ocorrerá a decadência.

O que se pretende com o presente trabalho é definir o termo inicial do prazo da ação rescisória, a fim de se estabelecer o termo final, para evitar a perda do direito à rescisão.

Sabe-se que o direito não é estável. Com as modificações legislativas, devem os seus aplicadores acompanhá-las, de forma a garantir um ordenamento jurídico coerente e íntegro, tal como dispõe o artigo 927 do CPC vigente.

Por esta razão, deve o entendimento ser superado, dando-se ao art. 975 do CPC a interpretação que melhor condiz com a legislação vigente.

b) Contagem do prazo do trânsito em julgado da última decisão objeto da ação rescisória

Desde já adianto que esta é a teoria que o presente trabalho adota.

Para ela, o termo inicial do prazo decadencial de propositura da ação rescisória é o trânsito em julgado da última decisão sobre a matéria que será o seu objeto.

Faz-se interpretação sistemática do termo “última decisão”. Significa dizer que não mais será considerada a última decisão proferida no processo, independentemente da sua relação com o objeto da rescisória, mas sim a última decisão com efeito modificativo sobre a matéria que será objeto da ação.

Em se tratando de julgamento antecipado parcial de mérito, o termo inicial será, portanto, o trânsito em julgado da própria decisão, ou da decisão que substituí-la (art. 1.008, CPC).

Defende-se que “para cada coisa julgada formada ao longo do processo passe a existir um prazo individualizado para a propositura da ação rescisória”[131].

Esclareço.

Há a previsão expressa de formação da coisa julgada progressiva, conforme já mencionado diversas vezes ao longo do presente trabalho.

A progressividade pode ser vislumbrada na possibilidade de julgamento fracionado do mérito, cuja formação da coisa julgada a acompanhará, já que tem como pressuposto o julgamento em cognição exauriente, o que se faz presente.

Na cumulação de pedidos, em não havendo prejudicialidade entre eles, e, se um ou mais dos pedidos for incontroverso, ou não for necessária a produção de mais provas, é o caso de julgamento antecipado parcial de mérito.

Os demais pedidos prosseguirão para instrução probatória e julgamento. Haverá, assim, a formação da coisa julgada progressiva.

Por consequência, é cabível mais de uma ação rescisória oriunda do mesmo processo.

Compreendido este ponto, passemos ao prazo. O art. 975 do CPC não traz nenhuma solução concreta para a questão, o que gera insegurança jurídica.

Vigorava, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que o termo inicial para o ajuizamento da ação rescisória deveria ser contado a partir do trânsito em julgado do capítulo da sentença, conforme explica Flávio Cheim Jorge:

É importante destacar, primeiramente, que durante muitos anos vigorou naquele tribunal o entendimento de era possível a formação gradual da coisa julgada. Por conseguinte, o termo inicial do prazo para o ajuizamento da ação rescisória contava-se a partir do trânsito em julgado de cada um dos capítulos da sentença, isoladamente considerados[132].

No entanto, o entendimento foi alterado[133] no julgamento do Recurso Especial 666859/DF, que deu origem ao enunciado sumular 401, supramencionado, que, por sua vez, inspirou o texto do art. 975 do CPC.

O posicionamento superado pelo Superior Tribunal de Justiça estava correto.

Considerar que o termo inicial para a propositura da ação rescisória do julgamento antecipado parcial de mérito é de dois anos a contar da última decisão referente ao seu objeto é garantir às partes o direito à solução de mérito em prazo razoável.

Essa garantia busca evitar uma longa e desnecessária duração do processo, conforme ensinam Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

O direito à duração razoável do processo não constitui e não implica direito a processo rápido ou célere. As expressões não são sinônimas. A própria ideia de processo já repele a instantaneidade e remete ao tempo como algo inerente à fisiologia processual. A natureza necessariamente temporal do processo constitui imposição democrática, oriunda do direito das partes de nele participarem de forma adequada, donde o direito ao contraditório e os demais direitos que confluem para organização do processo justo ceifam qualquer possibilidade de compreensão do direito ao processo com duração razoável simplesmente como direito a um processo célere. O que a Constituição determina é a eliminação do tempo patológico – a desproporcionalidade entre duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar[134].

É justamente essa a finalidade do julgamento antecipado parcial de mérito.

Ora, se o pedido pode ser julgado antecipadamente, e a decisão produzirá os seus efeitos, inclusive para fins de execução definitiva, interpretar o art. 975 do CPC de forma literal, ou consoante com o entendimento firmado pelo STJ, é negar o direito das partes de obter julgamento em prazo razoável, já que se deve aguardar o término do processo.

E, no que diz respeito à execução definitiva, ensinam Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha que:

Se há coisa julgada com aptidão de autorizar execução definitiva, impedir a parte prejudicada de promover a ação rescisória é grave ofensa ao acesso à justiça. Para cada coisa julgada, um prazo de ação rescisória[135].

Trata-se, pois, de aplicação do princípio da igualdade, já que, se ao vencedor cabe promover a execução definitiva – e deve fazê-lo, sob pena de ver o seu direito prescrever (art. 924, V, CPC) –, deve o sistema processual garantir o acesso à justiça, ao permitir o ajuizamento da ação rescisória desde logo, para não tratar as partes de forma desigual.

É o que defendem Fredie Didier Junior e Oliveira Braga:

[...]

Se há coisa julgada parcial, há possibilidade de execução definitiva desta decisão; se o credor não promover a execução dentro do prazo prescricional, há prescrição intercorrente (art. 924, V, CPC).

[...]

O credor passa a ter um prazo para executar e o devedor, um prazo indefinido para propor a ação rescisória. Essa situação é, claramente, uma ofensa ao princípio da igualdade^[136].

Não é outro o entendimento de Thiago Ferreira Siqueira:

Tal constatação, todavia, não pode impedir, a nosso ver, que, desde o momento em que ocorra o trânsito em julgado parcial, seja a decisão objeto de ação rescisória, ainda que não tenha tido início o prazo decadencial. É de se considerar, neste momento, a possibilidade de que a parte esteja sofrendo os efeitos negativos da decisão transitada em julgado – sujeita, inclusive, a execução definitiva, conforme o art. 356, §3º -, razão pela qual não lhe pode ser obstado o manejo da ação rescisória pelo simples fato de que pende de julgamento uma parcela do objeto do processo^[137].

Se o patrimônio pode ser expropriado com ares definitivos, e, ao passo que não se pode rescindir execução, não há, pela aplicação do princípio da proporcionalidade e da igualdade, justificativa plausível para que o termo inicial da ação rescisória não seja a decisão transitada em julgado.

É inegável que, ao possibilitar a execução definitiva, mas não a contagem do prazo para a propositura da ação rescisória, provoca-se prejuízos à parte, que, além de não ter tratamento isonômico, pode perder o direito à rescisão.

O processo deve seguir uma linha lógica. Por ela, não há justificativa para que se aguarde o término do processo. O entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça não coaduna com o direito processual vigente, razão pela qual deve ser superado, devendo interpretar o art. 975 do CPC de forma a garantir segurança jurídica e aplicabilidade dos institutos processuais a que se relaciona a ação rescisória.

Importante ressaltar que, conforme ensinam Wambier e Talamini[138], se a parte da sentença transitar em julgado antes da decisão que julgou antecipadamente parte do mérito, os prazos correrão em separado, de modo que ainda serão duas as ações rescisórias.

Ademais, para o suposto abarrotamento dos tribunais pela possível enorme quantidade de ações rescisórias referentes a um mesmo processo, cumpre salientar que o rol do art. 966 do CPC é taxativo. Significa que apenas será cabível em se tratando daquelas hipóteses.

Se do julgamento antecipado parcial de mérito cabe a ação rescisória, não necessariamente caberá também contra a sentença ou acórdão. É necessário que esteja presente uma das hipóteses autorizadoras do art. 967 do CPC.

A legislação deve ser harmônica, e cabe aos Tribunais observar as falhas do sistema processual e firmar entendimentos que façam as devidas correções.

A interpretação literal do art. 975 do CPC, e aplicação do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça – que é o mesmo do referido artigo – é ignorar o avanço processual que trouxe o CPC/2015. É negar a segurança jurídica (já que pode ocorrer a decadência) e o tratamento isonômico entre as partes.

Diante de todo o exposto, a interpretação que deve ser atribuída ao art. 975 do CPC é contrária ao enunciado sumular 401 do STJ, devendo ser admitida a coisa julgada progressiva, com o consequente cabimento de ações rescisórias autônomas.

Para cada decisão de mérito transitada em julgado, há uma ação rescisória autônoma. E o seu prazo tem início a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo a respeito da matéria que será objeto da rescisória.

Nesse sentido:

Assim, a formação da coisa julgada material supõe o exaurimento de todos os recursos cabíveis contra a decisão de mérito; e o prazo para o ajuizamento da ação rescisória conta-se a partir do primeiro dia seguinte ao do trânsito em julgado da sentença ou do acórdão rescindendos[139].

Por tudo isso, não se pode concordar com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, nem com a interpretação literal dada ao art. 975 do CPC, no sentido de que o prazo da ação rescisória se inicia com o trânsito da última decisão proferida no processo, mesmo que ela não tenha relação alguma com o objeto da ação rescisória.

Deve ser feita interpretação sistemática do art. 975 do CPC, considerando o julgamento antecipado parcial de mérito e a formação gradual da coisa julgada. Nesse sentido, o termo inicial do prazo para a propositura da ação rescisória é o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo que com ela tenha relação.

São cabíveis, assim, tantas ações rescisórias quantas decisões de mérito proferidas no processo, cujo prazo será individual.

6 CONCLUSÕES

O Superior Tribunal de Justiça, ao firmar o entendimento de que não é possível o fracionamento do julgamento e, conseqüentemente, da coisa julgada, o fez ainda na vigência do código revogado.

À época, de fato, não havia a previsão de julgamento antecipado parcial do mérito. Alguns doutrinadores entendiam que era possível, por meio da antecipação de tutela da parte incontroversa do pedido (§6º, do art. 273 do CPC/73).

Contudo, apenas com o CPC/15 o assunto se tornou inquestionável, aceitando-se o julgamento fracionado do mérito, com previsão no art. 356. Será possível quando um ou mais dos pedidos mostrar-se incontroverso, ou estiver em condições de imediato julgamento, por não ser necessária a produção de outras provas ou na aplicação dos efeitos da revelia.

Essa decisão tem natureza de decisão interlocutória, e, por decidir sobre o mérito em cognição exauriente, isto é, esgotando-se as provas e análises sobre as questões levadas ao processo, recaem sobre ela os efeitos da coisa julgada.

Transitada em julgado, é possível ser rescindida por meio da ação rescisória.

O art. 975 do CPC determina que “o direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”.

Não há clareza, conforme pode se observar pela leitura do artigo, quanto ao termo inicial do prazo de propositura da ação rescisória.

O seu texto foi inspirado no enunciado 401 de súmula do Superior Tribunal de Justiça, oriunda do entendimento de que não era possível a cisão do julgamento de mérito, tampouco a formação progressiva da coisa julgada.

São duas as teorias que enfrentam o tema.

Para a primeira, adota-se a interpretação literal do art. 975 do CPC, em consonância com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, entendendo-se que a contagem do prazo decadencial se inicia a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, ainda que não tenha relação com o objeto da rescisória.

No caso do julgamento antecipado parcial de mérito, portanto, ainda que a decisão tenha transitado em julgado e produza todos os seus efeitos, inclusive para execução definitiva, deve-se aguardar o término do processo para que seja possível ajuizar a ação rescisória.

Alguns autores entendem, ainda, que, mesmo considerando essa teoria, é possível que a ação rescisória seja ajuizada a partir do momento em que a decisão que será seu objeto tenha transitado em julgado. A contagem do prazo decadencial, contudo, apenas teria início com o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, ainda que não tenha relação com o objeto da ação.

A teoria não está correta, já que, ante a ausência de termo certo para a contagem do prazo decadencial, não há segurança jurídica, porquanto pode ocasionar, com o decurso do tempo, a perda do direito à rescisão.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça foi firmado não por fundamento processual, mas sim econômico, no sentido de se evitar o ajuizamento de várias ações rescisórias oriundas de um mesmo processo.

O Tribunal colocou pá de cal no assunto por certo período. Contudo, o direito, dinâmico que é, trouxe, novamente, à tona a discussão, só que, dessa vez, o

fundamento é a própria legislação, com a previsão de julgamento antecipado parcial do mérito.

O CPC/15, ao possibilitar o julgamento fracionado do mérito, e a formação da coisa julgada parcial, visou a garantir que as partes tenham uma célere prestação jurisdicional. Significa que, estando a causa madura para julgamento, deve ser julgada, não havendo razão para que se aguarde a instrução probatória dos demais pedidos, para que sejam julgados conjuntamente.

E, há de se convir que a justiça é morosa, por diversas questões que não cabe expor aqui. Isso só corrobora com a afirmação de que o pedido maduro deve ser julgado desde logo, a fim de se evitar prejuízos às partes, causados pelo decurso do tempo, que poderia ter sido evitado.

