

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1152

(Ano XV)

(27/05/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1152



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

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1152, (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 530. *fls.*

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



O direito de indenização em fraudes bancárias decorrentes de furto ou roubo de cartão de crédito e celular

Heitor José Fidelis Almeida de Souza, 09.

ARTIGOS

Os frutos da árvore envenenada, a descoberta inevitável e a fonte independente no Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Valdinei Cordeiro Coimbra, 14.

O destino dos valores arrecadados com o fluid recovery: uma análise crítica do microsistema da tutela coletiva

Gabriel Rabi Mendes Chaves, 32.

A violência ao docente no âmbito escolar

Dener Neres Caminha, 49.

A contribuição dos filósofos da antiguidade na educação e didática do ensino superior na atualidade e a deficiência da continuidade no processo de construção da metodologia didática da docência do ensino superior.

Alessandra Cristina Santana Picanço Lima, 61.

O princípio da presunção de inocência e a prisão preventiva

Marcelo Henrique Cordeiro Queiroz, 69.

Interpretação da norma constitucional: interpretar por meio de princípios

Taina Dos Santos Madela, 82.

Adimplemento substancial e colaboração premiada: um diálogo possível

Anna Luíza Mattos Duarte, 100.

Startups, inovações disruptivas e novos mercados à luz da lei da liberdade econômica

Renato de Assis Pinheiro, 136.

A obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento e na união estável dos maiores de setenta anos: uma análise acerca da (in)constitucionalidade do art. 1.641, I, do Código Civil à luz da doutrina e da jurisprudência pátrias

Gabriel Rabi Mendes Chaves, 159.

Proteção aos dados pessoais e a pandemia covid-19: uma análise frente a medida provisória nº 954/2020

Lucas Sapha Silveira de Almeida Leitão, 176.

Reconhecimento de filiação socioafetiva extrajudicial

Wilei Marcos Pinho de Souza, 185.

Ressocialização de dependentes químicos no sistema carcerário brasileiro: entre a omissão estatal e a insuficiência da lei penal

Karolayne Limoeiro Bernardo, 198.

Enfoques diferenciados aplicáveis para pessoas LGBTI privadas de liberdade: análise do Parecer Consultivo - OC 29/22 e a função consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Gabriella de Barros Afonso Ferreira, 216.

Modificações na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro feitas pela Lei nº 13.655/18

Anna Luiza Mattos Duarte, 256.

A pluralidade familiar e suas novas modalidades: a quebra de paradigmas da família tradicional

Tainara Vitor Zanella, 293.

A inconstitucionalidade do princípio da identidade física do juiz

Leonardo Felipe Marques Tiradentes, 307.

Direitos políticos negativos - Inelegibilidades previstas na Constituição Federal

Daiane Maziero Nogueira, 324.

Subordinação da administração ao procedimento administrativo: desafios para concretização e implementação

Wilson Carlos Mucapola, 340.

A adequação das empresas à LGPD: desafios e perspectivas

Matheus Cordeiro de Barros Mendes, 350.

Eutanásia: direito à vida ou a liberdade individual?

Camilla Tainara Valeiro Porto, 360.

Fundamentos da Proteção de Dados: Uma Análise Histórica e Comparativa

Lauriane Matos da Rocha, 374.

As consequências do feminicídio nas relações familiares

Marcio Fernando Menezes de Sousa, 378.

Da prova material

Flávia Carósio Goes, 393.

Análise das perspectivas municipais com a efetividade da arrecadação do IPTU no município de Dianópolis-TO

Josiene Soares Guimarães, 428.

Estado e a Consolidação de Políticas Públicas

Clareana Maria Guimarães Franco, 453.

Contrabando e descaminho: uma análise sobre a fronteira Brasil-Paraguai

Gabriel Marques dos Santos, 465.

O Direito ao Esquecimento e o Equilíbrio entre a Liberdade de Imprensa e a Privacidade: Uma Análise Comparativa entre os Casos Aida Curi e Chacina da Candelária no Brasil e o Caso Costeja vs. Google Spain na União Europeia

Lauriane Matos da Rocha, 480.

Herança digital - expectativas

Gilcelha Adriana Marchini, 484.

A Defensoria Pública como um direito fundamental de acesso à justiça

Rafael Perinazzo, 494.

Proposta de medidas de compensação ambiental pelos impactos diretos e indiretos gerados pelos terminais metropolitanos de ônibus da grande BH: considerações técnicas e operacionais sobre o Terminal do distrito de São Benedito, Santa Luzia, MG

Vagner Luciano Coelho de Lima Andrade, 507.

O DIREITO DE INDENIZAÇÃO EM FRAUDES BANCÁRIAS DECORRENTES DE FURTO OU ROUBO DE CARTÃO DE CRÉDITO E CELULAR.

HEITOR JOSÉ FIDELIS ALMEIDA DE SOUZA:

Advogado. Bacharel em Direito pela USP e pós-graduado em Direito Empresarial pela FGV-SP. Sócio proprietário do Fidelis Sociedade Individual de Advocacia (<https://fidelisadvocacia.com/>)¹.

Os grandes centros urbanos do Brasil vêm sofrendo muito nos últimos anos com a crescente violência e surto de crimes patrimoniais. Os furtos e roubos de cartões de crédito e celulares têm se proliferado em velocidade alarmante em capitais como São Paulo e Rio de Janeiro. E boa parte dos crimes são perpetrados em plena luz do dia, em locais de grande circulação, tidos como cartões postais. É o que ocorre, por exemplo, na Avenida Paulista – um dos pontos mais icônicos da capital paulista – onde somente em 2022 foram registrados mais de cinco mil furtos e roubos de celular².

Se há dez anos ter a carteira furtada ou roubada era um dos maiores pesadelos do transeunte paulistano, atualmente o problema é substancialmente maior quando temos o celular subtraído. Isto porque, na última década, houve grandes avanços da tecnologia e acelerada integração informatizada entre aplicativos, de modo que, nos dias de hoje, os celulares são o principal repositório e fonte de armazenamento de informações sensíveis, como dados pessoais e bancárias, conteúdos íntimos etc. E, para piorar, há muitas pessoas que guardam o cartão de crédito na capinha do celular, em substituição da carteira.

Ainda que protegidos por senha, os criminosos já encontraram soluções tecnológicas para transpor as travas de segurança dos aparelhos. Assim, minutos após o furto ou roubo, os infratores potencialmente têm acesso aos aplicativos bancários das vítimas, realizando diversas transações fraudulentas até que a conta seja esvaziada e o limite dos cartões estourado.

Quando as tradicionais carteiras (contendo documentos e cartões de crédito, obviamente) são subtraídas, o prognóstico também não é animador, pois milhares de consumidores aderiram à modalidade de pagamento por aproximação, que dispensa a digitação de senha para aprovação da compra. Ademais, mesmo que se desconheça a

¹ E-mail: hjfas.adv@outlook.com

² Fonte: G1/Fantástico. < <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2023/03/27/sao-paulo-teve-mais-de-200-mil-registros-de-ocorrencias-de-furto-e-roubo-de-celular-em-2022-mostra-levantamento.ghtml> > Acesso em 04.04.2023.

senha, a posse do cartão físico e do documento de identidade da vítima possibilita a realização de compras online, pois os bandidos têm acesso à numeração e código de segurança do cartão e CPF do titular.

Mas o pior cenário certamente ocorre quando os cartões são surrupiados em conjunto com o celular, pois, tendo acesso aos aplicativos de banco e e-mail das vítimas, é possível que os criminosos alterem e/ou descubram a senha dos plásticos, além de poderem realizar compras por aproximação ou online. Por fim, alguns bancos ainda disponibilizam em seus aplicativos a ferramenta de criar um cartão de crédito virtual, o qual, sem dúvidas, também pode ser utilizado pelos fraudadores para tirar ainda mais dinheiro da vítima.

Neste contexto fático, indaga-se: as vítimas que tiveram prejuízo financeiro devido a furto ou roubo de cartão e/ou celular têm algum direito de indenização perante suas respectivas instituições financeiras? Abaixo, apresentaremos alguns elementos jurídicos que ajudarão a delinear a resposta.

Em primeiro lugar, é necessário pontuar que as relações comerciais entre cliente e banco são regidas pelo Código de Defesa do Consumidor ("CDC"), o qual estabelece em seu art. 14 que os fornecedores de serviços (inclusive bancários e de crédito) têm responsabilidade objetiva (aquela que independe de culpa) pelos prejuízos advindos aos seus clientes:

" Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido."

Trata-se de consectário jurídico da teoria do risco da atividade, segundo a qual o agente que desenvolve e explora atividade econômica potencialmente lesiva deve se

responsabilizar pelos vícios, defeitos e riscos do serviço prestado, independentemente de culpa. Segundo MARIA HELENA DINIZ³:

"A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda)"

Do ponto de vista do consumidor, nas palavras de CARLOS ROBERTO GONÇALVES⁴, *"basta a prova da relação de causalidade entre a conduta e o dano"* para que surja o direito de indenização pelo dano sofrido. Frise-se que a aplicabilidade do CDC aos bancos já foi pacificada pelo STJ na Súmula 279: *"O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras"*

Registre-se, outrossim, que a prática de crime (ato de terceiro) não afasta, automaticamente, a responsabilidade das instituições financeiras, vez que há ilícitos criminais e civis que se inserem no risco inerente à atividade bancária, não podendo ser considerados exclusivamente problemas de segurança pública.

Como as transações fraudulentas são realizadas dentro do ambiente bancário (aplicativos e, possivelmente, em caixas eletrônicos) e também por intermédio de produtos disponibilizados pelos bancos (cartão de crédito, cartão virtual, etc.), as circunstâncias do caso concreto podem ensejar a ocorrência de fortuito interno, decorrente do risco inerente à atividade bancária, possibilitando a responsabilização das instituições financeiras nos termos da Súmula 479 do STJ:

"As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias."

Pois bem. Nos casos de furto ou roubo de cartões e celulares, é comum que as transações fraudulentas sejam realizadas de maneira sequencial, movimentando-se substanciais quantias em curto espaço de tempo, muitas vezes no mesmo estabelecimento e em total discrepância com o perfil de consumo da vítima.

³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, v. 7. 35ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 68.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*, v. 4. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 362.

Tais fatos indicam a ocorrência de “fortuito interno”, consubstanciado pela falha no sistema bancário de segurança e de prevenção à fraude, com violação aos deveres de guarda e custódia do patrimônio do correntista – deveres estes que são inerentes e indissociáveis da atividade bancária típica. Sobre o tema, Sobre o tema, GUSTAVO TEPEDINO⁵ ensina:

“Nesse cenário, e considerando que, na sociedade cada vez mais complexa e industrializada, os danos “devem acontecer”, cunhou o conceito de caso fortuito interno, assim entendido o evento que se liga à pessoa ou à organização da empresa, ou seja, aos riscos da atividade desenvolvida pelo agente, e incapaz de exonerá-lo. Afinal, cuida-se de fatos que, embora fortuitos, se encontram contidos no âmbito da atividade em cujo desenvolvimento deu-se o dano. Passou-se, assim, a entender que os danos decorrentes dos eventos relacionados à pessoa ou à empresa do agente se conectam a ela por nexo de causalidade e deveriam por ela ser evitados, razão pela qual deve por eles responder.”

Saliente-se, porém, que o ônus de provar a violação ao perfil de gastos incumbe ao consumidor, pois se trata de prova de fácil produção, bastando que o cliente solicite seus extratos bancários e faturas à instituição financeira. Em posse de tais documentos, é possível aferir se as transações ilegítimas são – objetivamente – discrepantes ou não do padrão habitual de consumo do correntista vítima de fraude.

Como não poderia deixar de ser, este entendimento tem sido acolhido (embora não de forma unânime) pela jurisprudência pátria. A título de exemplo, colacionamos abaixo ementa de recente julgado TJSP que corrobora a tese esposada neste artigo. Confira-se:

“APELAÇÃO – FURTO DE CARTÃO - OPERAÇÕES FRAUDULENTAS – Pretensão da autora de reforma da respeitável sentença de improcedência dos pedidos de declaração de inexigibilidade de débito e de restituição de valores – Cabimento – Hipótese em que cabia ao agente financeiro demonstrar a regularidade das movimentações financeiras – Ocorrência de falha nos sistemas de segurança bancários – Contratação de quatro empréstimos no mesmo dia e realização de transferências expressivas ao longo de poucas horas – Operações fora do padrão de consumo da autora – Má prestação de serviços que evidencia a responsabilidade da

⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*, v. 4. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 110.

instituição financeira pelos danos causados – Fraude praticada por terceiro que não exime o banco de responder pelos prejuízos causados ao consumidor (Súmula 479, STJ) – Danos materiais decorrentes de transações fraudulentas – Restituição na forma simples, em razão da inexistência de má-fé do banco – Dano moral configurado pelo desgaste físico, emocional e psíquico enfrentado pela autora, bem como pelo prejuízo financeiro - Indenização por dano moral fixada em R\$ 5.000,00 que se mostra razoável – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.”⁶

Diante das premissas acima fixadas, recomenda-se que as vítimas de fraudes bancárias decorrentes de furto ou roubo de celular e cartão de crédito comuniquem os fatos – tão logo possível – ao banco responsável, solicitando o bloqueio imediato da conta e de todos os cartões. Após, o consumidor deverá registrar boletim de ocorrência, encaminhando-o em seguida ao banco para formalizar a contestação de eventuais transações fraudulentas perpetradas após o crime.

Caso a contestação administrativa do cliente seja negada, orienta-se que a vítima procure um advogado especialista em fraudes bancárias para estudar a viabilidade de um processo judicial para obter indenização dos prejuízos sofridos.

⁶ TJSP. Apelação Cível nº 1000227-38.2022.8.26.0604, 13ª Câmara de Direito Privado, j. em 13.03.2023

OS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA, A DESCOBERTA INEVITÁVEL E A FONTE INDEPENDENTE NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA: Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário de Direito Penal e Orientação de Monografia. Advogado. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado)⁷.

O Código de Processo Penal com as alterações incluídas pela Lei nº 11.690, de 2008, passou a tratar da teoria dos frutos da árvore envenenada (provas derivadas das ilícitas), assim a fonte independente, vejamos:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as **provas derivadas das ilícitas**, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º Considera-se **fonte independente** aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

⁷ Já exerceu os cargos de Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF), Advogado exercendo o cargo de Assessor de Procurador-Geral da CLDF. Chefe de Gabinete da Administração do Varjão-DF. Chefe da Assessoria para Assuntos Especiais da PCDF. Chefe da Assessoria Técnica da Cidade do Varjão - DF; Presidente da CPD/CGP/PCDF. Assessor Institucional da PCDF. Secretário Executivo da PCDF. Diretor da DRCCP/CGP/PCDF. Diretor-adjunto da Divisão de Sequestros. Chefe-adjunto da 1ª Delegacia de Polícia. Assessor do Departamento de Polícia Especializada - DPE/PCDF. Chefe-adjunto da DRR/PCDF. Analista Judiciário do TJDF. Agente de Polícia Civil do DF. Agente Penitenciário do DF. Policial Militar do DF. E-mail: valdinei@conteudojuridico.com.br

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

A Bíblia já questionava: pode uma árvore má produzir bons frutos? A resposta bíblica é negativa (Mateus 7:17-20), assim como também é a do direito penal, que tomou a imagem emprestada ao definir que as provas derivadas de uma prova ilícita, obtida com violação das regras legais ou constitucionais, são igualmente ilícitas – e, portanto, imprestáveis para o processo.

Um dos mais recentes julgados aplicando a teoria dos frutos da árvore envenenada se deu no HC n. 559.264/MA, vejamos:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E LAVAGEM DE CAPITAIS. DEVISSA NÃO AUTORIZADA. PROVA ILÍCITA. NULIDADE. RECONHECIMENTO. PROVAS DERIVADAS. ANULAÇÃO. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE VENENOSA. IMPOSSIBILIDADE, NA HIPÓTESE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA. **1. "A teoria dos frutos da árvore envenenada** (fruits of the poisonous tree) e a doutrina da fonte independente (independent source doctrine) são provenientes do mesmo berço, o direito norte-americano. Enquanto a primeira estabelece a contaminação das provas que sejam derivadas de evidências ilícitas, a segunda institui uma limitação à primeira, nos casos em que não há uma relação de subordinação causal ou temporal (v. *Silverthorne Lumber Co v. United States*, 251 US 385, 40 S Ct 182, 64 L. Ed. 319, 1920 e *Bynum v. United States*, 274, F.2d. 767, 107 U.S. App D.C 109, D.C.Cir.1960)" (RHC n. 46.222/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 3/2/2015, DJe de 24/2/2015). **2.** O reconhecimento da ilicitude de prova torna imprestáveis todas as que dela são derivadas, exceto se de produção independente ou de descoberta inevitável, conforme entendimento doutrinário, jurisprudencial e legal de aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada. **3.** Na hipótese vertente, malgrado ter sido reconhecida pelo Juízo de piso a ilicitude da prova obtida a partir da extração de

informações atinentes ao acesso de dados constantes de aparelho celular da corré, o próprio aresto impugnado consigna expressamente que "a decisão que deferiu a quebra dos sigilos bancário e fiscal do paciente e demais acusados não se baseia apenas na quebra de sigilo de dados dos celulares apreendidos, mas, também, em comprovantes de depósito que demonstram a grande movimentação de dinheiro, bem como na existência de diversos veículos automotores em nome dos denunciados". E, singrando pela mesma linha intelectual, afirma, outrossim, que, "pela análise dos documentos acostados, não há como ter certeza de que os comprovantes de depósito e os diversos veículos também foram consideradas provas ilícitas por derivação", concluindo, portanto, não haver "como se saber se seria aplicado ao caso a teoria da descoberta inevitável, ou seja, se a quebra do sigilo bancário e fiscal seria deferida somente com a presença dos comprovantes de depósito e da existência dos veículos" (e-STJ fls. 22/23). Dessarte, "em caso que também se aplica à presente controvérsia, mutatis mutandis, definiu a Suprema Corte o que se segue: '[p]retensão de subordinar os elementos colhidos posteriormente à busca e apreensão a este ato, considerando-os ilícitos com base na teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree). Pretensão afastada, diante da não demonstração inequívoca de que todos os elementos que lastreiam o inquérito policial são derivados da busca e apreensão. Necessidade de exame acurado de prova, inviável no âmbito restrito e expedito do writ (HC 81.993/MT, 2.^a Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 02/08/2002)'" (HC n. 221.739/PE, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/4/2012, DJe de 27/4/2012). 4. Ordem denegada. (HC n. 559.264/MA, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 18/8/2022.)

Embora a teoria dos frutos da árvore envenenada seja amplamente aplicada pela Justiça brasileira – e também pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) –, ela encontra limites em outras duas teorias.

Uma é a da **descoberta inevitável**, segundo a qual é possível a utilização de uma prova ilícita por derivação, caso fique demonstrado que ela seria, de qualquer modo, descoberta por meios lícitos no curso normal da investigação. A outra é a da **fonte independente**, para a qual a prova derivada de uma ilícita não deve ser descartada se tiver também uma origem lícita, sem relação com a primeira.

Interferência policial na comunicação telefônica do suspeito

Em 2017, a Quinta Turma manteve acórdão do tribunal de origem que absolveu um réu acusado de tráfico de drogas, ao considerar nula a prova obtida a partir da escuta não autorizada de uma ligação atendida por ele no viva-voz do seu celular.

Conforme os autos, o telefone tocou durante a abordagem policial, e o suspeito foi obrigado a atender no viva-voz. Na conversa ouvida pelos agentes, a mãe lhe pediu que voltasse para casa, para retirar um certo "material" que ali estava guardado. Desconfiados da situação, os policiais foram à residência e arrecadaram as provas que serviram para fundamentar a condenação pelo juízo de primeiro grau.

O tribunal de segunda instância proveu o recurso da defesa por entender que houve quebra ilegal do sigilo de comunicação telefônica e que também não foi lícita a atitude dos agentes de levar o suspeito até a sua casa a fim de que ele lhes desse acesso ao interior do imóvel.

No STJ, o relator do **REsp 1.630.097**, ministro Joel Ilan Paciornik, lembrou que as provas obtidas de forma ilícita são inadmissíveis e que "qualquer tipo de prova contra o réu que dependa dele mesmo só vale se o ato for feito de forma voluntária e consciente".

Não se cogita estar diante de descoberta inevitável, porquanto este fenômeno ocorre quando a prova derivada seria descoberta de qualquer forma, com ou sem a prova ilícita, o que não se coaduna com o caso aqui tratado (Resp. 1.630.097 Min. Joel Ilan Paciornik)

Nessa mesma linha, em 2022, a Sexta Turma **anulou condenação baseada em provas obtidas por policial que atendeu o celular do investigado e se passou por ele** para induzir o corréu em erro e obter informação que levou à sua prisão em flagrante.

Desconfiados de que um motorista seria batedor do tráfico, os policiais rodoviários o mandaram parar, mas não acharam nada ilícito com ele ou em seu veículo. Mesmo assim, quando o telefone do motorista tocou, um dos policiais atendeu e, passando-se por ele, disse ao interlocutor que o caminho estava livre – o que resultou na apreensão de drogas e na prisão dos demais envolvidos.

O tribunal de origem entendeu que, além de o policial ter agido para atender o interesse público em detrimento dos direitos dos envolvidos, seria hipótese de aplicação da teoria da descoberta inevitável, pois o curso natural dos acontecimentos levaria fatalmente à apreensão das drogas.

Todavia, esse não foi o entendimento da Sexta Turma do STJ ao analisar o habeas corpus impetrado pela defesa do motorista abordado inicialmente. Para o relator, ministro

Rogério Schietti Cruz, não havia nada que justificasse a mitigação da inviolabilidade da comunicação telefônica, uma vez que o motorista nem sequer estava preso em flagrante no momento em que teve seu celular atendido pelo policial.

O ministro, ao observar a inaplicabilidade da teoria da descoberta inevitável, explicou que é necessária uma interpretação restritiva desse instituto, pois "não basta que se faça um raciocínio vago e abstrato de mera possibilidade de descoberta da prova por outro meio".

Segundo Schietti, a teoria seria cabível se ficasse demonstrado que "os fatos naturalmente chegariam ao mesmo desfecho, a despeito da ilegalidade na ação policial", vejamos a ementa do julgado:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. POLICIAL QUE ATENDE O CELULAR DE INVESTIGADO E SE PASSA POR ELE PARA INDUZIR CORRÉU A ERRO E EFETUAR PRISÃO EM FLAGRANTE. SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. VIOLAÇÃO. ILICITUDE DAS PROVAS COLHIDAS. TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL. INAPLICABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Ao dispor que "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal", o art. 5º, XII, da Constituição estabeleceu uma regra geral de proteção ao sigilo das comunicações telefônicas e criou a possibilidade excepcional da sua relativização, na forma da lei. Vale dizer, enquadrar-se nos termos da lei (no caso, a Lei n. 9.296/1996) é um requisito para que a quebra do sigilo de comunicações telefônicas seja válida, como ressalva à regra geral de inviolabilidade, pois é só dentro dos limites legais que se admite a relativização da garantia fundamental. Em contrapartida, violar esse sigilo fora das hipóteses previstas pelo legislador implica a ilicitude da diligência, e não a sua validade.

2. No caso, o paciente foi abordado pela polícia em uma rodovia, mas nada de ilícito foi encontrado no veículo por ele conduzido.

Desconfiados de que o acusado fosse um batedor do tráfico, todavia, os agentes levaram o réu para o interior da base e começaram a questioná-lo, momento em que o celular dele tocou. Um dos agentes, então, pegou o aparelho do acusado, atendeu a ligação e se fez passar

pelo paciente. O outro interlocutor era o corrêu José Carlos, o qual estava dirigindo o automóvel que transportava as drogas e pretendia saber do acusado se havia fiscalização policial e se era seguro prosseguir. Fingindo ser o paciente, o policial respondeu afirmativamente e determinou a abordagem do veículo dele, onde então foram encontrados os entorpecentes.

3. Cabe salientar, de início, que o paciente nem sequer estava preso em flagrante no momento em que teve seu celular atendido pelo policial, uma vez que nada de ilegal foi encontrado após a revista no veículo que conduzia. Na ocasião, portanto, não havia justificativa idônea nem mesmo para apreender o celular do réu, muito menos para o militar atender a ligação e, pior, passar-se por ele de forma ardilosa para induzir o corrêu a erro e fazer com que acreditasse estar livre de fiscalização policial a rodovia pela qual trafegava, o que veio a ensejar a abordagem e o encontro das drogas no automóvel do referido comparsa.

4. Ausentes quaisquer das hipóteses que permitissem excepcionar a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, não poderia o agente de segurança pública ter atendido ligação direcionada ao acusado sem o seu consentimento e, ainda, manipulado o diálogo a fim de enganar o outro interlocutor e levá-lo à prisão em flagrante, em uma espécie *sui generis* de "interceptação telefônica ativa". Ao atender o telefone, forjar a sua identidade e mentir para o corrêu, o policial assumiu o papel do real destinatário da ligação e teve acesso - de forma sub-reptícia - ao conteúdo privado de comunicação telefônica destinada exclusivamente ao paciente, circunstâncias que impingem nítida mácula às provas por esse meio colhidas e a todas as que delas derivaram.

5. A teoria da descoberta inevitável está prevista em nosso ordenamento no art. 157, § 2º, do CPP, segundo o qual "Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova". Embora confusa a redação do dispositivo, que parece se referir ao § 1º do mesmo artigo, como explicação da teoria da fonte independente, é consolidado na doutrina o entendimento de que se trata de situações diversas.

6. A construção teórica é oriunda dos Estados Unidos (inevitable discovery limitation) e foi adotada pela primeira vez na Suprema Corte daquele país no julgamento do caso Nix x Willians (467 US 431, 1984). Tratava-se de caso em que o investigado havia matado uma criança e escondido o corpo, o que motivou 200 voluntários a iniciarem um processo de busca. Durante a procura, a polícia ilegalmente extraiu uma confissão do acusado quanto à localização do cadáver e o encontrou no local por ele indicado. Na espécie, todavia, apesar da ilicitude da confissão, a Corte considerou que o caminho natural do plano previamente traçado para as buscas, em poucas horas, inevitavelmente passaria pelo lugar em que achado o corpo, razão pela qual a prova foi mantida nos autos.

7. Por consistir em exceção à regra da exclusão das provas ilícitas - e, por consequência, a direito fundamental (art. 5º, LVI, da Constituição) - tal teoria deve ser interpretada restritivamente, até como forma de dar conformidade constitucional ao dispositivo legal, que limita o âmbito de aplicação da norma contida na Carta Magna quanto à exclusão das provas ilícitas.

8. Apesar de se tratar de um juízo hipotético, não basta que se faça um raciocínio vago e abstrato de mera possibilidade de descoberta da prova por outro meio, sob pena de se converter a exceção em regra e, assim, fragilizar sobremaneira a garantia constitucional. É necessário, ao revés, como consectário da interpretação restritiva do dispositivo legal, que ele seja aplicado somente quando demonstrado pela acusação - sobre quem recai o ônus probatório -, com amparo em elementos concretos dos autos, que os fatos naturalmente chegariam ao mesmo desfecho a despeito da ilegalidade na ação policial.

9. É pertinente notar, a respeito, que o texto do art. 157, § 2º, do CPP usa o verbo "seria" - a indicar algo que aconteceria se a ilicitude não houvesse interrompido o caminho natural dos fatos -, e não a locução verbal "poderia ser", esta representativa de um juízo de mera possibilidade remota. Da mesma forma, cumpre observar que o próprio nome pelo qual se consagrou a teoria é indicativo do rigor com que se deve analisar o hipotético desdobramento causal dos fatos: a descoberta deve ser inevitável - verbete que significa "impossível de evitar, necessário; fatal" -, e não meramente possível.

10. Ainda que seja difícil - em termos epistemológicos - atingir um standard de certeza plena e absoluta sobre o que viria a ocorrer no

futuro, por se tratar de raciocínio hipotético sobre o curso causal de fatos que não chegaram efetivamente a acontecer, é preciso que a acusação demonstre, com clareza e amparo concreto em elementos dos autos, no mínimo, a alta probabilidade de que os eventos fatalmente se sucederiam de forma a atingir o mesmo resultado alcançado de maneira ilícita. Presente dúvida razoável sobre esse curso causal hipotético, a solução deve ser favorável ao réu, em respeito às garantias fundamentais da presunção de inocência e da vedação ao uso de provas ilícitas.

11. Na espécie, o fato de os acusados já serem previamente investigados pela polícia, a qual tinha informações de que eles fariam o transporte de entorpecentes, não bastava para assegurar que as drogas seriam apreendidas e eles, presos de qualquer forma. Cabe lembrar, por oportuno, que o objetivo da ligação do corréu José Carlos ao paciente - "interceptada" pelo policial - era justamente o de verificar com ele, que atuava como batedor, se era seguro prosseguir no transporte da droga ou se havia fiscalização policial, a evidenciar que o desfecho poderia ter sido completamente diverso - fuga, desvio de rota, desfazimento das drogas etc - se o militar não houvesse atendido a ligação e, fazendo-se passar pelo réu, garantido ao comparsa que ele poderia continuar sem receios por aquele caminho.

12. Ordem concedida para anular toda as provas colhidas e absolver o paciente.

(HC n. 695.895/MS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 16/11/2022.)

Exame de telefone sem autorização judicial foi irrelevante para a apuração do crime

Em 2019, a Quinta Turma não concedeu o habeas corpus requerido pela defesa de um homem acusado de tráfico de drogas, por considerar que, a despeito da alegação de ilegalidade da prova obtida diretamente de um celular apreendido pela polícia, havia outras provas para demonstrar a prática criminosa.

O curso normal das investigações conduziria ao mesmo desfecho obtido com a devassa nos aparelhos celulares dos acusados, ensejando a aplicação da teoria da descoberta inevitável. (HC 521.228, Min. Jorge Mussi)

De acordo com o processo, no momento em que os policiais abordaram o carro em uma rodovia, um de seus ocupantes jogou duas sacolas pela janela, nas quais foi encontrada cocaína. Um deles admitiu ter comprado a droga e revelou o apelido do vendedor (o paciente no habeas corpus), o que permitiu que o policial o identificasse ao examinar o telefone. Posteriormente, a autoridade policial requereu o afastamento do sigilo de dados dos aparelhos apreendidos.