Se o julgamento parcial pode ser proferido, e sobre a decisão recaem os efeitos da coisa julgada, não é coerente que se tenha um prazo único para o ajuizamento da ação rescisória. Principalmente levando-se em conta que os pedidos são independentes – tanto o são que foram julgados em momentos distintos –, e que a última decisão proferida no processo pode não ter relação alguma com a decisão que será objeto da rescisória.

Não há, portanto, razão para que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça subsista diante do novo cenário processual.

A segunda teoria interpreta o art. 975 do CPC de forma sistemática, isto é, leva-se em consideração todo o contexto da legislação processual vigente. Considerando a possibilidade de julgamento antecipado do mérito, e formação da coisa julgada gradual, o termo inicial do prazo da ação rescisória é o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, tendo ela poder modificativo sobre o seu objeto.

Dessa forma, a partir do momento em que sobre a decisão recaem os efeitos da coisa julgada, inicia-se a contagem do biênio decadencial para a propositura da ação rescisória.

Admite-se a possibilidade de se ter o ajuizamento de várias ações rescisórias para um mesmo processo. E é importante lembrar que o rol das hipóteses autorizativas da ação rescisória é taxativo, de forma que apenas será ajuizada a ação se preenchidos os pressupostos legais.

Diante do exposto, é o caso de acolher a segunda teoria – conforme já adiantado na introdução –, pela qual o termo inicial do prazo da ação rescisória do

Julgamento antecipado parcial de mérito é o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo que tenha poder modificativo da decisão que será o seu objeto.

Se a decisão for formada por capítulos, e sobre eles os efeitos da coisa julgada recaírem em momentos distintos, haverá a contagem de dois prazos, independentes e autônomos, para a propositura da ação.

É o caso, pois, de superação do enunciado 401 da súmula do Superior Tribunal de Justiça, bem como de interpretar o art. 975 do CPC de forma sistemática, a fim de garantir que a prestação jurisdicional seja célere, atenda ao princípio da igualdade, e, o mais importante, garanta a efetividade dos institutos processuais previstos na legislação.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva & resolução parcial do mérito*. Curitiba: Juruá, 2007.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Decisão rescindível e o novo CPC – Aspectos polêmicos e atuais. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, nº 8, 2015, p. 117-138.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Coisa julgada e declaração*. In: *Temas de direito processual: primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977.

BOLSON, Raul Fernando Tosta. *Vedação das decisões-surpresa: aplicabilidade plena no âmbito do processo civil brasileiro*. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao código de processo civil – volume 4 (arts. 926 a 1.072)*. São Paulo: Saraiva, 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum e ordinário, 2: tomo I*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 394.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUFFARA, Julia Maria Milanese. *Coisa julgada nas demandas coletivas & a norma do art. 16 da Lei 7.347/85*. Curitiba: Jaruá, 2004.

CÂMARA, Alexandre. *Lições de direito processual civil: volume 1*. 23 ed. São Paulo: Altas, 2012.

CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação Rescisória, Biênio Decadencial e Recurso Parcial. *Revista de Processo* nº 88, Ano 22, São Paulo: RT, 1997.

CASTELO, Fernando Alcântara. A coisa julgada parcial e o problema do termo inicial. *Revista de Processo*, vol. 277, ano 43, p. 284-304. São Paulo: Revista dos Tribunais, março 2018.

DIDIE JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 12. ed. Salvador: Jus Podvum, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ação rescisória Contra Decisão Interlocutória*. In: "Nova Era do Processo Civil". 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. 1. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis* [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e processo comum*, vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e cognição* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios no Processo na Constituição Federal* [livro eletrônico], 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Rogério Nunes dos (organizadores). *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. Brasília: ESMPU, 2016.

SANTOS, Welder Queiroz dos. Ação rescisória contra decisão interlocutória de mérito e contra capítulo não recorrido. *Revista de Processo*, vol. 272, ano 42. P. 327-347. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro 2017.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. O julgamento antecipado parcial do mérito no novo código de processo civil brasileiro. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Novo CPC doutrina selecionada, v. 2: procedimento comum*. Salvador: Juspodivm, 2016.

TALAMINI, Eduardo. Comentário ao artigo 356. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil (vol. 2)*. São Paulo: Saraiva, 2017.

THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória), volume 2*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NOTAS:

[1] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória), volume 2*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 792.

[2] NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios no Processo na Constituição Federal* [livro eletrônico], 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, capítulo I, p. 9.

[3] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Coisa julgada e declaração. In: Temas de direito processual: primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 83.

[4] Alexandre Câmara ensina que “contra uma decisão judicial pode (e em regra assim é) ser cabível a interposição de recurso. Em alguns casos, como no da sentença, o cabimento do recurso é *imediato*. Em outros (como no caso das decisões interlocutórias que não constam do rol do art. 1.015), o cabimento do recurso é *diferido*. De toda maneira, a maioria das decisões é recorrível. Fatores há, porém, que tornam a decisão irreccorrível. É que os recursos no Direito Processual Civil brasileiro são limitados e sujeitos a prazo de interposição. Assim, esgotados todos os recursos, ou decorrido o prazo para que o recurso admissível seja interposto, a decisão se torna irreccorrível”. (CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 309).

[5] CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 309.

[6] [6] BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil* [livro eletrônico]. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, capítulo 11, item 7.

[7] O §4º do art. 337 reza que a coisa julgada se verifica “quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado”.

[8] BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil* [livro eletrônico]. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, capítulo 11, item 7.

[9] SANTOS, Moacyr Amaral, Primeiras linhas de direito processual civil, apud ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1033.

[10] CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 310.

[11] [11] BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil* [livro eletrônico]. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, capítulo 11, item 7.

[12] BUFFARA, Julia Maria Milanese. *Coisa julgada nas demandas coletivas & a norma do art. 16 da Lei 7.347/85*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 68-69.

[13] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, capítulo XXI, seção V, p. 124.

[14] JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e processo comum*, vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1599.

[15] JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e processo comum – vol. I*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1600.

[16] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, capítulo XXI, seção V, p. 124.

[17] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, capítulo XXI, seção V, p. 124.

[18] Nelson Nery observa que “a falta de algum dos pressupostos de validade, por exemplo, pode ensejar a rescisão da sentença, tais como no caso de a decisão ou sentença de mérito transitada em julgado haver sido proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente (CPC 966 II), ou, ainda, com ofensa à coisa julgada (CPC 966 IV). Isto significa que o sistema admite que a sentença inválida possa fazer coisa julgada material”. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, capítulo XXI, seção V, p. 124).

[19] Para Nelson Nery, “a falta de pressuposto processual de existência acarreta a inexistência do processo, da sentença e da coisa julgada” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, capítulo XXI, seção V, p. 124).

[20] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, Seção V, p. 104.

[21] CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 312.

[22] MARQUES, José Frederico, apud JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e processo comum – vol. I*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016,

[23] JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e processo comum – vol. I*. 56 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1612.

[24] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, parte 1, capítulo 3, p. 8.

[25] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, parte 1, capítulo 3, p. 8.

[26] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, parte 1, capítulo 3, p. 8.

[27] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, parte 1, capítulo 3, p. 8.

[28] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ação rescisória Contra Decisão Interlocutória*. In: “Nova Era do Processo Civil”. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 285.

[29] MARQUES, José Frederico, apud SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Novo CPC doutrina selecionada*, v. 2: procedimento comum. DIDIER JR, Fredie (coord.). 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 409.

[30] ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 823.

[31] SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Novo CPC doutrina selecionada*, v. 2: procedimento comum. DIDIER JR, Fredie (coord.). 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 417.

[32] CUNHA, Leonardo José Carneiro, apud ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva & resolução parcial do mérito*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 323.

[33] ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva & resolução parcial do mérito*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 324.

[34] JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e processo comum*. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1226.

[35] BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil* [livro eletrônico]. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, capítulo 9, item 3.3.

[36] DIDIE JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 12. ed. Salvador: Jus Podvum, 2016, p 404.

[37] “Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355”.

[38] CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 196.

[39] Significa que deve ser indicado o “provimento jurisdicional que busca obter, mas também a exata natureza do bem jurídico postulado (pedido certo) e, no caso de ser este bem jurídico quantificável, deve ser também indicada, na petição inicial, a exata quantidade pretendida (pedido determinado)”. (CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 196).

[40] TALAMINI, Eduardo. Comentários ao artigo 356. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil (vol. 2)*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 174.

[41] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, parte III, item 6.

[42] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, parte III, item 6.

[43] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, parte III, item 6.

[44] DORIA, Rogéria Dotti, apud ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva & resolução parcial do mérito*. Curitiba: Juruá, 2007, P. 317.

[45] “Vê-se, assim, que o juiz tem o dever de zelar pelo contraditório real e efetivo, proporcionando às partes possibilidade de efetiva participação e influência durante o processo. Nesse sentido, o artigo 7º do Código de Processo Civil em vigor, dispõe, *in verbis*, que é “assegurada às partes paridade de tratamento em relação a o exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”. BOLSON, Raul Fernando Tosta. *Vedação das decisões-surpresa: aplicabilidade plena no âmbito do processo civil brasileiro*. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), 2016, p. 13.

[46] SIQUEIRA, Thiago Ferreira. O julgamento antecipado parcial do mérito no novo código de processo civil brasileiro. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Novo CPC doutrina selecionada, v. 2: procedimento comum*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 419.

[47] JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e processo comum*. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p 1226-1227.

[48] JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e processo comum*. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p 1227.

[49] TALAMINI, Eduardo. Comentário ao artigo 356. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil (vol. 2)*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 174.

[50] JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e processo comum – vol. I*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 742.

[51] SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida, apud JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e processo comum*. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 739.

[52] TALAMINI, Eduardo. Comentário ao artigo 356. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil (vol. 2)*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 175.

[53] “Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

III - homologar:

a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;

b) a transação;

c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção”.

[54] TALAMINI, Eduardo. Comentário ao artigo 356. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil (vol. 2)*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 175.

[55] JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e processo comum – vol. I*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 742.

[56] “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

[57] “Art. 932. Incumbe ao relator:

III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência”.

[58] JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis* [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, capítulo 11, p. 23.

[59] TALAMINI, Eduardo. Comentário ao artigo 356. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil (vol. 2)*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 176.

[60] JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e processo comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1228.

[61] DIDIE JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 12 ed. Salvador: Jus Podivum, 2016, p 404.

[62] Para Cássio Scarpinella Bueno “ ocorrência da coisa julgada pressupõe o exercício de cognição jurisdicional *exauriente* porque é ela, e não as demais classes da cognição no que diz respeito à sua profundidade, a única que representa o vetor subjacente ao instituto, o da *segurança jurídica*.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum e ordinário, 2: tomo I*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 394).

[63] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e cognição* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, capítulo 5, p. 7.

[64] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e cognição* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, capítulo 5, p. 7.

[65] WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77.

[66] JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e processo comum*. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p 1229.

[67] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória), volume 2*. 16ª ed. reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 207.

[68] TALAMINI, Eduardo. Comentário ao artigo 356. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil (vol. 2)*. São Paulo: Saraiva, 2017, 9. 179.

[69] Flávio Cheim Jorge ensina que “cada unidade decisória da sentença possui uma deliberação particular e resulta da verificação de pressupostos específicos. Assim, ainda que uma unidade decisória seja juridicamente dependente de outra (v.g. questões prejudiciais, honorários advocatícios), cada uma formará um capítulo de sentença autônomo, com fundamento e conclusões individuais”. (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 2. ed.,)

[70] CÂMARA, Alexandre. *Lições de direito processual civil: volume 1*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 493.

[71] CÂMARA, Alexandre. *Lições de direito processual civil: volume 1*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 493.

[72] CÂMARA, Alexandre. *Lições de direito processual civil: volume 1*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 475.

[73] CARNELUTTI, Francesco, apud CÂMARA, Alexandre. *Lições de direito processual civil: volume 1*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 493.

[74] DINAMARCO, Cândido Rangel, apud CÂMARA, Alexandre. *Lições de direito processual civil: volume 1*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 494.

[75] CÂMARA, Alexandre. *Lições de direito processual civil: volume 1*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 495.

[76] JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e processo comum*, vol. I. 56 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1595.

[77] CÂMARA, Alexandre. *Lições de direito processual civil: volume 1*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 496.

[78] CÂMARA, Alexandre. *Lições de direito processual civil: volume 1*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 496.

[79] JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e processo comum*, vol. I. 56 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1595.

[80] CÂMARA, Alexandre. *Lições de direito processual civil: volume 1*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 496.

[81] ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva & resolução parcial do mérito*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 352.

[82] JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis* [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, capítulo 11, p. 4.

[83] JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e processo comum*, vol. I. 56 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1596.

[84] CÂMARA, Alexandre. *Lições de direito processual civil: volume 1*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 496.