Após a condenação por tráfico de drogas e associação para o tráfico, a defesa sustentou que o acesso sem prévia autorização judicial ao conteúdo do celular do corréu invalidaria todas as provas decorrentes.

O relator do **HC 521.228**, ministro Jorge Mussi (aposentado), destacou a informação de que o dono do celular teria permitido à polícia acessá-lo no momento da abordagem. "Ainda que assim não fosse, os corréus confessaram informalmente a prática criminosa, afirmando que um deles adquiriu os entorpecentes do paciente, o que demonstra que as mensagens supostamente devassadas não foram determinantes para a apuração dos ilícitos", afirmou o relator.

Para Jorge Mussi, "a apreensão dos celulares dos corréus levou a autoridade policial a requerer judicialmente o afastamento do sigilo dos dados neles contidos, o que foi deferido – pedido típico e comum em casos análogos, e que demonstra que se está diante de provas autônomas, nos termos dos parágrafos 1º e 2º do **artigo 157 do Código de Processo Penal**".

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 12 DA LEI 10.826/03. MUNIÇÕES ENCONTRADAS NA RESIDÊNCIA DO RÉU. ARMA ENCONTRADA EM OUTRO LUGAR. INDICAÇÃO DO RÉU. TEORIA DA DESCOBERTA INVITÁVEL. INAPLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Consoante se extrai da teoria da descoberta inevitável, positivada no art. 157, § 1º e 2º do CPP, caso demonstrado que a prova derivada daquela reconhecida ilícita seria produzida de qualquer modo, independentemente da prova ilícita originária, deve aquela ser considerada válida.

2. Na hipótese, a apreensão da arma na residência do menor foi decorrência direta da já intitulada ilegal abordagem relacionada ao paciente. Nesse contexto, não se pode afirmar que a arma seria encontrada de outra forma que não mediante a informação passada pelo paciente, sendo inaplicável, assim, a teoria da descoberta inevitável à hipótese.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 783.183/CE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/12/2022, DJe de 14/12/2022.)

Invasão ilegal de domicílio contaminou todas as outras provas

Ao reconhecer a nulidade das provas produzidas, a Quinta Turma confirmou decisão monocrática no **HC 783.183** e absolveu um cidadão que havia sido condenado pelos crimes de posse irregular de arma de fogo e corrupção de menor.

Uma denúncia anônima – de que o indivíduo teria uma arma – fez com que policiais se dirigissem ao local indicado. Supostamente autorizados pelo morador, os agentes entraram na residência e encontraram dois carregadores de pistola e oito munições. Questionado, o morador teria confessado que a arma era sua, mas estava com um menor, em outro endereço.

O relator do habeas corpus, ministro Reynaldo Soares da Fonseca, declarou nulas todas as provas decorrentes da ação policial, pois o alegado consentimento do morador para ingresso dos agentes não foi comprovado, e não havia mandado judicial nem indícios concretos de ocorrência de crime permanente no imóvel.

Ao recorrer à Quinta Turma, o Ministério Público (MP) sustentou que, como a localização da arma foi revelada pelo acusado, não se poderia dizer que a sua apreensão na casa do adolescente tenha sido decorrência direta da invasão ilícita do domicílio. Para o MP, deveria incidir no caso a teoria da descoberta inevitável, que rompe o nexo de causalidade e afasta a ilicitude, por derivação, da prova encontrada.

No entanto, Reynaldo Soares da Fonseca afirmou que a teoria da descoberta inevitável era inaplicável no caso, já que não havia como afirmar que a arma seria encontrada de outra forma que não mediante a informação do acusado, prestada em decorrência de uma abordagem ilegal.

Acesso ilegal a dados de celular não invalida condenação baseada em prova independente

Com base na teoria da descoberta inevitável, a Quinta Turma manteve a decisão do relator, desembargador convocado Jesuíno Rissato, que não conheceu do **HC 722.827**, no qual a defesa de três homens condenados por tráfico de drogas pretendia anular as provas do processo.

Conquanto haja prova ilícita nos autos, as demais provas incriminatórias seriam, infalivelmente obtidas pelo desenvolvimento regular, lícito e ordinário das atividades investigativas (HC 722.827, Desembargador Convocado Jesuíno Rissato)

O tribunal de origem considerou lícitas as provas obtidas nos celulares dos acusados após terem sido presos. Segundo a corte, naquele momento "já existiam elementos suficientes para capitulação das condutas criminosas que lhes foram imputadas, de modo que não se pode confundir referida situação com os casos em que a flagrância somente é alcançada com a adoção da citada medida [exame do celular]".

No pedido de habeas corpus, a defesa sustentou que, "ainda que a condenação dos pacientes não tenha se centrado no conteúdo das mensagens de WhatsApp, todos os elementos de convicção derivaram do acesso ilegal da polícia aos aparelhos celulares", razão pela qual tais provas seriam nulas.

Ao analisar o caso, Jesuíno Rissato afirmou – com base nas conclusões da segunda instância – que, além de as informações no celular terem sido coletadas após a prisão dos envolvidos, existiam outros elementos de prova suficientes para demonstrar a autoria e a materialidade delitiva.

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ACESSO A DADOS CELULARES APREENHIDOS. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL ILICITUDE DECORRENTE DO DIREITO A PRIVACIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS INDEPENDENTES. TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIÁVEL NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS APTOS A ALTERAR A DECISÃO AGRAVADA. I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos. II - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de considerar ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular - envio e/ou recebimento de mensagens de texto SMS, conversas por meio de programas ou aplicativos (WhatsApp), mensagens enviadas e/ou recebidas por meio de correio eletrônico, fotografias - por dizerem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, nos termos em que previsto no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, decorrentes de flagrante, sem prévia autorização judicial. Precedentes. III - De outro lado, destaque-se que, consoante a firme jurisprudência desta Corte Superior, "a ilicitude da prova, por

reverberação, alcança necessariamente aquelas dela derivadas (Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada), salvo se não houver qualquer vínculo causal com a prova ilícita (Teoria da Fonte Independente) ou, mesmo que haja, seria produzida de qualquer modo, como resultado inevitável das atividades investigativas ordinárias e lícitas (Teoria da Descoberta Inevitável)" (EDcl no RHC n. 72.074/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 4/12/2017). IV - In casu, colhe-se do acórdão recorrido que "as informações constantes no aparelho telefônico dos acusados foram coletadas após as suas prisões, ou seja, já existiam elementos suficientes para capitulação das condutas criminosas que lhes foram imputadas, de modo que não se pode confundir referida situação com os casos em a flagrância somente é alcançada com adoção da citada medida" (fl. 3.452), o que evidencia a existência de provas independentes a embasar a condenação, tanto que a Corte de origem asseverou que "o próprio Tribunal da Cidadania têm flexibilizado a regra, nos casos em que a condenação se baseou em outros elementos de prova constantes nos autos, os quais também se mostram suficientes para demonstrar autoria e materialidade delitiva" (fl. 3.453). V - Adotar entendimento diverso ao estabelecido pelo Tribunal de origem requer a verticalização da prova, bem como ensejaria amplo reexame do acervo fático probatório, como forma de desconstituir as conclusões da instância precedente, soberana na análise dos fatos e provas, providência, como amplamente cediço, inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 722.827/SC, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 26/4/2022.)

O relator reconheceu que a jurisprudência do STJ considera ilegal a prova obtida sem autorização judicial diretamente do celular – mensagens de texto, aplicativos de conversa, correio eletrônico, fotografias –, porque isso viola os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade. No entanto, ele ressaltou que há firme jurisprudência da corte no sentido de excluir as provas derivadas das ilícitas que se enquadrem na teoria da descoberta inevitável.

"Mesmo que decotando as provas relativas aos dados armazenados no telefone, há elementos probatórios suficientes e independentes para manter a condenação", disse o magistrado, apontando que, conforme consta do processo, "havia investigação em curso,

com campana, tendo os aparelhos celulares sido apreendidos já quando da prisão em flagrante, em razão de todo um desfecho investigatório".

Reconhecimento espontâneo anterior à prisão ilegal não invalida a condenação

A Sexta Turma manteve acórdão do tribunal de origem que afastou a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada por entender que, apesar de ilegal a prisão dos envolvidos em um roubo de carga, existiam fontes independentes de prova capazes de subsidiar a sua condenação.

Na origem, um entregador dos Correios, ao se dirigir à delegacia para comunicar mais um roubo que havia sofrido, acompanhou os policiais na viatura, na tentativa de identificar os autores do crime. Antes mesmo da abordagem e da condução dos suspeitos para a delegacia, a vítima já os havia reconhecido nas redondezas da área em que os roubos costumavam acontecer.

Apesar de o juiz ter anulado todas as provas por entender que elas foram contaminadas pela prisão e pelo reconhecimento dos acusados – considerados ilegais –, o tribunal local afastou a incidência da teoria dos frutos da árvore envenenada, sob o fundamento de que havia outros elementos aptos a subsidiar a condenação dos acusados, de acordo com a teoria da fonte independente.

No STJ, o relator do agravo regimental no **REsp 1.573.910**, ministro Nefi Cordeiro (aposentado), destacou que a ordem dos fatos é essencial na análise da viabilidade da ação penal, que se embasou em elemento idôneo e independente dos atos ilegais praticados posteriormente, qual seja, o reconhecimento espontâneo feito pela vítima antes da prisão dos envolvidos.

Demonstrada a existência de uma fonte independente, a nulidade da prisão ilegal não teria o condão de invalidar as provas que se seguiram, vejamos a ementa do julgado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO. FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. SÚMULA 182/STJ. PLEITO ABSOLUTÓRIO. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. INAPLICABILIDADE. EXISTÊNCIA DE FONTE DE PROVA INDEPENDENTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, IMPROVIDO. 1. A teor da Súmula 182 do STJ, é manifestamente inadmissível o agravo regimental que não impugna, especificamente, os fundamentos da decisão confrontada. 2. O Tribunal de origem afastou a incidência da teoria dos frutos da árvore envenenada ao entendimento de que, apesar da ilegalidade da

prisão e do reconhecimento dos acusados no distrito policial, existiriam outros elementos de convicção nos autos, que seriam fontes independentes de provas, aptos a ensejar o decreto condenatório. 3. Conforme a jurisprudência desta Corte, demonstrada a existência de fonte independente, a nulidade do ato não tem o condão de invalidar as provas subsequentes. Incidência da Súmula 83/STJ. 4. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. (HC 1.573.910, Min. Nefi Cordeiro)

O ministro apontou que a conduta ilegal dos agentes não influenciou no reconhecimento dos réus pela vítima; ao contrário, foi o apontamento feito por ela que desencadeou a abordagem e a posterior condução dos envolvidos para a delegacia.

Prisão foi independente da obtenção ilegal de conteúdo do celular

No **HC 423.794**, a Quinta Turma entendeu que, mesmo após o acesso, sem autorização judicial, aos dados do celular de um preso em flagrante por tráfico de drogas, tal fato não anula as demais provas, por terem fontes independentes daquela considerada ilícita.

No caso dos autos, uma denúncia anônima subsidiou operação policial que resultou na abordagem e na prisão de dois homens que trafegavam por uma rodovia em Santa Catarina, portando, cada um, grande quantidade de entorpecentes.

A defesa alegou que a condenação foi embasada em prova ilícita, decorrente da violação do sigilo de comunicações e dados dos aparelhos celulares apreendidos com os acusados.

Todavia, tanto o juízo de primeiro grau quanto o tribunal local entenderam pela condenação dos réus, destacando que a operação montada pela Polícia Militar se baseou em denúncia anônima com informações suficientes para levar aos criminosos. Quanto às mensagens do celular que foram acessadas pelos policiais, o juízo apontou que não existe qualquer nexo causal entre elas e as demais provas. Vejamos a ementa do julgado:

HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. RECURSO APRECIADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PERDA DO OBJETO. Em consulta à página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina verificou-se que a apelação interposta pela defesa foi apreciada aos 26.4.2018, o que revela a perda do objeto do mandamus quanto ao alegado excesso de prazo no julgamento do recurso. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO

RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. TRÁFICO DE DROGAS. ACESSO A MENSAGENS CONTIDAS EM APARELHO CELULAR POR OCASIÃO DO FLAGRANTE. ILICITUDE DA PROVA DECORRENTE DA MEDIDA. TEORIA DA FONTE INDEPENDENTE. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA. 1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes. 2. A Lei 9.296/1996 restringe-se às comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática, não se estendendo aos dados já registrados nos respectivos aparelhos. Precedente do STF. 3. O fato de a Lei 9.296/1996 não tutelar os dados e registros já contidos em aparelhos telefônicos e afins, não permite que a polícia devesse a intimidade dos investigados a pretexto de obter provas do crime e de sua autoria, o que só é admitido mediante prévia autorização judicial. Precedentes do STJ. 4. No caso, nenhum ato processual dependeu ou foi fundamentado na eventual extração de dados registrados em celular. O flagrante decorreu de operação policial iniciada por denúncia anônima. Na verificação da veracidade das informações, houve a apreensão das drogas e consequente prisão dos envolvidos. A denúncia, sentença condenatória e acórdão confirmatório não se fundaram na suposta devassa indevida do conteúdo do aparelho ou mesmo no laudo pericial posteriormente formulado, mas em fontes independentes, o que afasta qualquer nulidade. 5. Havendo diversas provas autônomas hábeis a comprovar a prática do crime imputado aos réus, e afigurando-se irrelevante para a prolação do édito repressivo o acesso das mensagens contidas nos aparelhos celulares apreendidos por ocasião do flagrante sem autorização judicial, é inviável a anulação do processo, nos termos dos §§ 1º e 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal. Precedentes. 6. Habeas corpus não conhecido.

O relator no STJ, ministro Jorge Mussi, destacou que, apesar de a **Lei 9.296/1996** dispor apenas das comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática – o que não inclui os dados e registros já contidos nos celulares –, tal fato "não permite que a polícia devesse a intimidade dos investigados a pretexto de obter provas do crime e de sua autoria, o que só é admitido mediante prévia autorização judicial".

Em contrapartida, o ministro ressaltou que há no processo provas suficientes para demonstrar a prática do crime, sendo irrelevante o acesso às mensagens contidas nos

aparelhos. Segundo concluiu, "tanto o flagrante quanto a posterior denúncia e a sentença condenatória não se embasaram no suposto acesso ilegal dos policiais aos dados contidos no celular".

Prova nula não contamina outras produzidas de forma independente em PAD

A Terceira Seção, no agravo regimental na **Rcl 42.292**, confirmou decisão monocrática proferida pelo desembargador convocado Olindo Menezes, que **suspendeu o uso em Processo Administrativo Disciplinar (PAD) de provas anuladas na ação penal pelo STJ.**

Na origem, a polícia instaurou investigação por suposta organização criminosa responsável por fraudes em órgão federais. As provas produzidas foram compartilhadas e juntadas ao procedimento administrativo instaurado para apuração do envolvimento de um servidor. A Sexta Turma, porém, determinou a exclusão de elementos probatórios declarados ilegais, entre eles as mensagens de *e-mail* de um investigado.

A Advocacia-Geral da União (AGU) manteve, na apuração administrativa, as informações do *e-mail* funcional, sob o entendimento de que essa ferramenta é disponibilizada aos servidores para atender às suas atividades profissionais.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça ficou assim ementada:

AGRAVOS REGIMENTAIS NA RECLAMAÇÃO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NO RHC 120.939/SP. NULIDADES NÃO CONSTATADAS. DECLARAÇÃO DE ILICITUDE DOS E-MAILS PERTENCENTES AO RECLAMANTE. QUEBRA DO SIGILO TELEMÁTICO COMO UM TODO. ALCANCE NÃO DELIMITADO NO DECISUM RECLAMADO. OBJEÇÃO À UTILIZAÇÃO DAS DEMAIS PROVAS COLHIDAS DE MANEIRA INDEPENDENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO RECLAMADA. 1. "A despeito da controvertida natureza jurídica da reclamação, é indubitoso que ela constitui o instrumento processual adequado para, entre outras finalidades e no que diz respeito ao Superior Tribunal de Justiça, garantir a autoridade das decisões aqui proferidas, conforme expressa previsão constitucional (art. 105, I, 'f', da CF), situação que se verifica na hipótese" (Rcl n. 41.089/GO, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 12/5/2021, DJe de 18/5/2021). 2. Não há falar-se em não conhecimento da reclamação, uma vez que a decisão reclamada, apontada como descumprida e proferida no RHC120.939/SP, origina-

se desta Corte, possibilitando, assim, o exame de seu mérito. Registra-se a adequação plena no seu ajuizamento, porquanto requerida com o intuito de se preservar a autoridade daquele decisum, não constatado, inclusive, o trânsito em julgado na origem.³ "Na linha da jurisprudência do STJ, a previsão do recurso de agravo interno contra as decisões monocráticas proferidas pelo relator, conforme o disposto no art. 259 do RISTJ, garante o princípio da colegialidade e, por isso, afasta a nulidade da decisão impugnada, haja vista a ausência de prejuízo para a parte" (AgInt na Rcl n. 35.459/SC, relator Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 10/4/2019, DJe de 16/4/2019).

4. A despeito do que dispõe o art. 989, I, do CPC, em verdade o presente feito encontrava-se pronto para ser julgado, mormente diante da argumentação trazida no agravo regimental interposto pela União, recebido como contestação (arts. 989, III -CPC e 188, III - RISTJ), acostando-se, além disso, extensa documentação, não havendo falar-se em prejuízo processual, porquanto respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

5. "O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (pas de nullité sans grief)" (AgRg no HC n. 727.803/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 20/5/2022).

6. Nos termos em que fora julgado o RHC 120.939/SP, não se delimitou o alcance da declaração de ilicitude dos e-mails pertencentes ao reclamante, ora agravado, se apenas o pessoal ou também o funcional, ou seja, não se discute mais, nesta via, a abrangência da inviolabilidade do conteúdo do e-mail do reclamante – questão essa já decidida na decisão reclamada –, mas sim, se respectivo decisum foi ou não cumprido pela instância de origem (pedido mediato).

7. Concluindo o decisum reclamado por ser "nula a decisão que determina constrição de direitos (quebra do sigilo telefônico, fiscal, bancário, telemático e afins) sem fundamentação concreta apta a clarificar os motivos ensejadores da medida", determinando-se, ainda, que todo o material relativo ao correio eletrônico pertencente ao reclamante seja extraído do inquérito policial, sem prejuízo da ação penal com base em outras provas, denota-se o seu descumprimento.

8. Na decisão reclamada, não há nenhum impedimento, ou se contesta, a legalidade da utilização das provas produzidas de forma independente pela comissão disciplinar no PAD nº 00406.002100/2012-50, uma vez que o âmbito decisório foi, tão somente, a exclusão dos e-mails pertencentes ao reclamante, tanto os de cunho pessoal como os

funcionais. 9. Mantém-se a anulação da decisão proferida na instância de origem, no intuito de o pedido de revisão do PAD nº 00406.002100/2012-50 ser processado e julgado, excluindo-se dos respectivos autos os e-mails pertencentes ao reclamante, em respeito ao que fora decidido por esta Corte no RHC 120.939/SP, que não delimitou o alcance da declaração de ilicitude do referido correio eletrônico, afetando a quebra do sigilo telemático como um todo. 10. Agravos regimentais desprovidos.

Olindo Menezes explicou que a Sexta Turma, ao decidir pela nulidade das provas, não especificou se a ilicitude alcançava apenas o *e-mail* pessoal ou também o funcional, e não caberia fazê-lo no julgamento da reclamação. Apesar disso, concluiu que "não há nenhuma objeção à utilização das demais provas colhidas de maneira.

Em conclusão, a **teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree)**, que foi uma construção doutrinária e jurisprudencial incorporada no CPP, encontra limites nas teorias da **descoberta inevitável**, segundo a qual é possível a utilização de uma prova ilícita por derivação, caso fique demonstrado que ela seria, de qualquer modo, descoberta por meios lícitos no curso normal da investigação, bem como na teoria da **fonte independente**, para a qual a prova derivada de uma ilícita não deve ser descartada se tiver também uma origem lícita, sem relação com a primeira.

Os Temas aqui tratados foram objeto de análise nos seguintes Processos: REsp 1630097 - HC 695895 - HC 521228 - HC 783183 - HC 722827 - REsp 1573910 - HC 423794 - Rcl 42292

O DESTINO DOS VALORES ARRECADADOS COM O FLUID RECOVERY: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO MICROSSISTEMA DA TUTELA COLETIVA

GABRIEL RABI MENDES CHAVES:

Assessor de Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Maranhão. Formado em Direito pela Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão⁸.

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo analisar a "fluid recovery" e o seu destino legal, institutos previstos no art. 100 do Código de Defesa do Consumidor e no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública, respectivamente. A "fluid recovery" é uma modalidade de liquidação e execução coletiva que visa impedir o enriquecimento sem causa de quem praticou ato ilícito lesivo a interesses difusos e coletivos. O artigo problematiza a natureza jurídica da "fluid recovery", que pode ser reparatória ou sancionatória, e as possíveis alternativas para a sua aplicação prática, considerando os desafios e questionamentos que envolvem o fundo de reconstituição dos bens lesados. O artigo utiliza uma metodologia de pesquisa bibliográfica e documental, baseada na análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência sobre o tema. A hipótese sustentada é que a "fluid recovery" tem uma natureza jurídica sancionatória e que o seu destino ao fundo de reconstituição dos bens lesados nem sempre é adequado para a efetividade da tutela dos direitos difusos e coletivos.

Palavras-chave: Fluid recovery; Reparação fluida; Liquidação e execução coletiva; Fundo de reconstituição dos bens lesados; Tutela dos direitos difusos e coletivos.

1 INTRODUÇÃO

O microssistema da tutela coletiva encontra na Lei da Ação Civil Pública (LACP), Lei nº 7.347/85, um dos seus mais relevantes instrumentos processuais, que confere ao Ministério Público e a outros legitimados a possibilidade de propor ações judiciais para defender interesses transindividuais lesados ou ameaçados por condutas ilícitas. Dentre os diversos aspectos da LACP, destaca-se a previsão do fundo de reconstituição dos bens lesados, previsto no art. 13, que tem como escopo receber os valores arrecadados com as indenizações decorrentes das ações civis públicas e destiná-los à reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, ao patrimônio público e social ou a outros interesses difusos e coletivos.

⁸ E-mail: gabrielrabichaves@gmail.com

Todavia, a aplicação do fundo de reconstituição dos bens lesados suscita diversos desafios e questionamentos, especialmente no que tange ao destino dos valores arrecadados com a denominada "fluid recovery", que é uma modalidade de liquidação e execução coletiva prevista no art. 100 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), aplicável subsidiariamente às ações civis públicas. A "fluid recovery" consiste na atribuição de uma legitimidade ativa coletiva para a propositura de ação com o escopo de promover a liquidação e o cumprimento da sentença, quando não tiverem sido promovidas execuções individuais suficientes para reparar o dano no prazo de um ano (a contar do trânsito em julgado). Nesse caso, o valor obtido no cumprimento de sentença será destinado ao fundo de reconstituição dos bens lesados.

Diante desse contexto, o presente artigo tem por objetivo analisar criticamente a "fluid recovery" e o seu destino legal, bem como discutir as possíveis alternativas para a sua aplicação prática. Para tanto, será utilizada uma metodologia de pesquisa bibliográfica e documental, baseada na análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência sobre o tema. A hipótese defendida neste trabalho é que a "fluid recovery" tem uma natureza jurídica sancionatória e que o seu destino ao fundo de reconstituição dos bens lesados nem sempre é adequado para a efetividade da tutela dos direitos difusos e coletivos.

2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO FLUID RECOVERY NO DIREITO BRASILEIRO

O *fluid recovery* é, no contexto do microsistema da tutela coletiva, um instituto processual que visa garantir a efetividade da tutela dos direitos individuais homogêneos^[1], que são aqueles decorrentes de origem comum e que podem ser reclamados individualmente pelos seus titulares, mas que também admitem uma defesa coletiva por meio de ações propostas por legitimados especiais coletivos, como o Ministério Público, as associações e os sindicatos^[2].

O *fluid recovery* está previsto no art. 100 do Código de Defesa do Consumidor (CDC)^[3], que dispõe:

Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá ao fundo criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

O fundo referido no parágrafo único é o fundo de reconstituição dos bens lesados, previsto no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública (LACP)^[4], que tem como finalidade receber

os valores arrecadados com as indenizações decorrentes das ações civis públicas e destiná-los à reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, ao patrimônio público e social ou a outros interesses difusos e coletivos.

Assim, o *fluid recovery* consiste na atribuição de uma legitimidade ativa coletiva para a propositura de ação com o objetivo de que seja promovida a liquidação e o cumprimento da sentença coletiva quando não tiverem sido promovidas execuções individuais suficientes para reparar o dano dentro do prazo de um ano, a contar do trânsito em julgado. Nesse caso, o valor obtido no cumprimento de sentença será destinado ao fundo de reconstituição dos bens lesados.

O objetivo do *fluid recovery* é impedir o enriquecimento sem causa de quem praticou ato ilícito lesivo a interesses difusos e coletivos, bem como estimular a participação dos titulares dos direitos individuais homogêneos na busca pela reparação dos seus prejuízos. Além disso, o *fluid recovery* contribui para a economia processual, a celeridade e a uniformidade das decisões judiciais^[5].

No entanto, o *fluid recovery* não é um instituto pacífico na doutrina e na jurisprudência brasileiras, havendo controvérsias sobre a sua natureza jurídica, os seus pressupostos, os seus limites e as suas consequências.

A natureza jurídica do *fluid recovery* pode ser reparatória ou sancionatória, dependendo da forma como se realiza a liquidação e execução coletiva.

Se a liquidação e execução coletiva se limitam à soma das indenizações individuais não reclamadas pelos titulares dos direitos individuais homogêneos lesados pela mesma origem comum, o *fluid recovery* terá natureza reparatória residual^[6]. Nesse caso, o valor destinado ao fundo de reconstituição dos bens lesados corresponderá ao valor que seria pago aos titulares dos direitos individuais homogêneos se eles tivessem exercido as suas pretensões individuais.

Se a liquidação e execução coletiva levam em consideração não apenas as indenizações individuais não reclamadas pelos titulares dos direitos individuais homogêneos lesados pela mesma origem comum, mas também outros fatores que visam impor uma punição pedagógica ao causador do dano e desestimular a reiteração da conduta ilícita e lesiva aos interesses difusos e coletivos, o *fluid recovery* terá natureza sancionatória^[7]. Nesse caso, o valor destinado ao fundo de reconstituição dos bens lesados poderá ser superior ao valor que seria pago aos titulares dos direitos individuais homogêneos se eles tivessem exercido as suas pretensões individuais.

A doutrina majoritária defende que o *fluid recovery* tem natureza sancionatória^[8], pois entende que a mera soma das indenizações individuais não reclamadas seria insuficiente para garantir a efetividade da tutela dos direitos difusos e coletivos e para prevenir novas violações. Além disso, argumenta que o *fluid recovery* tem uma função social e educativa, que transcende os interesses meramente patrimoniais dos titulares dos direitos individuais homogêneos.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) também tem adotado esse entendimento^[9] em casos recentes envolvendo o *fluid recovery*. Veja-se, a propósito, elucidativo precedente do STJ sobre o tema:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. TELEFONIA MÓVEL. COBRANÇA DE MULTA POR RESCISÃO CONTRATUAL NO PERÍODO DE FIDELIDADE EM CASO DE FURTO OU ROUBO DO APARELHO TELEFÔNICO. ABUSIVIDADE. **SENTENÇA COLETIVA GENÉRICA. EXECUÇÃO COLETIVA RESIDUAL (FLUID RECOVERY). NATUREZA SANCIONATÓRIA.** DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS PREJUÍZOS INDIVIDUAIS. EFEITOS DA SENTENÇA QUE NÃO SE RESTRINGEM AO TERRITÓRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

1. O Ministério Público não precisa comprovar detalhadamente os prejuízos de cada pessoa beneficiada por sentença coletiva proferida em ação civil pública, devendo-se considerar o prejuízo global para estipular o valor da indenização.

2. A reparação fluida (*fluid recovery*) é um instituto processual que visa garantir a efetividade da tutela dos direitos individuais homogêneos, impedindo o enriquecimento sem causa de quem praticou ato ilícito lesivo a interesses difusos e coletivos.

3. A natureza jurídica da reparação fluida pode ser reparatória ou sancionatória, dependendo da forma como se realiza a liquidação e execução coletiva.

4. No caso dos autos, a reparação fluida tem natureza sancionatória, pois não é possível definir o número exato de consumidores lesados e o valor de cada cobrança indevida.

5. Os efeitos da sentença proferida em ação civil coletiva não se restringem ao espaço geográfico, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido.

6. Recurso especial provido.

[REsp 202100739810, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/02/2023] (**sem grifos no original**).

Esse entendimento é sustentado, ainda, por pesquisadores como Elton Venturi:

A tese da natureza sancionatória da *fluid recovery*, por sua vez, (res)suscita toda a difícil e ainda recente discussão que o sistema de justiça brasileiro vem travando a respeito da aplicação, limites e alcance da multifuncionalidade da responsabilidade civil. (VENTURI, 2023, p. 01).

E Danielli Xavier Freitas:

A *fluid recovery* situa-se entre as formas de execução da sentença condenatória que proclama direitos individuais homogêneos, constituindo o único tipo de execução genuinamente coletiva desta espécie de direitos, em contraposição às formas de execução previstas nos artigos 97 e 98 do CDC, as quais aludem à reparação individual dos prejuízos sofridos pela própria vítima ou seus sucessores. (FREITAS, 2014, p. 03).

Assim, o entendimento majoritário parece caminhar no sentido de reconhecer que natureza jurídica do *fluid recovery* é sancionatória. Isso significa que a liquidação e execução coletiva não se limitam à soma das indenizações individuais não reclamadas pelos titulares dos direitos individuais homogêneos lesados pela mesma origem comum, mas também levam em conta outros fatores que visam impor uma punição pedagógica ao causador do dano e desestimular a reiteração da conduta ilícita e lesiva aos interesses difusos e coletivos.