[85] JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 2. ed. [livro eletrônico], capítulo 11, p. 5.

[86] ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva & resolução parcial do mérito*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 353.

[87] ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva & resolução parcial do mérito*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 351.

[88] ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva & resolução parcial do mérito*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 354.

[89] O entendimento superado pelo Superior Tribunal de Justiça é objeto de estudo do próximo capítulo deste trabalho.

[90] BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Fontes de Alencar. EREsp 404.777/DF. Julgado em: 03/12/2003. Publicado em: 11/04/2005, p. 169.

[91] Este julgado serviu como precedente para a edição do enunciado 401 de súmula do Superior Tribunal de Justiça, de seguinte teor: “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”.

[92] AMBRIZZI, Tiago Ravazzi. *Julgamento fracionado do mérito no processo civil brasileiro*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 92.

[93] BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federa. Primeira Turma, Relator: Min. Marco Aurélio. RE 666589 AgR, Julgado em: 04/09/2012. Publicado em 25-10-2012.

- [94] CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação Rescisória, Biênio Decadencial e Recurso Parcial. *Revista de Processo* nº 88, Ano 22, São Paulo: RT, 1997, p. 233.
- [95] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno. AP 470 QO - décima primeira. Julgado em: 13/11/2013.
- [96] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma. RE 666589 AgR. Julgado em: 04/09/2012. Publicado em 25/10/2012.
- [97] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil (vol. 3)*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- [98] TALAMINI, Eduardo. Comentário ao artigo 356. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil (vol. 2)*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 180.
- [99] TALAMINI, Eduardo. Comentário ao artigo 356. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil (vol. 2)*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 179.
- [100] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória), volume 2* – 16ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 792.
- [101] ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva & resolução parcial do mérito*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 358.
- [102] Ensina Athos Gusmão que, “ainda que não conhecido o recurso, salvo se por intempestividade, ou por absoluta falta de previsão legal, o prazo para a rescisória se inicia a partir do momento em que preclusa a decisão a propósito dele proferida” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma. REsp 84530. j. 17.09.96, DJU 29.10.96, p. 41.643).
- [103] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, capítulo 12, p. 44.
- [104] CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 468.
- [105] CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 468.

[106] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, livro III, título I, capítulo VII.

[107] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, capítulo 12, p. 45.

[108] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, livro III, título I, capítulo VII.

[109] CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 468.

[110] CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 468.

[111] “Art. 975. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”.

[112] MOREIRA, Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 220-221, apud RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Rogério Nunes dos (organizadores). *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. Brasília: ESMPU, 2016, p. 104.

[113] Carlos Roberto Gonçalves ensina que “a prescrição pode suspender-se ou interromper-se, enquanto a decadência tem curso fatal, não se suspendendo nem se interrompendo pelas causas suspensivas ou interruptivas da prescrição, só podendo ser obstada a sua consumação pelo efetivo exercício do direito ou da ação, quanto esta constitui o meio pelo qual deve ser exercido o direito” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. 1. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 518).

[114] THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 420.

[115] THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 420.

[116] THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 421.

- [117] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. REsp 784799/PR. Julgado em 17 dez. 2009. Publicado em 02 fev. 2010.
- [118] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, livro III, título I, capítulo VII.
- [119] MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 353.
- [120] CASTELO, Fernando Alcântara. A coisa julgada parcial e o problema do termo inicial. *Revista de Processo*, vol. 277, ano 43, p. 284-304. São Paulo: Revista dos Tribunais, março 2018.
- [121] THAMAY, Rennan Faria Krügrer. Manual de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 421.
- [122] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil: lei 13.105/2015, apud SANTOS, Welder Queiroz dos. Ação rescisória contra decisão interlocutória de mérito e contra capítulo não recorrido. *Revista de Processo*, vol. 272, ano 42. P. 327-347. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro 2017.
- [123] JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil – vol. III*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 906.
- [124] CASTELO, Fernando Alcântara. A coisa julgada parcial e o problema do termo inicial. *Revista de Processo*, vol. 277, ano 43, p. 284-304. São Paulo: Revista dos Tribunais, março 2018.
- [125] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil (vol. 3)*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 529.
- [126] JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil – vol. III*. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 902-903.
- [127] JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil – vol. III*. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 909.
- [128] ARAÚJO, José Henrique Mouta. Decisão rescindível e o novo CPC – Aspectos polêmicos e atuais. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, nº 8, 2015, p. 117-138.

[129] BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 701.

[130] SANTOS, Welder Queiroz dos. Ação rescisória contra decisão interlocutória de mérito e contra capítulo não recorrido. *Revista de Processo*, vol. 272, ano 42. P. 327-347. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro 2017.

[131] CASTELO, Fernando Alcântara. A coisa julgada parcial e o problema do termo inicial. *Revista de Processo*, vol. 277, ano 43, p. 284-304. São Paulo: Revista dos Tribunais, março 2018.

[132] JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis* [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, cap. 11, p. 4.

[133] Já no que concerne ao julgamento antecipado parcial, a formação de coisas julgadas progressivas é consequência do ônus de se recorrer de imediato de tais decisões interlocutórias, encargo que, uma vez descumprido, ocasiona seu trânsito em julgado. E, uma vez verificado tal fenômeno, estará a decisão, *ipso facto*, imunizada pela coisa julgada material. O termo *a quo* para a propositura de ação rescisória é a data do trânsito em julgado da última decisão da causa, caracterizando a coisa julgada material. O trânsito em julgado que autoriza o ajuizamento da rescisória não se aperfeiçoa por capítulos, sendo único para todas as partes, independentemente de terem recorrido ou não. Afastou-se a tese do Tribunal *a quo* de que os capítulos da sentença podem transitar em julgado em momentos diversos e em relação a cada parte. (Superior Tribunal de Justiça. REsp 639.233-DF, Rel. Min. José Delgado, julgado em 6/12/2005), sem grifos no original.

[134] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, cap. 4, p. 20. V. 1

[135] DIDIE JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 12. ed. Salvador: Jus Podvum, 2016, p. 528.

[136] DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Oliveira. Curso de direito processual civil, p. 525-529, apud RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Rogério Nunes dos (organizadores). *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. Brasília: ESMPU, 2016, p. 111.

[137] SIQUEIRA, Thiago Ferreira. O julgamento antecipado parcial do mérito no novo código de processo civil brasileiro. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Novo CPC doutrina selecionada, v. 2: procedimento comum*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 433.

[138] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil, v. 2, apud CASTELO, Fernando Alcântara. A coisa julgada parcial e o problema do termo inicial. *Revista de Processo 2018*, RePro 277, fls. 284-304.

[139] GUSMÃO, Athos. Ação rescisória, biênio decadencial e recurso parcial. Academia Brasileira de direito processual civil: 1996.

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA EXTENSIVA ÀS EMPRESAS ESTATAIS À LUZ DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

JAQUELINE TOLEDO DE ALMEIDA:

Graduada em Direito pela Faculdade Estácio de Sá, ano 2013.2. Aprovada no X Exame da Ordem da OAB, em 2013. Atuei como advogada, nos anos de 2013 até 2015. Possuo Pós-graduação em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderp, concluído em 2014.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo apresentar a extensão da chamada imunidade tributária recíproca para entidades estatais, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, pessoas jurídicas de direito privado, quando estas forem criadas para prestação de serviços públicos de natureza exclusiva e obrigatória pelo estado, segundo recentes decisões do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: imunidade, imunidade tributária recíproca, Empresa Pública, Sociedade de Economia Mista, Supremo Tribunal Federal.

Abstract: The present work aims to present the extension of the so-called reciprocal tax immunity for state entities, Public Enterprises and Mixed Economy Societies, legal entities of private law, when these are created to provide exclusive and mandatory public service by the state, according to recent Supreme Court decisions.

Keywords: immunity, reciprocal tax immunity, Public Company, Mixed Economy Society, Supreme Federal Court.

SUMÁRIO: 1-Introdução. 2 Imunidade. 2.1 Conceito. 2.2 Considerações. 3. Imunidade Tributária recíproca. 4 Imunidade Tributária extensivas às empresas estatais. 4 Conclusão.5 Referências.

1-INTRODUÇÃO

A imunidade tributária tem previsão na Constituição Federal e constitui uma norma de não tributação sobre algumas atividades e pessoas, sendo uma verdadeira limitação ao poder estatal de exercer sua competência tributária. Dentre estas imunidades, podemos destacar a imunidade recíproca, objeto deste trabalho, o qual tem previsão no art. 150, VI, "a", CF e estabelece que é vedada à União, o Distrito Federal, os Estados e aos Municípios cobrar impostos sobre a patrimônio, renda e serviços uns dos outros. Alude ainda o texto constitucional, que esta imunidade é aplicada, de forma extensiva, às Autarquias e Fundações Públicas, desde que os

serviços prestados estejam vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes, conforme art. 150, §2º, CF.

Assevera ainda o art. 150, §3º, CF, que as entidades estatais, Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas, que exploram atividades econômicas, não se aplica a imunidade, devendo sofrer tributação normal em suas atividades, pois atuam em regime concorrencial com outras pessoas jurídicas da iniciativa privada o que feriria o princípio da livre concorrência, previsto no art. 173, §2º, CF. Ocorre que, apesar de ser a regra a tributação das entidades estatais, o Pretório Excelso reconheceu que estas estatais fazem jus à imunidade recíproca, quando prestarem serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado e não possuírem natureza concorrencial.

2- IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

2.1- CONCEITO

A Carta Magna fixa as competências tributárias dos Entes políticos, de modo positivo, ou seja, fixa quais tributos poderão ser instituídos. Porém, ela também, delimita, negativamente, sua exibilidade em alguns casos, são as chamadas imunidades.

A doutrina define imunidade tributária como causa de não-incidência, incompetência tributária, limitação ao poder de tributar, como exposto abaixo.

Segundo Machado, Hugo de Brito, 2008, pág. 282

“Imunidade é o obstáculo decorrente de regra da Constituição à incidência de regra jurídica de tributação. O que é imune não pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina hipótese de incidência tributária aquilo que é imune. É limitação da competência tributária”

Para o eminente ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco, 2009, pág.832, ***“A imunidade tributária, sendo uma norma de não-incidência por força de mandamento constitucional, impede a ocorrência do fato gerador, inexistindo relação jurídico-tributária não se instaura e o tributo não é devido”***.

Assim, define-se imunidade como uma normal constitucional que afasta a competência do ente tributante visando proteger pessoas e atividades que são consideradas importante para a sociedade e também para o Estado.

2.2- CONSIDERAÇÕES

Importante ressaltar que, sempre que o texto constitucional afastar uma competência tributária, há uma imunidade, independentemente do termo utilizado, uma vez que, o próprio legislador, na elaboração do texto constitucional, equivocou-se fazendo uso a palavra isenção. Assim, deve ser considerada uma imunidade, toda vez que o texto da constituição afastar competências tributárias dos entes políticos.

Vale lembrar, que a imunidade afasta a obrigação principal, ou seja, ao pagamento do tributo, porém não fica o beneficiário dispensado das obrigações acessórias, como: apresentação de notas fiscais, título de propriedade, entre outras.

No julgamento do RE566622, ficou estabelecido pelo STF, que para definição dos critérios para a concessão da imunidade, pelo ente tributante, o mesmo deve definir estes critérios por Lei Complementar. ***“A lei complementar é forma exigível para definição de modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas pelo art.195, §7º, da CF, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem por elas observadas”***

Tratando-se de imunidade tributária recíproca, o que é dispensado de cobrança, é a espécie tributária: imposto. Nada impede que um ente tributante cobre de outro ente, uma taxa. Exemplo: O imóvel que fica instalada a Receita Federal, se pertencer à União, ou seja, ser for bem da União, será imune à cobrança de IPTU pelo Município, mas nada impede que o mesmo, cobre taxa de lixo.

3-IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA

O art. 150, VI, “a”, da CF, veda aos entes federativos de cobrarem impostos sobre patrimônio, renda ou serviços uns dos outros, que tem por fundamento a proteção dos princípios federativos, da isonomia e da capacidade contributiva das pessoas políticas. Esta previsão visa proteger o pacto federativo, pois prevalece a autonomia de atuação.

O texto constitucional também prevê a extensão do benefício constitucional às Autarquias e Fundações Públicas, pessoas jurídicas de direito público, as quais são criadas e possuem seu campo de atuação a uma finalidade pública, uma atuar do estado, de prestação de serviço descentralizado. Para ter direito a este beneplácito, devem prestar serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

A própria Constituição Federal alude, de forma expressa, que não são beneficiários da imunidade recíproca, às entidades estatais, quais sejam, Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas, art.150,§3º, da CF. Tal previsão, baseia-se, por estas pessoas jurídicas possuem personalidade jurídica de direito privado e são

criadas, em regra, para realizarem atividade econômica, de natureza concorrencial com outras empresas da iniciativa privada. As primeiras sendo beneficiadas com a imunidade, traria um desequilíbrio econômico perante as segundas, o que feriria o princípio da livre concorrência, art. 173, §2º, da CF.

Ocorre que, algumas entidades estatais, são criadas pelos entes políticos para prestarem serviços públicos de sua competência, serviços estes de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, sem natureza concorrencial. Assim, algumas estatais começaram a exigir o direito de ser reconhecida a imunidade tributária. Como será exposto a seguir.

4- IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA EXTENSIVA ÀS ESTATAIS

Considerando o último parágrafo acima, começarei a expor quais entidades estatais tiveram o direito reconhecido e os requisitos que culminaram adquirir este direito.

A primeira, foi a Empresa de Correios e Telégrafos (ECT), em 2004, no julgamento do RE 407099/RS, em que o STF reconheceu o benefício por ser uma Empresa Pública, criada para dedicar-se ao serviço postal e ao correio aéreo, sendo uma competência exclusiva da União, previsto no art. 21,X, da CF.

“A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT está abrangida pela imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, a, da CF, haja vista tratar-se de prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado (“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:... VI - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;”). Com base nesse entendimento, a Turma reformou acórdão do TRF da 4ª Região que, em sede de embargos à execução opostos por Município, entendera que a atual Constituição não concedera tal privilégio às empresas públicas, tendo em conta não ser possível o reconhecimento de que o art. 12 do Decreto-Lei 509/69 garanta o citado benefício à ECT. Afastou-se, ainda, a invocação ao art. 102, III, b, da CF, porquanto o tribunal a quo decidira que o art. 12 do mencionado Decreto-Lei não fora, no ponto, recebido pela CF/88. Salientou-se, ademais, a distinção entre empresa pública como instrumento de

participação do Estado na economia e empresa pública prestadora de serviço público. Leia o inteiro teor do voto do relator na seção de Transcrições deste Informativo. Precedente citado: RE 230072/RJ (DJU de 19.12.2002). RE 407099/RS, rel. Min. Carlos Velloso, 22.6.2004.(RE-407099)”

Em 2007, na ação cautelar nº1.550-2, a Corte Suprema concedeu a uma Sociedade de Economia Mista, a Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia (CAERD), a imunidade perante o Município Guarajá-Mirim, pois a empresa foi criada para prestar uma atividade de *munus* público estatal que é o serviço de saneamento básico.

Também em 2007, no RE-AgR 363.412/BA, a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária(INFRAERO) teve concedida imunidade ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza(ISS), cobrado pelo Município de Salvador. Na decisão, foi reconhecida a atividade-fim da União, desempenhada pela empresa, prevista no art. 21, XII, “c”, da CF.

Outro julgado importante, foi no ano de 2013, em que também foi aplicada a benesse à Casa da Moeda Nacional, sob os mesmos fundamentos, afastando a possibilidade de cobrança do ISS, pelo Município do Rio de Janeiro. Veja:

“Casa da Moeda do Brasil (CMB). Empresa governamental delegatária de serviços públicos. Emissão de papel moeda, cunhagem de moeda metálica, fabricação de fichas telefônicas e impressão de selos postais. Regime constitucional de monopólio (CF, art. 21, VII). Outorga de delegação à CMB, mediante lei, que não descaracteriza a estatalidade do serviço público, notadamente quando constitucionalmente monopolizado pela pessoa política (a União Federal, no caso) que é dele titular. A delegação da execução de serviço público, mediante outorga legal, não implica alteração do regime jurídico de direito público, inclusive o de direito tributário, que incide sobre referida atividade. Consequente extensão, a essa empresa pública, em matéria de impostos, da proteção constitucional fundada na garantia da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, a). O alto significado político-jurídico dessa prerrogativa constitucional, que traduz uma das projeções concretizadoras do princípio da Federação. Imunidade

tributária da Casa da Moeda do Brasil, em face do ISS, quanto às atividades executadas no desempenho do encargo, que, a ela outorgado mediante delegação, foi deferido, constitucionalmente, à União Federal. Doutrina (Regina Helena Costa, inter alios). Precedentes. Recurso extraordinário improvido". (RE610517/RJ-DJ, em 17.6.2013)

Após vários outros julgados, prevaleceram os entendimentos acima.

Assim, para as empresas estatais serem beneficiárias da imunidade tributária, devem representar uma atuação pública do estado exclusiva e sem natureza concorrencial. Os julgados mais recentes foram da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro (Cedae), em 2017, em que o STF, na Ação Cível Originária (ACO) 2757, reconheceu o direito à imunidade e devolução dos impostos cobrados até 5 anos antes da proposição da ação. E, por fim, a Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais (CPRM), em 2018, na ACO 3184, a dispensa ao pagamento do IPVA, perante o Estado do Ceará.

5-CONCLUSÃO

A imunidade tributária trata-se de uma norma constitucional que visa à proteção de pessoas e o livre exercício de algumas atividades, que por serem de grande relevância, recebem tratamento diferenciado e protetor do constituinte. Ao definir tal instituto, a doutrina a considera como uma incompetência tributária e uma limitação ao poder de tributar.

Já a denominada Imunidade Recíproca impede que um ente da federação, seja ele União, Estado, Distrito Federal ou Município, tribute com impostos outro ente federado, mantendo os, cada qual, com suas respectivas autonomias, através da divisão de competências, em respeito ao basilar princípio federativo. O texto constitucional estende, essa benesse, às Autarquias e às Fundações Públicas, desde que os serviços prestados estejam vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. Porém assevera não ser possível dispensar o mesmo tratamento às Sociedades de Economia Mista e às Empresas Públicas, por serem pessoas jurídicas de direito privado, exercerem atividade econômica e em regime concorrencial com outras empresas da iniciativa privada, ferindo o princípio constitucional da livre concorrência.

Vimos que, embora o texto da Carta Magna não possuam exceções a regra acima. O STF, guardião e intérprete da constituição, reconheceu, em vários julgados, a imunidade recíproca às estatais, com um olhar para atividades e serviços que

desenvolvem, a finalidade de sua criação e não meramente sua classificação em personalidade jurídica de direito privado ou público. Entendo que é o mais justo o critério usado pela Corte Suprema. O *nomen iuris* não pode ser o único critério definidor. E, assim, é o entendimento que prevalece do ano de 2013 até o presente momento.

6-REFERÊNCIAS

BRASIL. LEIS, DECRETOS ETC. **Código Tributário; Código de Processo Civil; Constituição Federal; Legislação Tributária e Processual Tributária.** São Paulo. RT, 2010. 1516p

BRASIL. LEIS, DECRETOS, ETC. **Código Tributário Nacional e Constituição.** 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, 683p

PLANALTO. **Constituição Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.** www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12/06/2020

PLANALTO. **Código Tributário Nacional. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 15//06/2020

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário.** 29. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, 282p

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da. **Manual de Direito Tributário.** 6.Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, 832p

FGV. **Emenda Constitucional 03/1993-Controle de Constitucionalidade-Imunidade Tributária.** <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46416>. Acesso em:17/06/2020

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 566622/RIO GRANDE DO SUL.** www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565291&numeroProcesso=566622&classeProcesso=RE&numeroTema=32. Acesso em: 17/06/2020

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE407099/Rio Grande do Sul.** <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo353.htm>. Acesso em: 17/06/2020

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF EM CASO DE HABITUALIDADE DELITIVA E CRIME PATRIMONIAL

IZABELA SEDLMAIER SOUZA: Pós-graduada em Ciências Criminais pela Faculdade Damásio, pós-graduanda em Direitos Humanos pela Faculdade UniAmérica, graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), advogada.

RESUMO: O princípio da insignificância consiste na atipicidade material da conduta que viola bem-jurídico de forma ínfima. Como ocorre atipicidade, há absolvição do agente. Não há previsão legal do princípio. Foi criado pela doutrina e jurisprudência, responsáveis por lapidar sua aplicação. Nesse sentido, Supremo Tribunal Federal (STF) estabeleceu requisitos para aplicá-lo: mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social, grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, inexpressividade da lesão jurídica e ausência de habitualidade delitiva. Neste artigo, será apresentado julgado recente do STF em que se reconheceu a aplicação do princípio, mesmo com réu respondendo a uma outra ação penal em curso. O Tribunal entendeu que, como ação penal em curso não pode ser utilizada como antecedente por violar a presunção de inocência, também não pode ser utilizada para afastar a insignificância. Além disso, foi essencial para decisão do Tribunal o fato de se tratar de furto famélico, de o indivíduo ser hipossuficiente, de os bens serem restituídos e de todos os outros requisitos estarem presentes. Por fim, concluiu-se pelo acerto da decisão do STF, que atendeu ao princípio da intervenção mínima e se atentou à realidade do sistema penitenciário brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: princípio da insignificância; furto famélico; hipossuficiência; ação penal em curso.

ABSTRACT: The principle of insignificance consists in the material atypicality of the conduct that violates very little legally. As atypicality occurs, the agent is absolved. There is no legal provision for the principle. It was created by doctrine and jurisprudence, responsible for refining its application. In this sense, the Supreme Federal Court (STF) established requirements to apply it: minimal offense of conduct, no social hazard, reduced degree of reprobability of behavior, inexpressiveness of legal injury and absence of criminal habit. In this article, a recent STF judgment will be presented in which the application of the principle was recognized, even with the defendant responding to another ongoing criminal action. The Court found that, as an ongoing criminal action cannot be used as a precedent for violating the presumption of innocence, it also cannot be used to rule out insignificance. In addition, it was essential for the Court's decision that it was a family theft, that the

individual was underfunded, that the assets were returned and that all other requirements were present. Finally, it was concluded that the STF's decision was correct, which met the principle of minimum intervention and paid attention to the reality of the Brazilian prison system.

KEYWORDS: principle of insignificance; familial theft; hyposufficiency; ongoing criminal action.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Princípio da Insignificância; 2.1 Requisitos para aplicação do Princípio da Insignificância. 3. STF: Aplicação do princípio em caso de ação penal em curso e crime patrimonial. 4. Do acerto da decisão do STF no *Habeas Corpus* 141440. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo analisará julgado do Supremo Tribunal Federal (STF), em que se aplicou o princípio da insignificância em delito de furto, apesar de o réu responder a uma outra ação penal em curso. Tal julgado aparenta conflitar com a jurisprudência do Tribunal que não permite a incidência do princípio em crime patrimonial quando há habitualidade delitiva.

Para isso, inicialmente, será abordado o conceito do princípio da insignificância de acordo com a doutrina, seus requisitos traçados pelo STF e, em seguida, será apresentado o mencionado julgado da Suprema Corte, com os fundamentos utilizados para aplicar o princípio ao caso e, conseqüentemente, absolver o réu.

Por fim, será analisada a compatibilidade do julgado com o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo com o princípio penal da intervenção mínima, com a crise do sistema penitenciário e com as medidas adotadas pelo STF para amenizá-la, como o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional.

2. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Com a aplicação do princípio da insignificância, é considerada atípica a conduta que se amoldou perfeitamente ao tipo penal, mas que não violou o bem jurídico tutelado por esse tipo penal de forma significativa.

É o caso do sujeito que subtrai para si coisa alheia móvel, consistente em 1 (um) pirulito de determinado supermercado. No caso, a conduta se encaixou perfeitamente ao delito de furto, já que houve a subtração de coisa alheia móvel.

Entretanto, a lesão ao patrimônio (bem jurídico tutelado por esse delito) foi muito ínfima, o que não justifica a persecução penal.

Nesse caso, houve tipicidade formal (adequação da conduta ao crime de furto), mas não ocorreu tipicidade material (lesão significativa ao bem jurídico considerado pelo delito). Portanto, pela aplicação do princípio da insignificância, há atipicidade material da conduta, o que enseja absolvição do agente, nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal (CPP).

Nesse sentido, é a lição de Bitencourt (2018):

(...) a tipicidade penal exige ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos tutelados, pois não é qualquer ofensa a tais bens suficiente para configurar o injusto típico. É indispensável uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal (pena aplicável). Não raro condutas que se amoldam, formalmente, a determinado tipo penal não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode não se configurar a tipicidade material porque, a rigor, o bem jurídico não chegou a ser lesado.

(BITENCOURT, 2018, p. 84).

Importante ressaltar, ainda, que, para a jurisprudência, certos delitos não podem ser objeto do princípio da insignificância em razão do bem jurídico que tutelam, ainda que a lesão a esse bem seja inexpressiva. É o caso dos crimes contra a Administração Pública, conforme Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Tal posição é criticável, porque o devido processo legal e o princípio da ofensividade demandam uma análise de cada caso concreto, para se verificar se houve ou não lesão significativa àquele bem jurídico, sendo repudiável uma análise abstrata.

Ainda, necessário informar que o princípio da insignificância, também chamado de princípio da bagatela, não está previsto no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de criação da doutrina e da jurisprudência, fontes responsáveis por lapidar sua aplicação.