3 ANÁLISE CRÍTICA DA DESTINAÇÃO DOS RECURSOS OBTIDOS COM O *FLUID RECOVERY* AO FUNDO DE RECONSTITUIÇÃO DOS BENS LESADOS PREVISTO NO ART. 13 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O reconhecimento da natureza sancionatória do *fluid recovery* implica em uma série de questionamentos sobre a destinação dos recursos obtidos com a liquidação e execução coletiva ao fundo de reconstituição dos bens lesados previsto no art. 13 da LACP.

De fato, uma das questões mais polêmicas envolvendo o *fluid recovery* é a destinação dos recursos obtidos com a liquidação e execução coletiva ao fundo de reconstituição dos bens lesados previsto no art. 13 da LACP^[10]. A polêmica gira especialmente em torno da ausência de eficácia e legitimidade desse fundo, já que inexistem critérios claros e objetivos para a definição dos projetos que serão beneficiados pelos recursos do fundo, que podem favorecer interesses políticos ou corporativos em detrimento dos interesses difusos e coletivos.

Com efeito, um dos aspectos mais relevantes da destinação dos recursos obtidos com o *fluid recovery* ao fundo de reconstituição dos bens lesados é a definição dos projetos que serão beneficiados por esses recursos. Trata-se de uma questão que envolve não apenas critérios técnicos, mas também critérios políticos, sociais e éticos.

O art. 13 da LACP estabelece que os recursos do fundo serão aplicados em projetos destinados à reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, ao patrimônio público e social ou a outros interesses difusos e coletivos. No entanto, esse dispositivo não especifica quais são os critérios para a seleção, a aprovação e a fiscalização desses projetos.

Essa lacuna legislativa abre espaço para uma discricionariedade excessiva por parte dos gestores do fundo, que podem escolher os projetos de acordo com seus interesses pessoais ou corporativos, sem levar em conta os interesses da coletividade ou dos titulares dos direitos individuais homogêneos lesados pela mesma origem comum.

Além disso, essa lacuna legislativa dificulta o controle social sobre a aplicação dos recursos do fundo, que pode ser feito pelos próprios legitimados ativos para a propositura da ação coletiva ou pelos órgãos de controle externo, como o Tribunal de Contas e o Ministério Público. Sem critérios claros e objetivos para a definição dos projetos beneficiados pelo fundo, fica prejudicada a transparência e a *accountability* da gestão desses recursos^[11].

Ademais, há falta de transparência e de controle social sobre a gestão e a aplicação dos recursos do fundo, que podem ser desviados para fins diversos daqueles previstos na lei ou simplesmente ficarem paralisados sem uma destinação adequada.

Como se não bastasse, há uma incompatibilidade entre a natureza dos danos causados aos direitos individuais homogêneos e a natureza dos bens lesados que podem ser reparados pelo fundo, que podem gerar uma desproporção entre o valor da indenização paga pelo causador do dano e o valor da reparação efetiva dos bens lesados.

Acrescente-se que há, ainda, uma violação direta do princípio da reparação integral do dano (*restitutio in integrum*), cujo conceito apregoa a necessidade de restituição do *status quo ante* ou na compensação equivalente ao prejuízo sofrido pela vítima^[12], a qual, todavia, pode não ser alcançada pela destinação dos recursos do fundo a projetos genéricos ou indiretos.

Um outro princípio violado é o da proporcionalidade, cujo conteúdo normativo vela por uma adequação entre os meios empregados e os fins almejados pela tutela jurisdicional^[13]. No caso da reparação fluida na forma em que está prevista na legislação em vigor, observa-se que a destinação dos recursos do fundo pode estar relacionada a projetos que não guardam conexão com a origem comum do dano ou com os interesses dos titulares dos direitos individuais homogêneos, o que importa em violação ao princípio da proporcionalidade.

Diante dessas críticas, alguns autores sugerem alternativas para a destinação dos recursos obtidos com o *fluid recovery*, objetivando aprimorar e dar efetividade à reparação dos bens lesados durante a liquidação e execução da sentença no âmbito do microsistema da tutela coletiva.

Uma dessas sugestões é a criação de um fundo específico para cada categoria de direitos individuais homogêneos lesados por origem comum^[14], que teria uma gestão mais transparente e participativa, e que destinaria os recursos a projetos mais adequados à reparação dos danos causados aos titulares desses direitos.

Uma outra sugestão é a de que haja a distribuição dos recursos entre os titulares dos direitos individuais homogêneos lesados por origem comum, por meio de mecanismos simplificados e acessíveis de habilitação e pagamento das indenizações individuais^[15].

Alguns autores mais progressistas sugerem, ainda, a devolução dos recursos ao causador do dano, mas condicionada à adoção de medidas preventivas ou corretivas para evitar novas violações aos direitos individuais homogêneos lesados por origem comum^[16].

Autores mais afetos ao direito público, por sua vez, propõem a destinação dos recursos a entidades públicas ou privadas que atuem na defesa ou na promoção dos direitos individuais homogêneos lesados por origem comum, mediante critérios objetivos e transparentes de seleção e fiscalização^[17].

O que se pode constatar, em última análise, é que remanesce uma inadiável necessidade de se repensar a destinação dos recursos obtidos com o *fluid recovery* ao fundo de reconstituição dos bens lesados previsto no art. 13 da LACP, buscando-se uma solução mais efetiva, legítima e proporcional para a reparação dos danos causados aos direitos individuais homogêneos lesados por origem comum.

Não se pode olvidar que a doutrina tem se posicionado sobre essa questão, sugerindo alguns critérios que poderiam orientar a definição dos projetos beneficiados pelo fundo do *fluid recovery*. Entre esses critérios, destaca-se o da pertinência temática entre o projeto e a origem comum do dano causado aos direitos individuais homogêneos^[18]. Esse critério visa garantir uma relação de causalidade entre o dano sofrido pelos titulares desses direitos e o benefício proporcionado pelo projeto. Por exemplo, se o dano decorreu de uma prática abusiva de cobrança de tarifas bancárias, o projeto beneficiado pelo fundo deveria ter como objetivo a educação financeira dos consumidores ou a fiscalização das instituições financeiras.

Um outro critério seria o da proporcionalidade entre o valor do projeto e o valor do dano causado aos direitos individuais homogêneos^[19]. Esse critério visa evitar que o projeto seja superdimensionado ou subdimensionado em relação ao dano sofrido pelos titulares desses direitos. Por exemplo, se o dano decorreu de um vício de qualidade em um produto alimentício, o projeto beneficiado pelo fundo deveria ter um custo compatível com o prejuízo causado aos consumidores.

Parte da doutrina defende ainda a preconização da efetividade do projeto para a reparação dos bens lesados ou para a prevenção de novas lesões aos interesses difusos e coletivos^[20]. Esse critério visa avaliar se o projeto é capaz de produzir os resultados esperados em termos de restauração do *status quo ante* ou de melhoria da situação jurídica dos titulares dos direitos individuais homogêneos. Por exemplo, se o dano decorreu de uma poluição ambiental, o projeto beneficiado pelo fundo deveria ter como objetivo a recuperação da área afetada ou a redução das emissões poluentes.

Por fim, pode-se citar, também, como solução, a participação dos titulares dos direitos individuais homogêneos na elaboração, na execução e no monitoramento do projeto a ser beneficiado com os valores do fundo^[21]. Esse critério visa garantir que os interessados tenham voz ativa na definição dos projetos beneficiados pelo fundo, bem como na fiscalização da sua aplicação. Por exemplo, se o dano decorreu de uma discriminação racial, o projeto beneficiado pelo fundo deveria contar com a colaboração das entidades representativas dos grupos raciais afetados.

Portanto, verifica-se que há uma necessidade de se estabelecer critérios claros e objetivos para a definição dos projetos que serão beneficiados pelos recursos obtidos com o *fluid recovery* ao fundo de reconstituição dos bens lesados previsto no art. 13 da LACP, buscando-se uma solução mais justa, transparente e participativa para a reparação dos danos causados aos direitos individuais homogêneos lesados por origem comum.

4 PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA OU DE INTERPRETAÇÃO JUDICIAL PARA APRIMORAR A EFETIVIDADE DO *FLUID RECOVERY* E A REPARAÇÃO DOS DANOS COLETIVOS

Como visto na seção anterior, o *fluid recovery* é um instituto que visa conferir efetividade à tutela dos direitos individuais homogêneos lesados por origem comum, mas que enfrenta diversos desafios e controvérsias na sua aplicação prática. Entre esses desafios e controvérsias, destaca-se a destinação dos recursos obtidos com a liquidação e execução coletiva ao fundo de reconstituição dos bens lesados previsto no art. 13 da LACP, que tem sido alvo de críticas quanto à sua eficácia e legitimidade.

Diante desse cenário, surgem algumas propostas de alteração legislativa ou de interpretação judicial que visam aprimorar a efetividade do *fluid recovery* e a reparação dos danos coletivos. Essas propostas podem ser agrupadas em três categorias.

A primeira, de natureza legislativa, visa modificar o destino dos recursos obtidos com o *fluid recovery*, seja criando fundos específicos para cada categoria de direitos individuais homogêneos lesados por origem comum, seja distribuindo os recursos entre os titulares desses direitos, seja devolvendo os recursos ao causador do dano condicionado à adoção de medidas preventivas ou corretivas, seja destinando os recursos a entidades públicas ou privadas que atuem na defesa ou na promoção desses direitos.

É o que se extrai do Projeto de Lei nº 1.641/2021, de autoria do Deputado Federal Felipe Carreras (2021)^[22]. Esse projeto propõe alterar a Lei nº 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, para estabelecer que os recursos provenientes do *fluid recovery* sejam destinados a fundos específicos para cada categoria de direitos individuais homogêneos lesados por origem comum, e não mais ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD), como previsto atualmente pelo art. 13 da referida lei. O projeto também prevê que os fundos específicos sejam geridos por conselhos gestores compostos por representantes do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Ordem dos Advogados do Brasil e de entidades civis relacionadas à categoria de direitos individuais homogêneos lesados por origem comum.

A segunda proposta, também de natureza legislativa, objetiva alterar os critérios para a definição dos projetos beneficiados pelos recursos do fundo de reconstituição dos bens lesados, seja estabelecendo critérios de pertinência temática, proporcionalidade, efetividade e participação, seja criando mecanismos de transparência e controle social sobre a gestão e a aplicação desses recursos.

É o que consta do Projeto de Lei nº 5.139/2020, de autoria do Deputado Federal Rodrigo Agostinho (2020)^[23]. Esse projeto propõe alterar a Lei nº 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, para estabelecer que os recursos do fundo de reconstituição dos bens

lesados sejam destinados a projetos que tenham relação direta com o bem jurídico lesado e que sejam proporcionais ao dano causado e à extensão da lesão.

O projeto também prevê que os projetos beneficiados sejam selecionados por meio de editais públicos, com ampla divulgação e participação social, e que sejam fiscalizados pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, garantindo, assim, maior efetividade na reparação dos danos coletivos e uma maior transparência e controle social na gestão dos recursos do fundo.

Uma última proposta, ainda de caráter legislativo, visa alterar os requisitos para a realização do *fluid recovery*, seja ampliando o prazo para a habilitação dos interessados na execução individual, seja exigindo a demonstração da inviabilidade ou da ineficácia das execuções individuais, seja admitindo o *fluid recovery* apenas em casos excepcionais e justificados.

Tal proposta também vem inserta Projeto de Lei nº 1.641/2021, de autoria do Deputado Federal Felipe Carreras (2021)^[24] e tem por objeto a alteração o art. 100 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que disciplina o *fluid recovery*.

O Projeto estabelece a alteração do CDC, para determinar, em síntese, o seguinte: 1) que o prazo para a habilitação dos interessados na execução individual seja de cinco anos, e não mais de um ano, a contar do trânsito em julgado da sentença condenatória genérica; 2) que a legitimidade dos substitutos processuais para promover a liquidação e execução da indenização devida dependa da demonstração da inviabilidade ou da ineficácia das execuções individuais, considerando-se os custos processuais, os honorários advocatícios e o valor individual das indenizações; e 3) que o *fluid recovery* seja admitido apenas em casos excepcionais e justificados, quando não for possível identificar ou individualizar os titulares dos direitos individuais homogêneos lesados ou quando houver risco de prescrição ou decadência dos direitos individuais homogêneos.

Não se pode olvidar que nada impede que algumas dessas propostas possam ser determinadas pelo magistrado no caso concreto, a partir de uma interpretação sistemática e teleológica do microsistema da tutela coletiva, a exemplo da destinação dos valores reparatórios para fundos específicos para cada categoria de direitos individuais homogêneos lesados.

Nesse caso, entende-se que o juiz não estaria atuando na qualidade de legislador positivo, mas sim adotando uma postura mais progressista para a concretização de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, cumprindo, assim, o seu papel finalístico de pacificação social^[25].

Como se pode perceber, todas as propostas apresentadas têm em comum o objetivo de buscar uma solução mais adequada para a reparação dos danos causados aos direitos individuais homogêneos lesados, levando em conta os princípios constitucionais que regem as relações privadas, como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a função social da propriedade e do contrato, a defesa do consumidor e do meio ambiente, entre outros.

Deve-se ressaltar, todavia, que todas essas propostas carregam consigo ônus e bônus que devem ser analisados com cautela e ponderação. A criação de fundos específicos para cada categoria de direitos individuais homogêneos lesados por origem comum pode, por exemplo, favorecer uma gestão mais transparente e participativa dos recursos obtidos com o *fluid recovery*, bem como uma destinação mais adequada à reparação dos danos causados aos titulares desses direitos. No entanto, também pode implicar em um aumento da burocracia e da complexidade administrativa, bem como em uma fragmentação e dispersão dos recursos disponíveis para a tutela coletiva.

Além disso, se de um lado a distribuição dos recursos entre os titulares dos direitos individuais homogêneos lesados pode favorecer uma reparação mais direta e integral dos danos sofridos por esses titulares; de outro, essa medida pode implicar em uma dificuldade operacional para identificar e localizar esses titulares, bem como em uma perda da função social e educativa do *fluid recovery*, que visa também prevenir novas violações aos interesses difusos e coletivos.

Cite-se como exemplo, ademais, que apesar de a proposta de devolução dos recursos ao causador do dano condicionada à adoção de medidas preventivas ou corretivas favorecer uma mudança de comportamento do causador do dano, essa medida também pode implicar em uma insuficiência da sanção imposta ao causador do dano, que poderia se beneficiar de sua própria torpeza ou má-fé.

Um outro ponto de contradição diz respeito à proposta de destinação dos recursos a entidades públicas ou privadas que atuem na defesa ou na promoção dos direitos individuais homogêneos lesados por origem comum. Isso porque, se por um lado essa medida favorece uma ampliação do alcance e do impacto social do *fluid recovery*, que passaria a beneficiar não apenas os titulares desses direitos, mas também toda a coletividade afetada ou interessada por esses direitos; por outro lado, essa medida pode implicar em uma dificuldade para selecionar e fiscalizar essas entidades, bem como em um possível desvirtuamento ou desvio dos recursos destinados à tutela coletiva.