2.1 Requisitos para aplicação do princípio da insignificância

O Supremo Tribunal Federal (STF) estabeleceu quatro requisitos que devem ser observados, cumulativamente, para aplicação do princípio da insignificância, são eles: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, grau reduzido de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

1. O entendimento do STF é firme no sentido de que o princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas:

(i) mínima ofensividade da conduta do agente;

(ii) nenhuma periculosidade social da ação;

(iii) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento;

(iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada, ressaltando, ainda, que a contumácia na prática delitiva impede, em regra, a aplicação do princípio.

Hipótese de paciente condenado pelo crime de furto qualificado pelo abuso de confiança, não estando configurados, concretamente, os requisitos necessários ao reconhecimento da irrelevância material da conduta.

2. Agravo regimental desprovido.

(HC 175945 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 13-05-2020 PUBLIC 14-05-2020)

É nesse sentido que a Suprema Corte considera que delitos cometidos com violência ou grave ameaça não podem ser objeto de aplicação do princípio da insignificância, ainda que a lesão ao bem jurídico seja inexpressiva.

EMENTA RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCOMPATIBILIDADE.

É inviável reconhecer a aplicação do princípio da insignificância para crimes praticados com violência ou grave ameaça, incluindo o roubo. Jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em habeas corpus não provido.

(RHC 106360, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012)

Além disso, há também a questão da habitualidade delitiva quando se trata de princípio da insignificância. Em julgamento do *Habeas Corpus* 123734, o Pleno do STF decidiu que, em crime patrimonial, a habitualidade, apesar de não ser determinante, deve sim ser considerada.

Ementa: PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO TENTADO. RÉU PRIMÁRIO. QUALIFICAÇÃO POR ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E ESCALADA.

1. A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (“conglobante”), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados.

2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses:

(i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e

(ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade.

3. Caso em que a maioria formada no Plenário entendeu por não aplicar o princípio da insignificância, nem abrandar a pena,

já fixada em regime inicial aberto e substituída por restritiva de direitos.

4. Ordem denegada.

(HC 123734, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 01-02-2016 PUBLIC 02-02-2016)

Tais requisitos estabelecidos pelo STF vêm sendo aplicados pelos juízes e tribunais brasileiros, de modo que, ausente qualquer deles, não se tem reconhecido a insignificância da conduta do agente.

3. STF: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO EM CASO DE AÇÃO PENAL EM CURSO E CRIME PATRIMONIAL

Tal como mencionado acima, o Pleno do STF decidiu que, nos crimes patrimoniais, a habitualidade delitiva deve ser considerada para aplicação da insignificância, mas não pode ser determinante para afastá-la.

Ocorre que, na prática e mesmo após a decisão do Pleno, as Turmas do STF, raramente, aplicam a insignificância em crime patrimonial quando há habitualidade delitiva. Isso pode ser visto em julgados da Primeira e da Segunda Turma do Tribunal.

EMENTA: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REITERAÇÃO DELITIVA.

1. O recorrente não se desincumbiu do seu dever processual de impugnar, especificamente, todos os fundamentos da decisão agravada, o que inviabiliza o conhecimento do recurso. Precedentes.

2. A jurisprudência do STF consolidou o entendimento de que a reiteração delitiva impossibilita a adoção do princípio da insignificância. Paciente que ostenta em sua folha de antecedentes várias ocorrências pelo mesmo crime de furto.

3. Agravo regimental não conhecido.

(HC 123199 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 17/02/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 10-03-2017 PUBLIC 13-03-2017)

Agravo regimental em habeas corpus.

2. Furto (artigo 155, caput, do Código Penal Brasileiro).
3. Princípio da insignificância. Afastamento de aplicação. Reincidência delitiva específica.
4. Precedentes no sentido de afastar o princípio da insignificância a reincidentes ou de habitualidade delitiva comprovada.
5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada.
6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(HC 147215 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 29/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-153 DIVULG 31-07-2018 PUBLIC 01-08-2018)

Tal como nos julgados acima, no acórdão abaixo, o STF, novamente, afastou a insignificância, mesmo reconhecendo que se tratava de furto de bem avaliado em R\$130 (cento e trinta reais), o que ocorreu com fundamento no fato de o réu ser reincidente.

EMENTA: HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REITERÂNCIA DELITIVA. ABRANDAMENTO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A orientação firmada pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é no sentido de que a aferição da insignificância da conduta como requisito negativo da tipicidade, em crimes contra o patrimônio, envolve um juízo amplo, que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados (HC 123.533, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe de 18/2/2016).

2. Busca-se, desse modo, evitar que ações típicas de pequena significação passem a ser consideradas penalmente lícitas e imunes a qualquer espécie de repressão estatal, perdendo-se

de vista as relevantes consequências jurídicas e sociais desse fato decorrentes.

3. A aplicação do princípio da insignificância não depende apenas da magnitude do resultado da conduta. Essa ideia se reforça pelo fato de já haver previsão na legislação penal da possibilidade de mensuração da gravidade da ação, o que, embora sem excluir a tipicidade da conduta, pode desembocar em significativo abrandamento da pena ou até mesmo na mitigação da persecução penal.

4. Não se mostra possível acatar a tese de atipicidade material da conduta, pois não há como afastar o elevado nível de reprovabilidade assentado pelas instâncias antecedentes, ainda mais considerando os registros do Tribunal local dando conta de que o paciente é contumaz na prática delituosa, o que desautoriza a aplicação do princípio da insignificância, na linha da jurisprudência desta CORTE.

5. Quanto ao modo de cumprimento da reprimenda penal, há quadro de constrangimento ilegal a ser corrigido. A imposição do regime inicial semiaberto, com arrimo na reincidência e nos maus antecedentes, parece colidir com a proporcionalidade na escolha do regime que melhor se coadune com as circunstâncias da conduta de furto de bem pertencente a estabelecimento comercial, avaliado em R\$ 130,00 (cento e trinta reais). Ainda, à exceção dos antecedentes, as demais circunstâncias judiciais são favoráveis, razão por que a pena-base fora estabelecida pouco acima do mínimo legal (cf. HC 123.533, Tribunal Pleno, Rel. Min. ROBERTO BARROSO), de modo que o regime aberto melhor se amolda à espécie.

6. Ordem de Habeas Corpus concedida, de ofício, para fixação do regime inicial aberto para cumprimento da reprimenda.

(HC 135164, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 23/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 05-08-2019 PUBLIC 06-08-2019)

Nos raros casos em que o STF aplica insignificância em crime patrimonial quando há habitualidade delitiva, nota-se a presença de elementos específicos que

indicam pela aplicação, além do preenchimento dos requisitos clássicos postos pelo Tribunal. Foi o que ocorreu em julgado de 2018, transcrito abaixo e objeto de análise deste artigo.

Agravo regimental em habeas corpus. Penal. Furto qualificado (CP, art. 155, § 4º, inciso IV). Pretendido reconhecimento do princípio da insignificância. Possibilidade excepcional, à luz das circunstâncias do caso concreto. Agravo provido.

1. À luz dos elementos dos autos, o caso é de incidência excepcional do princípio da insignificância, na linha de precedentes da Corte.

2. As circunstâncias e o contexto que se apresentam permitem concluir pela ausência de lesão significativa que justifique a intervenção do direito penal, mormente se considerarmos a inexpressividade dos bens subtraídos (avaliados em R\$ 116,50) e o fato de o ora agravante não ser, tecnicamente, reincidente específico, já que a única ação penal à qual responde não transitou em julgado.

3. Há de se ponderar, ainda, a condição de hipossuficiência do agente, além do fato de que a sua conduta foi praticada sem violência física ou moral a quem quer que seja, sendo certo, ademais, que os bens furtados foram restituídos à vítima, afastando-se, portanto, o prejuízo efetivo.

4. Agravo regimental ao qual se dá provimento.

(HC 141440 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 14/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-024 DIVULG 06-02-2019 PUBLIC 07-02-2019)

No caso, o réu foi denunciado pelo furto qualificado de 1 galo, 4 galinhas caipiras, 1 galinha garnizé e 3 kg de feijão, bens avaliados em R\$ 116,50. O delito foi praticado sem nenhum tipo de violência e com restituição dos bens à vítima.

O STF entendeu que se tratava de furto famélico, que a lesão ao bem jurídico foi ínfima e que não houve periculosidade por parte do réu. O entrave para aplicação da insignificância ao caso foi o fato de o réu possuir ação penal em curso, o que aparentava colidir com a ausência de habitualidade delitiva.

Conforme salientou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto, o próprio STF já decidiu que ação penal em curso não pode ser utilizada como antecedente criminal por violar a garantia constitucional da presunção de inocência. Assim, ressaltou o ministro que, como não se admite ação penal em curso para caracterizar maus antecedentes, não se mostra razoável utilizá-la para afastar o princípio da insignificância no caso concreto.

(...) registro que, em sessão realizada em 17.12.2014, o Pleno do STF, ao julgar o RE 591.054, com repercussão geral, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, firmou orientação no sentido de que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena. Na ocasião, ficou consignado que, para efeito de aumento da pena, somente podem ser valoradas como maus antecedentes decisões condenatórias irrecorríveis, sendo impossível considerar para tanto investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação ao artigo 5º, inciso LIV (presunção de não culpabilidade), do texto constitucional. (...). Na espécie, consta tão somente uma outra ação penal instaurada em desfavor do paciente, ainda em trâmite. Desse modo, entendo que as circunstâncias do caso concreto demonstram a presença dos vetores traçados pelo Supremo Tribunal Federal para configuração do mencionado princípio (...).

(HC 141440 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 14/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-024 DIVULG 06-02-2019 PUBLIC 07-02-2019)

Neste caso, a ação penal em curso não foi entrave para aplicação da insignificância. Isso se deu não apenas por conta da presunção de inocência, como também pelo fato de o réu ser hipossuficiente, de ter praticado furto famélico, de não ter havido qualquer tipo de violência à vítima e de ter ocorrido restituição dos bens subtraídos, tal como manifestou o Ministro Dias Toffoli em seu voto.

(...). Na espécie, as circunstâncias e o contexto que se apresentam permitem concluir pela ausência de lesão significativa a invocar a intervenção do direito penal, mormente se considerarmos a inexpressividade dos bens subtraídos (avaliados em R\$ 116,50) e o fato de o ora agravante não ser,

tecnicamente, reincidente específico, já que a única ação penal à qual responde não transitou em julgado. Há de se ponderar, ainda, a condição de hipossuficiência do agente, além do fato de que a sua conduta foi praticada sem violência física ou moral a quem quer que seja, sendo certo, ademais, que os bens furtados foram restituídos à vítima, afastando-se, portanto, o prejuízo efetivo.

(HC 141440 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 14/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-024 DIVULG 06-02-2019 PUBLIC 07-02-2019)

Com fundamento em todas essas questões, o STF aplicou o princípio da insignificância ao caso, reconhecendo a atipicidade material da conduta do agente e, por consequência, absolvendo-o.

Com isso, nota-se que o STF, nos raros casos em que aplica a insignificância em crime patrimonial havendo habitualidade delitiva, o faz amparado em circunstâncias específicas do caso concreto e no preenchimento dos demais requisitos do princípio.

4. DO ACERTO DA DECISÃO DO STF NO *HABEAS CORPUS* 141440

A decisão do STF mencionada acima está plenamente de acordo com o princípio penal da intervenção mínima, além de se fazer necessária no atual cenário do sistema penitenciário brasileiro.

Conforme sustenta o princípio da intervenção mínima, o Direito Penal somente deve atuar quando há, de fato, uma necessidade de tutela do bem jurídico, já que sua aplicação culminará na restrição de um dos direitos mais essenciais do indivíduo: sua liberdade.

Nesse sentido, é, novamente, a lição de Bitencourt (2018):

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. (BITENCOURT, 2018, p. 72).

No caso concreto trazido acima, observa-se que a subtração de bens foi ínfima, além de ter sido cometida para saciar a fome de indivíduo hipossuficiente, o que sequer ocorreu, já que houve devolução dos bens à vítima.

Além disso, tal caso concreto retrata bem a seletividade do Direito Penal brasileiro, que seleciona, em sua maioria, pessoas mais vulneráveis para ser objeto de punição, criminalizando delito patrimonial, como o furto, com a mesma pena de delito muito mais grave, como o de tortura.

Tal seletividade ocorre não só na criminalização das condutas, mas também na escolha das pessoas que são alvo da persecução penal, o que é claramente visto no sistema penitenciário brasileiro atualmente, composto em sua maioria por pessoas hipossuficientes, como é o caso do HC em questão.

A repressão é tamanha que há um superencarceramento no Brasil, de modo que as prisões possuem um número muito maior de presos do que é capaz de receber. Isso gera um cumprimento de pena sem respeito a garantias fundamentais e que vem se mostrando ineficaz, diante da alta reincidência dos egressos.

A situação é tão crítica que o próprio STF já reconheceu que há um estado de coisa inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, estabelecendo medidas para amenizar a situação, como a obrigatoriedade da audiência de custódia.

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. **SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO.**

Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA.

Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

(ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016)

Diante desse cenário, é necessário que os aplicadores do Direito Penal se atentem ao princípio da intervenção mínima, aplicando pena restritiva de liberdade apenas quando haja real necessidade, como fez o STF no julgado em comento.

5. CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, conclui-se que o STF permite a aplicação do princípio da insignificância em crime patrimonial quando há contumácia delitiva, desde que haja elementos específicos no caso concreto que indiquem pela aplicação, além do preenchimento dos quatro requisitos clássicos traçados pela Corte.

Com acerto, o Tribunal, no *Habeas Corpus* 141440, absolveu réu de furto famélico com aplicação do princípio da insignificância, reconhecendo que ação penal em curso não pode se caracterizar como habitualidade delitiva por violar a presunção de inocência.

Assim, considerando o princípio penal da intervenção mínima e a atual crise do sistema penitenciário brasileiro, necessário que os aplicadores do Direito Penal analisem com cautela a necessidade de se aplicar pena privativa de liberdade, tal como foi feito pelo STF no HC mencionado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal : parte geral 1**. 24. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 599** - O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2017]. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=41>. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo Regimental em Habeas Corpus 175945**. Relator: Roberto Barroso, 27 abr. 2020. Brasília: STF. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur424095/false>. Acesso em: 17 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 106360**. Relator: Rosa Weber, 04 out. 2012. Brasília: STF.

Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur215903/false>. Acesso em: 17 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 135164**. Relator: Marco Aurélio, 06 ago. 2019. Brasília: STF.

Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur407942/false>. Acesso em: 17 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental em Habeas Corpus 141440**. Relator: Dias Toffoli, 14 ago. 2018. Brasília: STF.

Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur397745/false>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 123734**. Relator: Roberto Barroso, 02 fev. 2016. Brasília: STF

Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=14&pageSize=10&queryString=INSIGNIFICANCIA%20HABITUALIDADE%20DELITIVA&sort=score&sortBy=desc>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus 147215**. Relator: Gilmar Mendes, 01 ago. 2018. Brasília: STF

Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur387982/false>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus 123199**. Relator: Roberto Barroso, 13 mar. 2017. Brasília: STF Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur364151/false>. Acesso em: 18 jul. 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/4e732ced3463d06de0ca9a15b6153677>. Acesso em: 21/07/2020

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

ROSICLERK OTTILO CAVASSANI NETO

Resumo: O objetivo principal desta pesquisa é analisar os argumentos contrários para realização da audiência de custódia. Foi realizada uma revisão bibliográfica com os mais renomados autores e para isso foram utilizados como base de dados livros, revistas e artigos disponíveis na internet. Constatou-se que, audiência de custódia consiste, fundamentalmente, no direito de (todo) cidadão que for preso em flagrante, deverá ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão. Observou-se que, o instituto de audiência de custódia vem ao longo do tempo, recebendo críticas severas, pois, alguns magistrados entendem ser, desnecessário e bem inútil à audiência de custódia, pois, entende-se que os direitos dos presos já são assegurados pelo interrogatório e pela condução da instrução célere do processo penal. Conclui-se, que entre os argumentos contra a realização da audiência de custódia é que, serão inexistentes plantões para a realização de audiências de custódia durante os finais de semana e ainda alegam que a polícia judiciária tem insuficiência de material humano e de logística.

Palavras Chave: Audiência de Custódia; Preso; Polícia Judiciária.

Abstract: The main objective of this research is to analyze the contrary arguments for holding the custody hearing. A bibliographic review was carried out with the most renowned authors and, for this, books, magazines and articles available on the internet were used as a database. It was found that, custody hearing basically consists of the right of (every) citizen who is caught in the act, should be brought, without delay, to the presence of a judge in order to promote a democratic space for discussion about legality and the need for prison. It was observed that, the custody hearing institute comes over time, receiving severe criticism, as some magistrates believe that it is unnecessary and quite useless to the custody hearing, as it is understood that the rights of prisoners are already guaranteed for interrogating and conducting the speedy investigation of criminal proceedings. We conclude that among the arguments against holding the custody hearing, there will be no duty shifts to hold custody hearings during the weekends, and they also claim that the judicial police have insufficient human and logistical material.

Key words: Custody Hearing; Stuck; Judiciary Police.

Introdução

Quando, trata-se de prisões, torna-se relevante destacar que a audiência de custódia, objeto de estudo do presente trabalho, vem se deparando com algumas resistências por parte de algumas instituições, especialmente as que estão ligadas a Segurança Pública, muito porque, trata-se de uma das áreas que poderá ser bastante afetada pela audiência de custódia.

Assim sendo, o objetivo principal da presente pesquisa foi identificar os argumentos contrários da realização da audiência de custódia.

Este tema justifica-se, por ser um assunto que vem, sendo discutido em diversos estados brasileiros, e por um lado já está sendo aplicado, sendo assim torna-se importante identificar os prós e contras do tema em questão.

Para chegar ao objetivo deste trabalho, foi realizada uma revisão bibliográfica com os mais renomados autores e para isso foram utilizados como base de dados livros, revistas e artigos disponíveis na internet.

1. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

1.1 Definição

Torna-se relevante destacar que no ano de 2011, o então senador Antonio Carlos Valadares sugeriu que houvesse uma alteração no art. 306, §1º, CPP, que tinha como objetivo determinar a apresentação do preso à autoridade judiciária, após 24 horas da efetivação de sua prisão em flagrante, por meio do PLS 554/2011, conforme a explicação da ementa do projeto de lei:

Altera o §1º do artigo 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) para dispor que no prazo máximo de vinte e quatro horas após a realização da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, juntamente com o auto de prisão em flagrante, acompanhado das oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública (SANTOS, 2015, p,23).

Quando, trata-se de uma definição sobre, audiência de custódia, pode-se dizer que de um lado ela consiste, fundamentalmente, no direito de (todo) cidadão que for preso em flagrante deverá ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que, neste primeiro momento, possa ser possível conseguir que seja impedido que aconteçam eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, ao mesmo tempo, pode servir a audiência de custódia para que se promova um espaço democrático de

discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão. Sendo assim, destaca Weis (2013, p.89), “Aumenta o poder e a responsabilidade dos juízes, promotores e defensores de exigir que os demais elos do sistema de justiça criminal passem a trabalhar em padrões de legalidade e eficiência”.

Paiva (2015), em seus escritos enfatiza que não se pode esquecer que quando se pensa no conceito que envolve custódia está por sua vez está vinculado ao ato de guardar, proteger, e se justifica como instrumento imediato de controle judicial da prisão. Portanto, no entendimento de Paiva (2015, p. 34) a principal intenção de sua implementação no Brasil foi “ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos”.

Considera-se importante destacar o comentário feito por Fauzi Choukr (2015, p.01), sobre os artigos propostos na PL 554/2011, que em um de seus artigos intitulado A denominada “audiência de custódia”, afirma que:

Ainda que o §1. Sugerido apresente-se, a rigor, desnecessário visto que as obrigações ali elencadas estão presentes na própria Constituição da República e na estrutura das cautelares pessoais em vigor, pode-se aplaudir ao menos a finalidade didática desse dispositivo, assim como o contraditório estabelecido no §2. o que seria redundante não fosse a histórica vocação para o modelo inquisitivo de processo. Das novas providências estabelecidas, aquela constante no § 3. I que surge como de grande valia prática vez que estabelece os limites da legalidade e da forma da oitiva, deixando claro que se trata de depoimento sem finalidade para o mérito da ação de conhecimento, complementado pelas disposições formais que se seguem (CHOUKR, 2015, p.01).

Por outro lado, destaca-se que, o PLS 554/2011 é considerado como sendo uma forma de que seja possível constar no texto do Código de Processo Penal o direito à audiência de custódia, pois isso tem-se que já é previsto no Pacto de San José e no PIDCP, mas por outro lado o projeto traz um importante acréscimo: a determinação de prazo do prazo de 24 horas após a prisão em flagrante para a apresentação do preso, ao invés do termo “sem demora” previsto nos dois Tratados.

Lopes Júnior (2015), em seus escritos, apresenta ainda outra finalidade que ele considera importante no que se refere à implantação da audiência de custódia, pois isso estaria relacionada à prevenção da prática de maus tratos e tortura por parte

dos policiais, de modo que assegure “a efetivação do direito à integridade corporal das pessoas privadas de liberdade”.

1.2 Argumentos contrários à audiência de custódia

Vale frisar, que sobre o instituto de audiência de custódia, vem ao longo do tempo sendo desenvolvidas críticas severas e que são destacadas por operadores de direito. Como exemplo dessas críticas, torna-se importante destacar, Silva (2015, p.77), ex-juiz de Direito, ele faz o seguinte comentário:

O ato, tal como propugnado, constitui uma inutilidade porque não se destina à produção de provas; os magistrados não têm conhecimentos técnicos para avaliar eventuais práticas de tortura porque não são peritos; não se pode perder de vista que os presos em flagrante seriam conduzidos à presença dos magistrados por policiais, circunstância por si só apta a inibir denúncias de eventuais torturas; a condução do investigado à presença do juiz, logo após a prisão, demanda o dispêndio de escassos recursos públicos com a utilização de todo um aparato de segurança, como o emprego de viaturas e agentes estatais envolvidos no deslocamento de detentos (SILVA, 2015, p.77).

Desta forma, no entendimento do ex-magistrado acima mencionado, ele avalia como sendo desnecessária e bem inútil a pretendida audiência de custódia, pois para ele não precisa de audiência de custódia, pois, entende-se que os direitos dos presos já são assegurados pelo interrogatório e pela condução da instrução célere do processo penal.

Portanto, torna-se importante destacar, que da mesma forma que existe, diferentes pessoas a favor da audiência de custódia, existe igualmente com mesma intensidade pessoas que desacredita do instituto e um dos motivos é que o elevado número de prisões não decorre da cultura do encarceramento ou mesmo de falhas nas técnicas procedimentais aplicadas, mas de diferentes questões sociais que fazem com que a criminalidade no país seja alta, conseqüentemente, Cassiolato (2014, p. 01) ressalta que:

Os números de nossa população carcerária e, dentro deles, a quantidade de presos provisórios, são realmente alarmantes. Esses números, sob minha visão, e salvo melhor juízo, decorrem muito mais de questões sociais e civilizatórias que enfrentamos atualmente (desigualdade social, aumento de crimes violentos,

dificuldades de se coibir minimamente o tráfico de drogas, baixa escolaridade, falta de oportunidades profissionais, dentre outras) e de uma cultura de punição e vingança que parecem permear a sociedade (especialmente os meios de comunicação) que de certo modo acabam refletidas na atuação da polícia, do Ministério Público e da Magistratura (CASSIOLATO, 2014, p. 01).

Argumento contra a audiência de custódia, vem sendo destacado por Andrade (2015, p.66) que, por sua vez indagou que para que seja realizada a implementação da audiência de custódia, acaba elevando os custos materiais e humanos, e para ele tal medida sequer se afigura como medida que seja considerada como sendo adequada para a efetiva garantia do respeito à integridade física e dos direitos fundamentais da pessoa presa, prestando-se somente:

Para o fomento da impunidade, sobretudo em hipóteses de soltura de pessoas presas pela prática de crimes de extrema gravidade, por mero descumprimento do exíguo prazo de 24 horas para a apresentação da pessoa presa (ANDRADE, 2015, p.66).

Outro ponto interessante quando, trata-se de audiência de custódia é sobre, a ofensa ao princípio da legalidade, e sobre isso vale mencionar o comentário de Nucci (2015, p.44) que assim destaca:

O STF tem a tendência de equiparar tratados a lei federal; de todo modo, mesmo que se considere a referida Convenção acima de qualquer lei, segundo nos parece, quem deve legislar sobre o procedimento nacional a ser adotado para a audiência de custódia é o Poder Legislativo e não o CNJ, nem qualquer Tribunal Regional ou Estadual. A isto se chama legalidade, que vem sendo vilipendiada por um número excessivo de portarias, resoluções, provimentos e similares, originários dos mais diversos órgãos, sem o menor apego à função do legislador em matéria de direito criminal (NUCCI, 2015, p.44).

No entendimento do autor acima citado se é avaliado como sendo tão importante que os juízes conversem com o réu para dar-lhe algum benefício, necessitaria então de ser transportado o interrogatório novamente para o início da ação penal.

Pelo exposto, até aqui, entende-se que, muitas são as controvérsias em torno do assunto, pois isso ainda terá um caminho longo, pois alguns pregam os muitos benefícios de sua implantação, enquanto outros creem que poucos serão os progressos que uma audiência de custódia poderá oferecer.

Conclusão

Verificou-se que a finalidade da audiência, é dar margem ao magistrado que poderá de imediato decidir se é caso de relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva quando presentes os requisitos constantes do artigo 312 do Código de Processo Penal e se revelarem inadequadas ou insuficientes às medidas cautelares diversas da prisão ou, finalmente, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Dentre os que acham desnecessário a realização da audiência trazem como argumento que, a aplicabilidade na prática, sem sombra de dúvidas, deixará muita gente confusa, e isso pode acontecer eis que a maioria dos juízos de primeiro grau, e ainda a polícia judiciária tem insuficiência de material humano e de logística.