Portanto, a despeito das diversas propostas de alteração legislativa ou de interpretação judicial para aprimorar a efetividade do *fluid recovery* e a reparação dos danos coletivos, essas propostas devem ser avaliadas com base nos seus méritos e deméritos, bem como nos seus reflexos jurídicos e sociais, de sorte que o debate sobre

esse tema é fundamental para o desenvolvimento de um sistema jurídico mais justo, democrático e eficiente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo analisar o destino dos valores arrecadados com o *fluid recovery*, que é um mecanismo processual previsto no art. 100 do Código de Defesa do Consumidor e no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública, e visa conferir efetividade à tutela dos direitos individuais homogêneos de origem comum.

Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se de fontes primárias e secundárias, com uma abordagem qualitativa e crítica. A hipótese inicial defendida foi a de que a destinação dos recursos obtidos com o *fluid recovery* ao fundo de reconstituição dos bens lesados previsto no art. 13 da LACP é insuficiente e inadequada para garantir a reparação integral dos danos causados aos titulares dos direitos individuais homogêneos e aos interesses difusos e coletivos, de modo que há uma violação ao princípio do *restitutio in integrum*.

No desenvolvimento do artigo, foram abordados os seguintes tópicos: o conceito e a natureza jurídica do *fluid recovery* no direito brasileiro; a previsão legal do *fluid recovery* no CDC e na LACP; a análise crítica da destinação dos recursos obtidos com o *fluid recovery* ao fundo de reconstituição dos bens lesados; e as propostas de alteração legislativa ou de interpretação judicial para aprimorar a efetividade do *fluid recovery* e a reparação dos danos coletivos.

Como resultado da pesquisa, foi possível confirmar a hipótese inicial, constatando-se que a destinação dos recursos obtidos com o *fluid recovery* ao fundo de reconstituição dos bens lesados apresenta diversos problemas, tais como: a falta de transparência e de controle social sobre a gestão e a aplicação desses recursos; a ausência de critérios claros e objetivos para a definição dos projetos beneficiados por esses recursos; a incompatibilidade entre a natureza dos danos causados aos direitos individuais homogêneos e a natureza dos bens lesados que podem ser reparados pelo fundo; e a violação dos princípios constitucionais que regem as relações privadas.

Diante disso, foram sugeridas algumas propostas de alteração legislativa ou de interpretação judicial que visam aprimorar a efetividade do *fluid recovery* e a reparação dos danos coletivos. Essas propostas envolvem: modificar o destino dos recursos obtidos com o *fluid recovery*, criando fundos específicos para cada categoria de direitos individuais homogêneos lesados por origem comum, distribuindo os recursos entre os titulares desses direitos, devolvendo os recursos ao causador do dano condicionado à adoção de medidas preventivas ou corretivas, ou destinando os recursos a entidades públicas ou privadas que

atuem na defesa ou na promoção desses direitos; modificar os critérios para a definição dos projetos beneficiados pelos recursos do fundo de reconstituição dos bens lesados, estabelecendo critérios de pertinência temática, proporcionalidade, efetividade e participação, criando mecanismos de transparência e controle social sobre a gestão e a aplicação desses recursos; modificar os requisitos para a realização do *fluid recovery*, ampliando o prazo para a habilitação dos interessados na execução individual, exigindo a demonstração da inviabilidade ou da ineficácia das execuções individuais, ou admitindo o *fluid recovery* apenas em casos excepcionais e justificados.

Por fim, conclui-se que o *fluid recovery* é um instituto de distinta relevância social, uma vez que visa garantir uma tutela mais eficaz dos direitos individuais homogêneos, mas que necessita de uma reformulação legislativa ou de uma interpretação judicial mais adequada a fim de evitar que se torne um instrumento de injustiça ou de impunidade, sem um resultado social efetivo. Enfim, O debate sobre esse tema é fundamental para o desenvolvimento de um sistema jurídico mais justo, democrático e eficiente.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.641/2021**. Altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências, para modificar o destino dos recursos obtidos com a *fluid recovery*. Autor: Deputado Felipe Carreras (PSB/PE).

Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2281149>.

Acesso em: 17 abril 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.641/2021**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, para modificar os requisitos para a realização do *fluid recovery*. Autor:

Deputado Felipe Carreras (PSB/PE). Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2281149>.

Acesso em: 17 abril 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.139/2020**. Altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências, para modificar os critérios para a definição dos projetos beneficiados pelos recursos do fundo de reconstituição dos bens

lesados. Autor: Deputado Rodrigo Agostinho (PSB/SP). Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2263626>.
Acesso em: 17 abril 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em: 17 abril 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 set. 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 202100739810**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 10 de maio de 2023. Disponível em:
<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=202100739810&b=ACOR>.
Acesso em: 15 março 2023.

CARDOSO, Oscar Valente. **A “Fluid Recovery” do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

FREITAS, Danielli Xavier. **Aspectos relevantes da “fluid recovery” do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em:
<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/aspectos-relevantes-da-fluid-recovery-do-artigo-100-do-codigo-de-defesa-do-consumidor/143563350>. Acesso em: 15 março 2023.

IANCI, Mirna. **Dano moral: critérios de quantificação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direitos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A reparação fluida no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

OSNA, Gustavo. **Direitos individuais homogêneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RODRIGUES NETO, Arnaldo. **Da reparação fluída (fluid recovery) como instrumento de efetividade às decisões em ações coletivas sobre direitos individuais homogêneos nas relações de consumo**. São Paulo: Dialética, 2023.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Dano moral coletivo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Geocarlos Augusto Cavalcante da. **Direitos individuais homogêneos: aspectos materiais, processuais e sua natureza jurídica**. São Paulo: LTr, 2015.

SILVA, Geocarlos Augusto Cavalcante da. **Direitos individuais homogêneos: aspectos materiais, processuais e sua natureza jurídica**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012.

VENTURI, Elton. **A fluid recovery brasileira na atual jurisprudência do STJ e na proposta de reforma da Lei da Ação Civil Pública (PL 1641/21)**. Migalhas de Responsabilidade Civil, São Paulo, ano 11, n. 30, p. 01-15, abr. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/384177/a-fluid-recovery-brasileira-na-atual-jurisprudencia-do-stj>. Acesso em: 15 março 2023.

VENTURI, Elton. **A fluid recovery brasileira na atual jurisprudência do STJ e na proposta de reforma da Lei da Ação Civil Pública (PL 1641/21)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023.

NOTAS:

^[1] RODRIGUES NETO, Arnaldo. Da reparação fluída (fluid recovery) como instrumento de efetividade às decisões em ações coletivas sobre direitos individuais homogêneos nas relações de consumo. São Paulo: Dialética, 2023. p. 23-24.

^[2] VENTURI, Elton. A fluid recovery brasileira na atual jurisprudência do STJ e na proposta de reforma da Lei da Ação Civil Pública (PL 1641/21). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023. p. 15-18.

^[3] BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 set. 1990. p. 18035. Art. 100.

^[4] BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 jul. 1985. p. 10159. Art. 13. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em: 17 abril 2023.

^[5] CARDOSO, Oscar Valente. A "Fluid Recovery" do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. p. 27-29.

- [6] VENTURI, Elton. A fluid recovery brasileira na atual jurisprudência do STJ e na proposta de reforma da Lei da Ação Civil Pública (PL 1641/21). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023. p. 17-18.
- [7] VENTURI, Elton. A fluid recovery brasileira na atual jurisprudência do STJ e na proposta de reforma da Lei da Ação Civil Pública (PL 1641/21). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023. p. 18-19.
- [8] MORAES, Maria Celina Bodin de. A reparação fluída no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 45-46.
- [9] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 202100739810. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 10 de maio de 2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=202100739810&b=ACOR>. Acesso em: 15 março 2023.
- [10] CARDOSO, Oscar Valente. A "Fluid Recovery" do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. p. 51-52.
- [11] VENTURI, Elton. A fluid recovery brasileira na atual jurisprudência do STJ e na proposta de reforma da Lei da Ação Civil Pública (PL 1641/21). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023. p. 23-24.
- [12] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: obrigações. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2023. p. 43-44.
- [13] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2019. p. 90-91.
- [14] SILVA, Geocarlos Augusto Cavalcante da. Direitos individuais homogêneos: aspectos materiais, processuais e sua natureza jurídica. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012. p. 131-132.
- [15] OSNA, Gustavo. Direitos individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 252.
- [16] SALOMÃO, Luis Felipe. Dano moral coletivo. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 138.
- [17] SILVA, Geocarlos Augusto Cavalcante da. Direitos individuais homogêneos: aspectos materiais, processuais e sua natureza jurídica. São Paulo: LTr, 2015. p. 140.
- [18] RODRIGUES NETO, Arnaldo. Da reparação fluída (fluid recovery) como instrumento de efetividade às decisões em ações coletivas sobre direitos individuais homogêneos nas relações de consumo. São Paulo: Dialética, 2023. p. 131.

[19] IANCI, Mirna. Dano moral: critérios de quantificação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 76.

[20] SILVA, Geocarlos Augusto Cavalcante da. Direitos individuais homogêneos: aspectos materiais, processuais e sua natureza jurídica. São Paulo: LTr, 2015. p. 141.

[21] OSNA, Gustavo. Direitos individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 156.

[22] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.641/2021. Altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências, para modificar o destino dos recursos obtidos com a fluid recovery. Autor: Deputado Felipe Carreras (PSB/PE). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2281149>. Acesso em: 17 abril 2023.

[23] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.139/2020. Altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências, para modificar os critérios para a definição dos projetos beneficiados pelos recursos do fundo de reconstituição dos bens lesados. Autor: Deputado Rodrigo Agostinho (PSB/SP). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2263626>. Acesso em: 17 abril 2023.

[24] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.641/2021. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, para modificar os requisitos para a realização do fluid recovery. Autor: Deputado Felipe Carreras (PSB/PE). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2281149>. Acesso em: 17 abril 2023.

[25] MORAES, Alexandre de. Direitos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 42.

A VIOLÊNCIA AO DOCENTE NO ÂMBITO ESCOLAR

DENER NERES CAMINHA:

Advogado e Pós-graduado
em Direito Processual Civil.⁹

RESUMO: O presente artigo discorre sobre a violência praticada no âmbito escolar tendo o educador como vítima, é um trabalho que abrangeu publicações científicas publicadas entre 1996 e 2015. Nos últimos anos tem se acompanhado crescentes protestos realizados pelos educadores por melhorias na profissão. O que se observa é que esses protestos vão além de pedidos por melhores salários e estrutura de ensino, trata-se de um pedido por respeito e proteção também. Infelizmente a violência se estendeu a instituição escolar o que gera insegurança nos profissionais que nela atuam. Por esse motivo estão sendo criados projetos de leis que visam o combate as agressões sofridas pelo educador através de um enfoque punitivo e educativo. Sendo assim, este trabalho tem por objetivo identificar, analisar e esclarecer aspectos da violência escolar sofrido pelo educador, desconhecidos até então pela sociedade, além de promover um estímulo a reflexão sobre o tema alvo do estudo e apresentar a construção de uma legislação que ampare o professor, protegendo sua integridade física, psicológica e social.

Palavras-chave: Violência escolar; Educador; Vítima; Respeito; Proteção.

ABSTRACT: This article discusses the violence in schools where the teacher is the victim. Scientific papers published from 1996 to 2015 are included in it. In recent years protests by educators has been growing, aiming improvements in their jobs. What is observed is that these protests go beyond requests for better wages and educational structure, it is a request for respect and protection as well. Unfortunately, the violence spread to the school institution which creates insecurity among professionals who work in it. Therefore laws are being created projects aimed at combating the aggression suffered by the educator through a punitive and educational focus. Thus, this study aims to identify, analyze and clarify aspects of school violence suffered by the educator, unknown by society, and promote stimulating reflection on the study of the target subject and present the construction of a law that encompasses professors, protecting their physical, psychological and social.

Key Words: school violence; Educator; Victim; Respect; Protection.

INTRODUÇÃO

⁹ E-mail: denerner_3@hotmail.com

A violência está cada vez mais presente no cotidiano da sociedade, sendo um fenômeno que causa preocupação mundial. Abrange aspectos como sociais, psicológicos e físicos, atingindo a todas as classes sociais, raças, credos e culturas. Por isso, é um tema constantemente abordado nos grandes meios de comunicação de massa. O termo violência significa usar a **agressividade** de forma intencional e excessiva para ameaçar ou cometer algum ato que resulte em **acidente, morte ou trauma psicológico**.

As causas que envolvem a violência são muitas e está presente em vários segmentos da vida humana. Atualmente a mesma tem se manifestado dentro das escolas, sendo elas em maioria públicas e é utilizando elas que estamos desenvolvendo esse artigo. O local que deveria ser o berço da educação está sendo palco de muitos conflitos entre professores e alunos, o que faz muitos educadores questionarem seu papel e valor como profissionais. Há muito, os conflitos deixaram de ser um evento esporádico e particular no cotidiano das escolas brasileiras para se tornarem, talvez, um dos maiores obstáculos pedagógicos dos dias atuais (AQUINO, 1996, p.09).

É de fundamental importância ressaltar que não somente os alunos são vítimas da violência presente nas escolas, mas os adultos também são em especial os professores. Tornou-se comum ouvir relatos de educadores que já sofreram algum tipo de ameaça de agressão física e de morte.

Isso se dá em diferentes contextos, como quando o professor tem que arbitrar uma punição por um ato tido como ilícito, ou quando o educador está exercendo seu papel como tal e impõe sua autoridade dentro de sala chamando a atenção de alunos que se recusam assistir aula e atrapalham os demais.

A questão é no Brasil existem várias normativas jurídicas e institucionais que protegem crianças e adolescentes, além de assegurar, ao menos na letra da lei, seus direitos humanos fundamentais. Sendo assim estão protegidas por meio da legislação em relação a qualquer ato de agressão realizado contra as mesmas, porém não existem medidas semelhantes que se apliquem ao educador. Não existe nenhuma medida de proteção ao professor hoje (BATISTA, 2015).

É necessário que se tenha uma convivência harmoniosa no ambiente escolar, isso é fundamental para a prática da cidadania o que se nota é que ao invés disso tem se criado um forte sentimento de insegurança, abandono, impotência e medo por parte de muitos educadores, cuja alternativa é o conformismo e a interiorização de situações negativas gerando consequências maléficas para os indivíduos e a instituição.

I. PRINCIPAIS CONFLITOS NO ÂMBITO ESCOLAR

Por muitos anos a figura do professor era vista pela sociedade como sinônimo de autoridade e respeito, onde o mesmo tinha controle absoluto sobre sua classe e seus alunos. No entanto essa visão vem sendo moldada no decorrer dos anos, nos dias atuais o educador é alvo de inúmeros atos de violência e desrespeito, afetando não só o convívio escolar como também o psicológico dos educadores. De acordo com uma pesquisa realizada pelo Centro dos Professores do Estado do Rio Grande do Sul (CPERS), 40% das licenças de saúde são por motivos de doenças psicológicas.

Dentre os diversos conflitos escolares podem-se destacar os atritos envolvendo professores e alunos, o que vem se tornando bastante comum em escolas brasileiras. Um dos principais motivos de desavenças vem sendo a falta de respeito em que muitos alunos e pais tratam os professores, conseqüentemente ocasionando violência verbal podendo agravar-se para violência física. Como retrata o Dep. Federal do Distrito Federal Prof. Israel em seu discurso sobre a violência contra o professor e o Projeto de Lei de Proteção ao Professor (2015, 25ª sessão ordinária, p.11):

“Nosso País confundiu democracia com democratismo, liberdade com libertinagem, e o Estado trata o professor com absoluta displicência. Esse comportamento é reproduzido pela sociedade quando pais de alunos sentem-se no direito de ofenderem os professores com palavras, de invadirem as escolas e agredirem fisicamente os professores, quando os estudantes enxergam no professor mais um empregado, perdendo o respeito histórico que o mestre precisa ter numa sociedade civilizada. Hoje tudo isso é confundido com modernização do sistema de educação, mas uma coisa não tem nada a ver com a outra.”