Conclui-se, que entre os argumentos contra a realização da audiência de custódia é que, serão inexistentes plantões para a realização de audiências de custódia durante os finais de semana; e ainda destacam que será difícil ter espaços físicos que sejam avaliados como sendo adequados para o atendimento reservado da defesa com a pessoa presa.

Referências

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Audiência de custódia e as consequências de sua não realização**. Disponível em: < <http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/2015/07/Audiencia-de-Custodia-e-as-Consequencias-de-sua-Nao-Realizacao>>. Acesso em: 11/08/2020.

CASSIOLATO, Bruno Luiz. **Considerações sobre audiência de custódia**: pontos positivos e negativos. Disponível em: <http://www.apamagis.com.br/website/Ler.php?type=1&id=33994>. Acesso em: 11/08/2020.

CHOUKR, Fauzi. **A denominada "audiência de custódia"**: PL 554/2011. A necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à Convenção Americana de Direitos do Homem. Disponível em: <http://fhchoukr.jusbrasil.com.br/artigos/161820782/a-denominadaaudiencia-de-custodia>. Acesso em: 11/08/2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Afinal, quem tem medo da audiência de custódia?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em: 11/08/2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Os mitos da audiência de custódia.** Disponível em genjuridico.com.br/2015/07/17/os-mitos-da-audiencia-de-custodia>. Acesso em: 11/08/2020.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

SANTOS, Mário Sérgio Moura. Aplicação da audiência de custódia. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4290, 31 mar. 2015.

SILVA, Ademar Aires Pimenta. **A audiência de custódia é cara e inútil.** 28 jul. 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jul-28/ademar-silvaaudiencia-custodia-cara-inutil>>. Acesso em: 11/08/2020.

WEIS, Carlos. **Trazendo a realidade para o mundo do direito.** Informativo Rede Justiça Criminal, Edição 05, ano 03/2013. Disponível em: www.iddd.org.br/Boletim_AudienciaCustodia_RedeJusticaCriminal.pdf acesso em: 11/08/2020.

GESTÃO TRIBUTÁRIA MUNICIPAL COMO DESENLACE À CRISE

MIRELA REIS CALDAS: Bacharel em Direito pela faculdade Imaculada Conceição do Recife - FICR. Pós-graduanda em Direito Tributário Municipal pelo IAJUF

1. Introdução

Na busca por um novo Estado, Getúlio Vargas buscou um aparelho estatal mais eficiente, implantando uma maior racionalidade na Administração Pública com a simplificação, padronização e compra racional de materiais, revisão da estrutura e aplicação de métodos e procedimentos. Junto com demais reformas de 1930, iniciamos o modelo burocrático weberiano no Brasil, supostamente a “melhor maneira” para aumentar a eficiência, eliminar o nepotismo e reduzir a corrupção (BRESSER-PEREIRA, 2009).

Possivelmente, experimentamos, no Estado brasileiro, muito mais as disfunções da burocracia do que a burocracia em si. Surge, então, posteriormente, o modelo gerencial, preenchendo um vácuo teórico e prático (ABRUCIO, 1997).

A Administração Pública tradicional tem sido desacreditada teórica e praticamente, por isso a adoção de novas formas de gestão pública significou a surgimento de um novo paradigma no setor público (HUGHES, 2003).

O gerencialismo (*managerialism* ou *public management*) apresenta a Nova Gestão Pública (*New Public Management*) através de reformas na estrutura do Estado, ocorrendo em países como Nova Zelândia, Austrália e Reino Unido, há um contraponto a Administração Pública Burocrática.

Nesse sentido, podemos diferenciar Administração Pública e gerenciamento público. O primeiro se refere à forma de administração organizada em níveis hierárquicos (*top down*), representado pelo formalismo, cumprimento de procedimentos e massificação nos serviços; preocupa-se com o processo, conhecido popularmente como “burocracia”. O segundo, à visão gerencial da Administração Pública, envolvendo o compartilhamento de competências (*botton up*), metas e serviços customizados, entre outros; preocupa-se como resultado.

Destarte, sem pretensão senão a de introduzir o tema, o gerenciamento tributário será analisado como mecanismo de organização da Administração tributária municipal em meio à pandemia.

Nessa linha, a gestão tributária considera todo o ambiente, isto é, a ecologia tributária, que envolve as atividades de fiscalização, arrecadação, restituição e atendimento tributários. Como fator externo (exógeno), a Covid-19 influencia fatores internos (endógenos).

Como é incerta consequência da pandemia na economia, seja a nível mundial ou nacional, pensar racionalmente a gestão do Estado parece um caminho.

Evitam-se casos como o de um Município de Santa Catarina em 2018, em que o ente moveu execução fiscal contra si por uma dívida de IPTU, mas não conseguiu localizar o devedor (o próprio município) nem seus bens[1].

O Município não localizado certamente carece de gerência tributária, pois até a fase de execução fiscal, há um trâmite constituído pelo lançamento, inscrição do devedor em dívida ativa etc. e, ainda assim, houve o ajuizamento e localização “ineficaz” de bens do devedor.

Posto isso, a gestão tributária em âmbito municipal, por representar o ente com menor extensão territorial, nos permite analisar de forma quase microscópica seus efeitos.

2. Abordagem teórica

Existem vários modelos para medir a eficiência e eficácia da Administração Tributária. A finalidade da Ferramenta de Avaliação e Diagnóstico da Administração Tributária – TADAT[2] é fornecer um meio padronizado de avaliação da situação dos principais componentes do sistema da Administração. São avaliadas áreas de desempenho como o (i) pagamento de tributos dentro do prazo, incluindo o uso de meios eletrônicos e (ii) resolução eficiente de litígios tributários, incluindo o tempo para resolução, entre outras (TADAT, 2019).

Avaliar desempenhos, na linha da TADAT, permite uma maior visualização da tributação. Não apenas em termos de arrecadação se consiste uma gestão tributária eficaz, visto se tratar de um “administrar”, não especificadamente uma ação ou um “fazer”.

A gestão fiscal responsável encontra no planejamento o principal instrumento para que o gestor público possa cumprir metas e outras determinações da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, Lei Complementar nº 101/2000 (PALUDO, 2013).

Em outras palavras, o planejamento é inerente para o cumprimento do objetivo de responsabilidade na gestão fiscal contemplado pela LRF, vejamos:

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

Assim, o planejamento consiste em um estudo prévio à concretização dos fatos administrativos. Com efeito, podem ser previstos riscos, apontadas medidas caso os riscos se concretizem e corrigidas as distorções, assegurando uma maior possibilidade de sucesso dos objetivos determinados.

Posto isso, o planejamento tributário é um dos instrumentos mais seguros que um ente dispõe para organizar a administração orçamentária. Dentre as medidas que poderiam ser utilizadas em nível municipal, destacamos: o tribunal administrativo, arbitragem tributária, gestão compartilhada e atualização da base de cálculo do IPTU.

2.1 Do tribunal administrativo

É de amplo conhecimento a grande quantidade de processos no Poder Judiciário desencadeando diversos problemas. A digitalização de processos físicos ainda é uma questão delicada nos processos tributários, várias varas não digitalizaram seus processos ou estão caminhando lentamente, precisando inclusive de servidores disponibilizados[3].

Retirar o excesso de peso no Judiciário passa a ser também uma questão a ser revivida na gestão.

Ao instituir um tribunal administrativo municipal, em termos de contencioso administrativo municipal, esperam-se resultados e diligências a fim de evitar processos judiciais, posto que a discussão findou, em tese, com êxito na seara administrativa.

Nessa linha, o tribunal estaria voltado a apreciar e julgar a pleitos dos pagadores de tributos contra exigências lançadas pela respectiva Administração Tributária, com o objetivo de reduzir litígios tributários.

Temos como exemplo o Tribunal Administrativo de Recursos Tributários – TART instituído pelo Município de Porto Alegre, Rio Grande do Sul. O TART é um órgão com competência para decidir administrativamente, em segunda instância, as questões de natureza tributária envolvendo o Município de Porto Alegre e os pagadores de tributos.

Em direção semelhante, o Distrito Federal – DF, ente que acumula as competências tributárias dos Estados e dos Municípios (ALEXANDRE, 2017), possui o tribunal conhecido como Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais – TARF, órgão vinculado à Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal, responsável pela revisão em segunda e última instância administrativa de tributos do DF, além de reconhecimento de benefícios fiscais, regimes especiais e restituição de impostos (HABLE, 2014).

A realidade de Porto Alegre e do Distrito Federal não é a mesma dos demais Municípios, talvez a minoria reconheça a necessidade de um tribunal específico.

Como pontos positivos da instituição de um tribunal específico, podemos citar a celeridade processual, a economicidade, o conhecimento técnico, a possível não obrigatoriedade da presença de um advogado e, inclusive, a coisa julgada formal nas decisões contrárias à Administração, sem esquecer o disposto no art. 5º, XXXV, da CF, também chamado de cláusula do acesso à justiça (MESQUITA, 2013), a respeito da não afastabilidade do Poder Judiciário.

A instituição do tribunal administrativo-tributário, a nosso ver, pode representar significativamente a diminuição de demandas do Judiciário e, principalmente, a celeridade e eficácia da decisão, posto que pouco prospera assegurar o princípio do razoável tempo do processo sem a conformação ou aceitação da decisão pelo contribuinte (DIDIER JUNIOR, 2017).

Sobre esse tema, destacamos que a irresignação é intrínseca a quase todo ser humano. Os recursos elencados no rol taxativo no Código de Processo Civil apenas corroboram com a ideia apresentada, não nos cabendo fazer juízos de valor.

Com isso, surge a necessidade de julgamento de segunda instância administrativa a ser adotado, a saber, um tribunal administrativo tributário. Se possível, a ser adotado por quase todos os Municípios ou, no mínimo, todas as capitais e cidades como Campinas – São Paulo, que é responsável pelo Tribunal

Regional do Trabalho da 15ª Região devido ao seu tamanho, tendo em vista o fracionamento da competência jurisdicional trabalhista (NASCIMENTO, A.; NASCIMENTO, S., 2014).

Por outro lado, em âmbito estadual, o processo de criação de um tribunal específico está mais avançado. Muitos Estados possuem um órgão colegiado de julgamento de segunda instância administrativa para solução dos litígios entre os contribuintes e o Fisco Estadual, conhecido como tribunal administrativo tributário, contando com variações no nome.

2.2 Da arbitragem tributária

Pela complexidade do sistema tributário brasileiro e da alta carga tributária que recai sobre as pessoas jurídicas, os processos duram anos para transitar em julgado. Abre-se, então, o debate a respeito de método alternativo para resolução de litígios em matéria tributária: a arbitragem.

A utilização da arbitragem tributária seria vetor de ampliação da justiça fiscal, no sentido em que haveria a resolução da demanda com isonomia e publicidade caso fossem respeitadas garantias constitucionais. Parece-nos uma alternativa para a gestão, mesmo sabendo que haveria a impossibilidade, ao menos em tese, de renúncia de receita, aspecto receoso para o orçamento.

O Projeto de Lei - PL nº 4257, de 2019, de autoria do Senador Antonio Anastasia (PSDB/MG), tem objetivo de modificar a Lei nº 6.830/1980, que dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que especifica.

O PL teve como justificativa os altíssimos gastos para tentar vencer o imenso volume de processos, tendo as execuções fiscais percentuais relevantes desse custo. No estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), feito em 2011, concluiu-se que o custo unitário médio total de uma ação de execução fiscal promovida pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional junto à Justiça Federal é de R\$ 5.606,67.

A recuperação do crédito público é um grande desafio para o Poder Judiciário. Diversos processos estão pendentes de baixa, sendo a execução fiscal fator relevante para a morosidade do Judiciário.

Conforme o relatório Justiça em Números[4], divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ em 2019, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2018, apenas 10 foram baixados. E, desconsiderando esses

processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia em 8,5 pontos percentuais, passando de 71,2% para 62,7% em 2018.

Nessa linha, o processo judicial acaba por repetir etapas e providências já adotadas, com insucesso, pela administração fazendária ou pelo conselho de fiscalização profissional, para a localização do devedor ou do patrimônio a fim de satisfazer o crédito tributário.

Resta-se clara a relevância de novas formas para evitar o processo judicial, visto que o tempo de giro do acervo desses processos é de 8 anos e 8 meses.

Posto isso, é extremamente interessante que o Congresso Nacional passe a discutir e analisar soluções que levem à possível desjudicialização de demandas, em outras palavras: soluções que retirem alguns assuntos que hoje, em virtude da legislação vigente, são de certa forma desnecessariamente judicializados.

Passemos a comentar a necessidade ou não de participação do Poder Judiciário, levando em conta se há necessidade de intervenção do juiz para proteger direitos fundamentais do cidadão quando se trata de arbitragem.