Uma pesquisa realizada pelo Sindicato dos Professores de Ensino Oficial de São Paulo (Apeosp) revela que cerca de 40% dos professores da rede estadual sofreram algum tipo de violência na instituição de ensino, onde 39% afirmam ter sido vítima de agressão verbal, 10% dos docentes dizem ter sofrido assédio moral, 6% foi alvo de bullying e 5% foram agredidos fisicamente. Esses dados mostram nada mais do que a falta de proteção ao docente, pois se pode perceber que a maioria dos professores já sofreram ou ainda sofrem violência no seu ambiente de trabalho.

Muitos professores são vítimas de agressões verbais que partem não só dos alunos, mas de seus pais também. Isso resulta em vários danos com distintas conseqüências tanto na vida do próprio indivíduo como também na qualidade de ensino na instituição onde atua. A literatura diz que o magistério é uma das profissões mais

atingidas pela Síndrome de Burnout. Em uma pesquisa realizada pela UNESCO, estão listadas algumas referências de agressão verbal direcionada ao professor como:

“Palavras agressivas, violência verbal de baixo calão, resposta de alunos com nomes feios, agressão aos ouvidos com palavrões, berros, insultos, injúrias, acusação difamatória, acusações indevidas, violência verbal por nota, ridicularizações, ironias.”

A principal reclamação dos educadores não é a questão salarial e sim as agressões sofridas diariamente em sala de aula como afirma o psiquiatra Lenine da Costa Ribeiro que a 25 anos está à frente de terapias em grupo com professores da rede pública:

“O medo dos alunos, as situações de agressão e humilhação e a sensação de impotência são as queixas mais comuns nas reuniões. Fala-se sempre sobre salário ou infraestrutura das escolas, mas a insegurança do professor em relação aos alunos é um tema bem mais frequente. Os professores reclamam mais do medo que do salário.”

A violência vem causando sérios problemas não só ao docente, mas com a educação do Brasil em geral, pois com professores cada vez mais refém da violência o ensino se encontra também prejudicado, piorando ainda mais o problema de falta de educação no Brasil.

Em meio a tanta violência é necessário que a integridade física e psíquica dos educadores seja assegurada, por isso muitos projetos de leis foram criados para proteger os direitos dos professores, mostrando a importância do mesmo e as dificuldades pelo qual passa dia a dia ao exercício de sua profissão. Infelizmente nenhum dos projetos criados se encontra em exercício, dificultando ainda mais a proteção ao educador.

II. A VIOLÊNCIA NO AMBIENTE ESCOLAR E SUA ORIGEM

A partir da década de 80, o tema violência no âmbito escolar vem ganhando destaque e gerando repercussão e discussão no meio acadêmico e público. Essa violência manifesta-se inicialmente por meio de ações contra o patrimônio escolar: depredações, pichações, invasões, assaltos (SPOSITO, 1998). Nos anos 90, esse quadro piora ainda mais, a violência que antes era direcionada a estrutura física da escola passou a se estender aos próprios integrantes da instituição, sendo estes os principais produtores de atos de vandalismo, agressões e ameaças (realizado por alunos).

Para se ter uma maior noção sobre esse tema, é necessário entender certas definições que são usadas, por mais que ainda não se tenha chegado a uma conclusão clara sobre elas. De acordo com CHARLOT (2002), existe a:

“Violência na escola: quando a escola é o local de violências que não estão relacionadas à natureza e às atividades da própria instituição (quando certos grupos invadem o espaço escolar para resolver disputas do bairro, as quais, portanto, poderiam acontecer em qualquer outro lugar);

Violência à escola: tipo de violência relacionada às práticas da própria instituição e que se manifesta por meio de ações contra a instituição (como depredações, incêndios ou agressão aos professores);

Violência da escola: tipo de violência simbólica, institucional, que se revela na adoção de um tratamento classificatório e excludente em relação aos alunos (como modos de composição das classes, de atribuição de notas, atos ou palavras consideradas pelos alunos como desrespeitosos ou racistas). Violência essa que deve ser analisada junto com a violência à escola, uma vez que estão imbricadas.”

Segundo Charlot, saber essas diferenças é de suma importância, se por um lado à escola pode parecer impotente (embora não totalmente), por outro ela detém a maior capacidade para desenvolver medidas em face à violência.

Esse é um tema que ao nos depararmos se faz necessário fazer uma série de reflexões. A questão não é só identificar os conflitos que se manifestam nesse ambiente, é também analisar as suas possíveis causas. É interessante ressaltar que na maioria das vezes a própria instituição desconsidera o meio social e o valores em que o discente está inserido.

Vários são os fatores que leva alguém a ter um comportamento violento, entre eles se destaca a pobreza. É ela uma das principais responsáveis pela violência na atual sociedade, conseqüentemente essa violência se estende ao ambiente escolar. Observa-se que isso vai além da pobreza propriamente dita, isso é uma questão de desigualdade social, ou seja, resultado de uma má distribuição de renda, que por sua vez afeta a maior parte da população.

O país tem passado por crises econômicas nas últimas décadas, o que dificultou a vida de muitos brasileiros. Por esse motivo muitos menores são obrigados a trabalhar para ajudar no sustento da família. Esses trabalhos vão de pedir esmolas a cometer furtos,

muitos desses menores acabam sendo expostos a situações de perigo e posteriormente envolvem-se com a violência. É nesse momento que, além de vítimas eles tornam-se agressores. Para CRUZ-NETO; MOREIRA (1998, p.437).

“A população infanto-juvenil constitui um dos segmentos mais prejudicados pelos problemas socioeconômico-culturais do país.”

A partir desse exemplo podemos perceber como a vivência em locais e com pessoas violentas podem propiciar a ocorrência e a ascensão da violência, que posteriormente é refletida no âmbito escolar. É bem verdade que as causas para esses conflitos vão bem além de um fator econômico, aspectos culturais, históricos e políticos também explicam a origem dessa violência praticada nas escolas.

Nesse sentido temos um fator sociocultural:

- a) Exclusão social;
- b) Meios de comunicação e sua influência (modelos de conduta violenta);
- c) Discriminação racial;
- d) Uso da violência como meio de resolução de problemas (nas diferentes áreas de relações: Estado, família, amigos, vizinhança, etc);
- e) Ausência e ineficácia de políticas públicas.

Indivíduos que são criados em locais violentos costumam reproduzir condutas semelhantes. Pessoas antissociais e superagressivos geralmente são oriundas de ambientes onde não existe uma boa estrutura familiar, o ideal seria que essas crianças e adolescentes tivessem uma atenção, um suporte familiar para se desenvolverem como cidadãos, porém quando nos colocamos diante da realidade nos deparamos com algo bem diferente, ao invés de encontrarem o amparo familiar para se desenvolverem como membros de uma sociedade acabam sendo influenciados pelos maus exemplos dos pais ou responsáveis e amigos do local onde vivem etc.

Fator familiar:

- a) Falta de atenção por parte dos pais ou responsáveis;
- b) Frequentes discussões entre os responsáveis ou progenitores;
- c) Desvios sociais dos pais e parentes;
- d) Incoerência na forma de tratamento (ora muito mimo, ora muita punição);

- e) Ameaças de punições físicas (que por sua vez podem gerar traumas psicológicos);
- f) E a própria agressão física (que podem ser muito dolorosas e acontecerem frequentemente).

Fator comunitário:

- a) Fácil acesso a armas e drogas;
- b) Gangues próximas da região escolar;
- c) Exposição indireta e direta á violência comunitária;
- d) Degradação comunitária;
- e) Falta de proteção e serviços sociais.

Fator individual:

- a) Amizades com comportamentos agressivos
- b) Insucesso social e acadêmico no âmbito escolar;

Fator escolar:

- a) Estrutura escolar precária;
- b) Falta de recursos para se trabalhar e aprender;
- c) Deficiência no relacionamento aluno e professor;
- d) Salas de aula superlotadas;
- e) Falta de políticas disciplinadoras consistentes;
- f) Existência de muitas regras restritivas;
- g) Escolas em que pouco se fala nas opiniões e direitos de alunos e professores;
- h) Falta de medidas preventivas.

É nítido que esses fatores influenciam de forma negativa na conduta desses indivíduos, tanto na sua vida pessoal no convívio com parentes e amigos, como dentro do

local onde estudam. No entanto, apesar da violência ser conhecida fora dos muros da escola, nota-se que ela pode se desenvolver ou não dentro desse ambiente e tudo vai depender da maneira como essas crianças e adolescentes percebem o local onde estudam.

É claro que o papel do educador não é de criar os filhos alheios, as palavras mais corretas a serem usadas são formar, orientar, despertar para o conhecimento e para as muitas possibilidades de uma vida melhor que a educação e a aprendizagem geram. Segundo Freire (1996, p.96)

“[...] o bom professor é o que consegue, enquanto fala trazer o aluno até a intimidade do movimento do seu pensamento. Sua aula é assim um desafio e não uma ‘cantiga de ninar’. Seus alunos cansam não dormem. Cansam porque acompanham as idas e vindas de seu pensamento, surpreendem suas pausas, suas dúvidas, suas incertezas.”

III. PROJETOS DE LEI COMO FERRAMENTA DE PROTEÇÃO AO EDUCADOR

Após vários estudos e pesquisas realizadas ao decorrer de um passado recente, ficou comprovada a hostilidade contra ao professor. E conseqüentemente os responsáveis começaram a fazer seus papeis. Existem hoje alguns projetos de leis transitando no plenário para isto posto serem aprovados e que assim realmente se torne uma ferramenta á favor do educador.

A violência em que se trata, atinge o principal pilar do sistema de ensino, seu agente humano mais importante em que antigamente era fadado da mais alta reverência por parte da comunidade, o professor. Como demonstra a doutora em educação Tania Maria Scuroe Mendes e sua aluna Juliana Mousquer Torres em seu estudo “A Vitimização de Professores e a Alunocracia na Educação Básica” pesquisa realizada com professores da rede pública e privada de dez escolas na grande Porto Alegre (2009, p.1):

“Constata-se que 58% desses docentes não se sentem seguros em relação a condições ambientais e psicológicas nos seus contextos de trabalho e 87% não se consideram amparados pela legislação educacional quando se vê em vítimas de agressões encetadas por alunos. Nestas circunstâncias e como conclusão, 89% dos professores gostariam de poder contar com leis que os amparassem no que tange esta problemática.”

A situação chegou a tal ponto que é hora de propor um pacto em favor da educação, o sistema primordial do desenvolvimento cultural, social e econômico do país, começando pela defesa dos professores e demais educadores. Com base nas conclusões

de estudos, foram elaborados os presentes projetos de lei, com a estratégia legislativa de fortalecer o aparato jurídico-instrumental de proteção aos professores.

E antes de serem citados tais projetos de leis é importante ressaltar que a interpretação superficial da legislação, especialmente do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) tem se voltado contribuinte para um sentimento de impunidade em relação aos jovens agressores, pois não presumir medidas rigorosas de punição, os alunos não reconhecem a autoridade do professor e se acham com o direito de desrespeitá-los.

Do ponto de vista legal, os professores podem contar apenas com o Art. 331 do Decreto Lei 2848 de 1940 do Código Penal Brasileiro, que sublinha a pena relativa ao desacato de funcionário público no exercício, prevendo a pena de detenção de seis meses a dois anos ou multa (aos professores de escolas públicas). Portanto, os professores sentem ausência de políticas que os ampare de forma ampla e garantam sua segurança no ambiente de trabalho.

Ainda assim com fatores desfavoráveis que se encontra no meio dos professores na escola e revoltas com a legislação que tende a favorecer os agressores por serem menores de idade, medidas estão sendo criadas para tentar harmonizar essa realidade, é o caso de vários projetos de leis como: 191/09; 178/09 (Senador Paulo Paim), 333/15 (lei de proteção ao professor- Deputado Israel), 604/11(Deputado Manuel Junior), PNAVE (Programa Nacional de Prevenção à Violência contra Educadores, Governador Rodrigo Rollemberg), 1225/11(Deputado Weliton Prado), entre outros.

Para ter um resultado significativo e satisfatório todos esses projetos devem contar com a colaboração de todos os órgãos públicos envolvidos, secretaria de educação, de segurança pública, entidades representativas dos estudantes e ministério público, onde cada um desses ramos desenvolva sua atividade em regime de colaboração. Em suma a violência contra o professor está sendo combatida, para prevalecer à integridade do mesmo e conseqüentemente sua motivação de lecionar.

Como já foi citada, a autoridade do professor hoje em dia perdeu sua importância, pois o professor não é mais visto com respeito e uma das medidas do projeto 333/15(Deputado Professor Israel) é de realmente, assegurar ao professor essa autoridade. Conforme podemos ver na PL 2015, nº333: Art.2. Fica assegurada a autoridade do professor no local da aula. *Parágrafo único:* "Cabe ao professor autorizar a entrada no local da aula de pessoa que não seja estudante ou integrante da instituição de ensino."

Nesse mesmo projeto no art.3 está assegurado prerrogativas ao professor em caso de perturbação da ordem ou ato de indisciplina ou desrespeito em aula, sem prejuízo das demais medidas previstas no regimento da instituição de ensino. E uma medida de

divulgação para que assim todos fiquem a par dos direitos dos professores o art.6 “As instituições de ensino devem fixar em todos os locais de aula placa informando que a proteção ao professor é assegurada por esta Lei”.

Outro projeto muito promissor é o PNAVE (PL 6.269/09) do atual governador de Brasília Sr. Rodrigo Rollemberg, que tem como uns dos objetivos implementar medidas preventivas, cautelares e punitivas em que educadores no exercício de suas funções, estejam sob risco de violência que possa comprometer sua integridade física e/ou moral.

Em seu artigo 4º que relata as medidas preventivas, cautelares e punitivas que serão aplicadas pelo Poder Público em suas diferentes esferas destacamos o inciso IV que haverá uma licença temporária do educador que está sofrendo ameaças ou se encontra em uma situação de risco, sem perda dos seus vencimentos. E na área penal, na qual o professor praticamente não tem amparo, a proposta do projeto de lei é de inserir sanções a esses agressores. De acordo com a Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 prescrita na ECA: “VI – Pena de Detenção de 12 meses a quatro anos, no caso de ato de desacato mediante agressão física ao educador no exercício da função ou em razão dela, para infrator em maioria penal e, aos menores de idade.”

E como já foi relatado o educador sofre também com perda patrimonial dos bens. Exemplo o seu carro apedrejado, danificado, riscado, furtos e roubos de material pessoal e entre outros casos. E nessas circunstâncias o Senador Paulo Paim abordou em seu projeto de Lei Nº191/09 Art.12, que cabe o juiz determinar, liminarmente, medidas para proteção patrimonial dos bens, conforme se vê: “II - Prestação de caução provisória, pelo agressor ou seus pais ou responsável legal, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência contra o professor”.