Deveria a legislação apenas prever o processamento de uma ação caso a intervenção do juiz fosse considerada imprescindível à proteção a um direito fundamental de um cidadão? Em tese, sim.

Não obstante, esse não é o caso da execução fiscal dos tributos que são devidos em razão da propriedade, posse ou usufruto de bens imóveis passíveis de alienação ou da propriedade de veículos, previstos nos arts. 145, II e III, 153, VI, 155, III, 156, I, da CF. Além deles, inclui-se no PL a cobrança de contribuições de melhoria e de taxas devidas pela propriedade, posse ou usufruto de imóvel.

Para o PL, não há motivo para que a cobrança de tais tributos seja exclusivamente feita por meio da execução fiscal. Nesses processos de execução, não existe necessidade de localizar o bem do devedor, pois a obrigação tributária surge pelo fato deste ser proprietário, usufrutuário ou possuidor de certo bem.

A edição de lei autorizando a execução administrativa desses tributos não ofenderia ou retiraria direitos ou garantias fundamentais e procedimento similar, previsto no Decreto-Lei nº 70/1966, adotado por instituições financeiras, já foi declarado compatível com a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal no RE 408224 AgR (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJe de 30.08.2007).

Ainda sobre o tema, a Lei nº 8.009/1990, conforme o art. 3º, IV, expressamente afasta a impenhorabilidade do bem de família em processos de execução fiscal movidos para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar. E, no mesmo caminho, exclui os veículos de transporte da característica de bem de família, perdendo a qualidade de impenhorável.

Ou seja, caso o devedor não quite os tributos, a solução legal, que não deve ser afastada pelo magistrado consoante a jurisprudência pátria à luz da legislação, é justamente a alienação dos imóveis ou veículo para quitação da dívida.

Como parte final, o PL não representa novidade no ordenamento jurídico brasileiro. O que se pretende, na verdade, é autorizar a Fazenda a optar pelo procedimento regulado nos arts. 31 a 38 do Decreto-Lei nº 70/1966 no qual as instituições financeiras já usam para cobrar dívidas hipotecárias.

Segundo o PL, o procedimento arbitral, após julgamento dos embargos, deve permitir a imediata satisfação do crédito. A circunstância de o devedor garantir a execução por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, possibilita que, caso a Fazenda vença o julgamento, possa logo levantar o valor, extinguir a execução e não terá o ônus de procurar bens ou se submeter a alienação de bens imóveis ou demais modalidades de garantia.

E, para evitar ônus adicional à Fazenda Pública, o projeto prevê que, se o executado optar pela arbitragem, que deverá ser autorizado pela lei de cada ente, deverá antecipar as custas. Sendo a Fazenda parte vencida, ressarcirá as despesas conforme legislação local e arcará com honorários advocatícios arbitrados em conformidade com o CPC, os quais serão, após definidos, reduzidos pela metade.

Os custos com o procedimento arbitral não poderão exceder esse valor. Tem-se, com isso, critério que não deve implicar ônus adicional para a Fazenda caso escolha o procedimento arbitral e seja parte vencida.

2.3 Da gestão compartilhada

A respeito da gestão compartilhada, trata-se de método administrativo em que os colaboradores visam o pensamento estratégico nas tomadas de decisões, em termos tributários, volta-se ao compartilhamento de banco de dados, cadastros e inclusive sistemas, a exemplo do Simples Nacional.

A gestão pode ser um avançado meio de arrecadação, fiscalização e cobrança, devendo, por óbvio, ser respeitada a autonomia de cada ente para que não haja

subordinação ou sentimento de inferioridade e superioridade, posto que há distribuição de competências.

Nessa linha, o compartilhamento de informações por parte das administrações públicas objetiva a maximização da eficácia das atividades (NOVAIS, 2018), dando valora a busca pelo crédito tributário.

A Lei municipal nº 14.133/2006 do Município de São Paulo, criou o programa de modernização da administração tributária, objetivando promover a responsabilidade na gestão fiscal através do aumento da eficiência e eficácia na arrecadação municipal.

No artigo 6º-A, § 1º, IV, restou reconhecida a atribuição da função federativa aos auditores fiscais municipais, considerando como função federativa o desenvolvimento da gestão compartilhada do cadastro fiscal de pessoas jurídicas de qualquer porte, atividade econômica ou composição societária.

Posteriormente, o inciso VI do mesmo artigo também considerou como função federativa o compartilhamento da arrecadação, fiscalização e cobrança de tributos de competência não exclusiva do Município. Tais incisos apenas corroboram o mérito da discussão sobre a gestão, podendo ser ampliado o banco de dados para demais Municípios.

O compartilhamento permite ao auditor, no caso, o auditor fiscal municipal, o melhor desempenho de suas atividades.

2.4 Da atualização da base de cálculo do IPTU

Como último item a ser abordado na gestão tributária municipal, indica-se ao Fisco a atualização da base de cálculo do Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana - IPTU através do sistema de georreferenciamento.

A título de esclarecimento, por georreferenciamento, entende-se o sistema usado principalmente para padronizar a identificação de imóvel rural, sendo feito por meio de um processo de reconhecimento das coordenadas geográficas do local partindo de mapas ou imagens, conforme manual de normas técnicas para o georreferenciamento das propriedades rurais divulgado pelo INCRA em 2003.

A atualização em análise não se trata de majoração de tributo, uma vez que, conforme dispõe o Código Tributário Nacional em seu artigo 97, § 2º, não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II (majoração ou redução de tributos), a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.

Ratificando o artigo, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 160: “É defeso, ao município, atualizar o IPTU, mediante decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária”.

Posto isso, sabendo que o imposto é calculado com base na propriedade e ela está passível de modificação (reformas/ampliação) com o decurso do tempo, surge à necessidade de fiscalização, a exemplo de drones, para que o Fisco municipal tenha seu sistema frequentemente atualizado e possa cobrar por uma base de cálculo justa e não por uma registrada na década passada.

É nessa linha que justificamos a relevância da atualização da base de cálculo do IPTU.

Além da atualização da base de cálculo, há um fator referente à alíquota do IPTU. O imposto, que em regra é fiscal, possui uma exceção facultativa relacionada à progressividade no tempo (HARADA, 2017).

Essa progressividade ocorre quando o particular não atende a função social da propriedade urbana, conforme o do art. 156, § 1º, e do art. 182, § 4º, da CF, não promovendo o seu adequado aproveitamento. Resta, então, ao Município, em termos de gestão tributária, aumentar a carga tributária referente ao imóvel.

Contudo, a progressividade não deve exceder duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitando a alíquota máxima de 15%, conforme artigo 7º, §1º do Estatuto da Cidade, a fim de não gerar efeito confiscatório previsto no artigo 150, IV, da CF.

2.5 Da mudança de visão

Além das medidas apontadas, existe uma visão ou linha de pensamento que deveria ser adotada, que não se restringe apenas ao âmbito municipal. A visão é a mudança da forma de visualizar o pagador de tributos ou o contribuinte.

Frequentemente, em uma execução fiscal, pensamos no pagador de tributos como enganador ou um mal a ser combatido. A visão do réu como “errado” se repete nos demais ramos do Direito, principalmente do Direito Penal (a ideia se semelha à do inquérito policial).

Nessa linha, os réus no processo penal são considerados inocentes e assim deve ser no processo tributário, uma presunção de “inocência”, que não necessariamente deve durar até o trânsito em julgado, mas que seja a condição inicial.

A presunção de boa-fé deveria ser posta em primeiro lugar, afastando a possibilidade enrustida de não colaboração com a Fazenda, especialmente pela situação econômica que será encontrada após a pandemia.

Certamente, não serão todos os futuros executados que tiveram a intenção de não pagar, a título de evasão fiscal. Pelo contrário, o não pagamento pode ter sido causado efetivamente pela falta de dinheiro, o superendividamento tem grande probabilidade de estar presente na vida de muitos brasileiros nos meses seguintes.

A título de aprofundamento, por essa razão, acertadamente, a União prorrogou o prazo para a entrega da declaração do Imposto de Renda referente ao exercício de 2020, exercício de 2019, conforme Instrução Normativa RFB nº 1930/2020.

Com a prorrogação, a declaração pode ter sido feita com mais calma, colocando em segurança, além do contribuinte, os profissionais envolvidos, como contadores. Por dedução, ela também se baseou na estabilidade emocional/financeira do pagador de tributos, visto que vários empregados foram demitidos e obviamente foram pegos de surpresa.

Com isso, a prorrogação pode ser uma linha a ser adotada pelos Municípios, por exemplo, no IPTU ou IPVA a ser pago em 2021, por exemplo.

Já que citamos o IPVA, os motoristas de aplicativo são (talvez sempre foram) uma categoria formada por pessoas transitórias, entre idas e vindas. Ao realizar buscas pelo RENAJUD, sistema on-line de restrição judicial de veículos criado pelo Conselho Nacional de Justiça, e determinar a proibição de circulação, poderá significar perder a única fonte de renda de um núcleo familiar.

Não estamos falando sobre anistia, mas uma visão individual e sensível. Cuidase, portanto, de uma nova visão a ser adotada tendo em vista a situação atual vivida e a que virá.

3. Conclusão

A Administração não é puramente uma máquina arrecadatória, mesmo durante a pandemia de Coronavírus. O objetivo não é arrecadar mais, porém, tecnicamente falando, arrecadar melhor; podendo ser justificado pela gestão tributária não se preocupar, em fase inicial, em estudar criação de tributos e, sim, administrar os já existentes. Entendemos que a maior tarefa é prestação de serviços ao pagador de tributos.

O aumento da arrecadação deve ser um processo contínuo, consistindo pela eficácia dos meios de cobrança e investimento tecnológicos necessários. Para tanto, o investimento financeiro é imprescindível, e o impacto nos cofres públicos, aparentemente, mínimo quando comparado ao dinheiro que será revertido.

Cabe-nos ressaltar que as adaptações e soluções para a gestão variam para cada Município, pois a situação econômica varia conforme a região do país e a forma como eles lidarão economicamente após a pandemia é singular.

Não há recursos tecnológicos ou técnicas de gestão que farão a arrecadação aumentar imediatamente e essa não é a proposta. A população é a primeira camada a sofrer com o recesso econômico e uma alta carga tributária pouco ajudaria a lidar da melhor forma.

É nessa linha que a definição da base impositiva deve buscar uma justa exação, sem exagero ou transbordamento, não obstante sem reduzir ou suprimir para não desvirtuar o tributo e gerar injustiça fiscal (SILVA; PEREIRA, 2016).

Deve-se ter em mente que uma inconsistente gestão tributária possibilita inadimplências, informalidades, fraudes e até sonegações fiscais, refletindo na falta de receitas necessárias para a concretização de políticas públicas.

Referências

ABRUCIO, Fernando Luiz. *O impacto do modelo gerencial na Administração Pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente*. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública, Cadernos ENAP; nº.10, 1997.

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário*. 11º ed. ver. atual. e amp1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública*. 1º ed. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

DIDIER JUNIOR, Freddie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19º ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

HABLE, José. *O Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais do Distrito Federal e seus 50 anos*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, nº 4041, 25/07/2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28952>. Acesso em: 11/07/2020.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 26° ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

HUGHES, Owen E. *Public management and administration*. 3rd ed. New York: Palgrave Macmillan, 2003.

MESQUITA, Maíra de Carvalho Pereira. *Do princípio da inafastabilidade da jurisdição*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3681, 30/07/2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24807>. Acesso em: 16/07/2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*. 29° ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOVAIS, Rafael. *Direito tributário facilitado*. 3° ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

PALUDO, Augustinho Vicente. *Orçamento público e administração financeira e orçamentária e LRF*. 4° ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SILVA, Saulo Medeiros da Costa; PEREIRA, Arthur Cesar de Moura (organizadores). *Curso avançado de direito tributário municipal: impostos municipais*. v.2. Campina Grande: EDUEPB, 2016.

TADAT - Tax administration diagnostic assessment tool. Field guide, april 2019 Edition. Disponível em: https://www.tadat.org/assets/files/IMF_TADAT-FieldGuide_web2.pdf, acesso em 16/07/2020.

NOTAS:

[1] Para demais informações sobre o caso, acessar: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-19/municipio-sc-move-execucao-si-proprio-nao-localiza>. Acesso em: 22/06/2020.

[2] Tradução de *Tax Administration Diagnostic Assessment Tool*.

[3] Iniciado em 2020 no Mato Grosso, o trabalho de digitalização dos processos Execução Fiscal da Comarca de Cuiabá, além de ser realizado pelos servidores da Vara de Execução Fiscal, foram disponibilizados cerca de 70 servidores pela Presidência, Vice-Presidência, Corregedoria-Geral e pela Diretoria do Foro da Capital. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/Noticias/58649#.XwoY2G1KjIU>, acesso em 11/07/2020.

[4]Para demais informações, acessar: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf.
Acesso em 11/07/2020.