Nos dias atuais é recorrente acontecer esses atos e o educador não tem a quem apelar ou responsabilizar. No Art.19 do mesmo projeto está relatado que o juiz quando julgar a mais adequada aplicação da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, determinará que as obrigações sejam realizadas na instituição de ensino em que o agressor está matriculado.

Existem vários projetos bem elaborados e com um intuito de uma melhor convivência entre professores e alunos. Os projetos estão para serem aprovados e é isso que cada professor espera um dia. As normas são claras e abrangentes para toda a classe, não distinguindo pública ou privada. Tais projetos tem o propósito de fortalecer a posição jurídico-instrumental dos professores e por outro parâmetro atribuir maior responsabilidade jurídica às escolas, logo, dará ao professor o devido valor como profissional da educação, referindo se a classe indispensável para qualquer sociedade e a esperança de transformar o futuro do Brasil, pois a educação é o caminho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Temos discernimento que mudanças terão que ser realizadas, como procurou-se nesse breve estudo, incentivar o questionamento que merece atenção a análise da proteção ao professor no seu exercício. O presente artigo propôs apresentar de forma esclarecida a atual realidade da hostilidade do convívio entre aluno e professor. Podemos notar que professores do Brasil inteiro já foram ou são vítimas constantes de algum tipo de violência por alunos ou por familiares, cooperando para uma decadência ainda maior na educação Brasileira.

O aparato jurídico em alguns casos tem demonstrado pouca eficácia (por ser uma grande lacuna em branco em relação a normas concretas) com intuito de combater e prevenir a violência contra educadores nas escolas públicas e privadas, apesar de algumas tentativas como propostas de criação de projetos de Leis, porém os professores ainda continuam a mercê de condutas de crianças, adolescentes e jovens violentos. Em um estudo aponta que 9 em cada 10 professores brasileiros acreditam que a profissão não é valorizada pela sociedade. A conclusão da pesquisa é de que os professores gostam de seu trabalho, mas não se sentem apoiados e reconhecidos pela instituição escolar e se veem desconsiderados pela sociedade em geral. Isso gera uma desmotivação e alguns professores hoje aconselha alunos fazerem qualquer tipo de curso menos às licenciaturas que liga ao magistério, pois é a realidade é cruel, à falta de infraestrutura escolar, burocracias, cargas horárias absurdas, remuneração baixa, falta de respeito dos alunos, perda de autoridade em sala de aula, a violência e essa é a vida de alguns dos profissionais que vivem da educação.

É preciso resgatar a autoridade, a importância e o verdadeiro dever do professor em uma sala de aula e isso só é possível por meio da valorização do docente como aquele que vai preparar o estudante para sua vida acadêmica e profissional. As leis que são criadas estão servindo para o chamado redimensionamento do poder, onde os alunos por serem sabedores de seus privilégios com a legislação não medem as consequências de seus atos para com os professores. Para que a violência contra os educadores seja minimizada e haja um melhor convívio entre ambas as partes deve haver um esforço mútuo entre o estado, a sociedade, além de escolas com ideias que garantam a motivação do professor em dar aula e combatam a violência sofrida pelos mesmos, porque o professores são os incumbidos pela educação e sem a sua própria segurança e valorização no trabalho não podem contribuir para o desenvolvimento da sociedade e evolução do país.

REFERÊNCIAS

ABRANOVAY, Miriam. **Cotidiano das escolas: entre violências**, Brasília: UNESCO, Observatório de Violência, Ministério da Educação, 2005. P 404.

AQUINO, Julio Groppa. **A violência escolar e a crise da autoridade docente**. Cadernos Cedes. Campinas, v.19, n.47, p.7-19, dez, 1998.

BATISTA, Israel. "Discurso sobre a violência contra o professor e o Projeto de Lei de Proteção ao Professor". 2015. Disponível em: <<http://profisrael.com.br/diga-nao-a-violencia-contr-o-professor/>>. Acesso em: 28/08/2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei da Câmara dos Deputados** Nº1225, de 2011.

CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL. **Projeto de Lei da Câmara Legislativa** Nº333, de 2015.

CHARLOT, Bernard. **A violência na escola**: como os sociólogos franceses abordam essa questão. Sociologias. Porto Alegre, n.8, p.432-443, jul/dez. 2002.

COSTA, Maria E. & VALE, Dulce. **A violência nas escolas**. 1998. Disponível em <<HTTP://violenciaescola.spaces.live.com>>. Acesso em: 07/05/ 2015.

Estatuto de Criança e do Adolescente. Lei Federal 8.069/1990. Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do adolescente, 2001.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: Saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. "Brasil: campeão mundial na violência contra professores".2014.Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/136798228/brasil-campeao-mundial-na-violencia-contr-professores>>. Acesso em: 31/08/2015.

GUIMARÃES, Eloisa. **Escola, Galeras e Narcotráfico**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1998.

ORTEGA, R.; REY, R Del. Estratégias educativas para a prevenção da violência. Brasília: Unesco, 2002.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado** Nº191, de 2009.

SOUZA, Marcelle. "**Escola deve ser espaço de proteção e não de violência**". 2013. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/12/17/a-escola-tinha-que-ser-de-protecao-e-nao-de-reproducao-da-violencia.htm>>. Acesso em: 31/08/2015.

SPOSITO, Marília. **A instituição escolar e a violência**. Cadernos de Pesquisa. Fundação Carlos Chagas: São Paulo, n.104, 1998.

TOLEDO PINHEIRO, Flávio Cesar de. "**Estudo sobre o Menor infrator**". 2006. Disponível em <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2006/11/16/3931>>. Acesso em: 21/08/2015

A CONTRIBUIÇÃO DOS FILÓSOFOS DA ANTIGUIDADE NA EDUCAÇÃO E DIDÁTICA DO ENSINO SUPERIOR NA ATUALIDADE E A DEFICIÊNCIA DA CONTINUIDADE NO PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DA METODOLOGIA DIDÁTICA DA DOCÊNCIA DO ENSINO SUPERIOR.

ALESSANDRA CRISTINA SANTANA PICANÇO LIMA:

Pós-graduada em Direito pela Faculdade Venda Nova do Imigrante - FAVENI¹⁰

RESUMO: Este trabalho é um breve passeio pelos pensadores da antiguidade, fatos que influenciaram a educação e a metodologia utilizada hoje em instituições de ensino ao redor do mundo. Discute a influência do processo sofrido pelos grandes filósofos, que buscavam principalmente a liberdade de pensamento e sua difusão nos mais diversos estratos sociais. A evidente influência de todos os níveis de ensino, a necessidade de inovações relacionadas à didática na atualidade no que diz respeito ao grande avanço da tecnologia da informação. Tendo em vista os avanços tecnológicos, é importante destacar o aumento das modalidades de ensino a distância. No entanto, mostra a necessidade de educação continuada para acompanhar as mudanças educacionais e não distorcer fatos históricos no campo da pedagogia, bem como mesclar o uso de ferramentas existentes neste campo e aprimorar cada vez mais ferramentas no campo de ensino, resultando em uma didática constante e atualizada. Na Antiguidade, ocorreram mudanças fundamentais em nossa cultura, tornando-a cada vez mais científica, diferenciada e especializada, tanto em termos de objetivos quanto de métodos.

Palavras-chaves: Educação. Didática. Inovação. Metodologia.

ABSTRACT: This work is a brief tour of the thinkers, facts that influenced education and the methodology used today in educational institutions around the world. It discusses the influence of the process suffered by the great philosophers, who mainly sought freedom of thought and its diffusion in the most diverse social strata. The evident influence of all levels of education, the need for innovations related to teaching today with regard to the great advances in information technology. In view of technological advances, it is important to highlight the increase in distance learning modalities. However, it shows the need for continuing education to keep up with educational changes and not distort historical facts in the field of pedagogy, as well as merge the use of existing tools in this field and improve more and more tools in the field of teaching, resulting in constant didactics. and updated. In antiquity, fundamental changes took place in our culture, making it increasingly scientific, differentiated and specialized, both in terms of goals and methods.

¹⁰ E-mail: alessandrapicanco5@hotmail.com

Keywords: Education. Didactics. Innovation. Methodology.

1. Introdução

Breve relato, de acordo com o período a que corresponde e a localização geográfica na antiguidade.

Abecedarian é a eclosão da escrita e do Estado na antiguidade oriental; A Egípcia Este povo desenvolve a escrita a partir de 3500 a.C. em hieróglifos, a Arte Egípcia 3.000a.C., representa o dia-a-dia da civilização, marcada por diferentes momentos históricos. A Babilônia Predomina o poder da classe sacerdotal, estes possuem bibliotecas, percepção de astrologia, procuram a prestância prática do sapiência, a Índia é uma civilização marcada pela divisão social em castas. A Educação acontece de forma preconceituosa, a China a Educação é conservadora mantendo-se até recentemente voltada à propagação, apoiada nos livros explanatório de Lao Tsé e Confúcio que datam do terceiro milênio a.C., a de Hebreus sua educação é marcada pela devoção, as propostas pedagógicas Orientais da antiguidade baseiam-se nos livros divinizados, possuem o objetivo da educação moral de acordo com a vida religiosa, impostos por cada civilização. Essas transformações são primordiais para o surgimento do pensamento filosófico, considera-se como período clássico (séculos V e IV a.C.). Neste período, launch a ideia pedagógica associada à formação do cidadão, este modelo prestigiou toda a educação do Ocidente.

2. Desenvolvimento

2.1. As Contribuição dos filósofos

Sócrates - Através do método que valorize a crítica e o pensamento autônomo do aluno, Sócrates contribui para o desenvolvimento de novas metodologias na educação, buscando uma formação mais humanitária e libertadora para os seus alunos. É necessário, segundo Sócrates, uma reflexão sobre a vida e a qualidade de vida.

Aristóteles - acreditava que educar para a austeridade era também um modo de educar para viver bem Aristóteles sugere uma educação inicia-se na infância, quando a criança recebe as primeiras lições de sua família. Isso vale também para os jovens, que devem receber educação pública e também ser educados na polis. Este molde de educação está interligado ao longo da vida de um cidadão adulto.

2.2. Métodos didáticos utilizado na antiguidade pelo filosofo Aristóteles.

Já se passaram mais de 2.300 anos desde o último dia da período aristotélica na Grécia antiga, mas a pesquisa e o trabalho de Aristóteles permanecem tão influentes hoje quanto sempre. Alguns deles são: - A lógica do silogismo categórico - Essas premissas sempre têm um termo comum ou médio para associá-las, mas esse termo de ligação está

ausente na conclusão. Essas proposições ou premissas foram fornecidas como fatos ou simplesmente tomadas como suposições. Essas duas premissas podem ser concluídas como “Sócrates é mortal”; - Classificação de Seres Vivos - Em seu livro, *Historia Animalium* ou *História dos Animais*, Aristóteles Ele usou traços que são comuns entre certos animais para classificá-los em grupos semelhantes; - Fundador da Zoologia - Como é evidente a partir de sua classificação dos seres vivos, todos zilches seus procedimentos de classificação e vários outros tratados envolveram primariamente diferentes espécies do reino beast. No entanto, ele escreveu uma série de tratados que giravam em torno de diferentes aspectos da zoologia também; - Contribuições em Física - É verdade que, enquanto Aristóteles estabeleceu novas fronteiras no down das ciências da vida, seus empreendimentos na física não são comparáveis. Seus estudos em física parecem ter sido altamente influenciados por idéias pré-estabelecidas de pensadores gregos contemporâneos e anteriores. Da mesma forma, Aristóteles acreditava que qualquer tipo de mudança significava que algo estava em movimento; - Influências na História da Psicologia - Aristóteles foi o primeiro a escrever um livro que tratava das especificidades da psicologia *De Anima* ou *On the Soul*. Talvez o destaque de suas observações psicológicas tenha sido a delicada conexão que liga a psicologia humana à fisiologia humana. Suas contribuições foram um salto gigantesco da psicologia da período pré-científica que o antecedeu e nos levaram a uma período de análises qualitativas e quantitativas muito mais precisas; - Ética - Um ensaio de sintetizar zilches pecuniosos articularidades da ética aristotélica dentro dos limites de um par de parágrafos não fará justiça a ela. A ética nichoqueana evidencia-se como um vultoso destaque das interpretações de Aristóteles. A ética aristotélica delinea as diferentes virtudes sociais e comportamentais de um homem ideal, de certo tornou-se um de seus trabalhos mais conhecido;. - Política - A palavra “política” é derivada da palavra grega polis na Grécia antiga. Aristóteles julgava que a polis irradiava as categorias altas da associação política. Sem dúvida, zilches vários empreendimentos da vida de Aristóteles ajudaram a intervir sua perspicácia política de maneira que seus predecessores e contemporâneos não conseguiram. Acreditava que a conjectura política de um indivíduo depende diretamente de seus subsídios para melhorar a vida de suas polis.

2.3. A docência na atualidade.

Vivemos incertezas em um mundo onde cresce o conhecimento e a capacidade de produzir riquezas, mas também onde cresce a incerteza sobre a própria formação do homem. A análise deste estudo é a precarização do trabalho, principalmente a profissão docente. Surge então a questão de como pensar a formação de professores numa realidade em que o ambiente de trabalho é cada vez mais incerto. A nível analítico, os estudos revelam a necessidade de uma mudança estrutural nos cursos de formação de professores.

Isaia contribuiu significativamente para o entendimento dos desafios postos a este objeto de estudo no cenário social contemporâneo. Estas vertentes estão por sua vez, se constituindo na sociedade capitalista, que se exprime por meio de contradições, particularidade dependente. Consideramos pensá-las sob o contexto da materialidade ou seja, o da sociedade capitalista, que constroem caminhos para a viabilizar de sua convicções. As características elementar desta sociedade acima descrita um vasto rol de possibilidades, que tem como consequência as dúvidas, a inexatidão, zilches valores voláteis, o individualismo.

Por outro lado, o equívoco dos professores acredita que para exercer uma profissão no ensino superior basta o domínio técnico de uma área específica do conhecimento, o que dá a falsa ilusão de replicar tecnologia sem uma didática adequada, o que limita seus alunos à imobilização. de conhecimento. O conhecimento é um conjunto de processos de aprendizagem que complementam as técnicas estabelecidas em qualquer campo profissional.

Com base nestas constatações, convida-se, assim, um grupo de educadores a definir a sua prática neste contexto multidisciplinar. Eles integram diversos saberes com os zilchs com os quais o corpo docente mantém diversos relacionamentos.

Este cenário inclui muitas dimensões e incertezas do desprestígio da didática como fonte de conhecimento pedagógico. Entendendo que zilches saberes pedagógicos serviram apenas como ferramenta. Vistos como normas e regulamentos que teriam tecnicamente um efeito messiânico na resolução de divergências.

A falta de conhecimento pedagógico é um dos principais fatores de discussão na estruturação da formação de professores. difunde-se na cultura contemporânea e desencadeia ações pedagógicas que desacreditam a didática nos cursos de graduação. O resultado foi passar como ele havia sido ensinado. Cunha defende que seria necessária uma reforma do ensino. Devido ao rápido processo de informatização na atualidade, faz-se necessário a continuidade da formação dos professores com o objetivo de aprimorar as técnicas de ensino para um público cada vez mais exigente. "Para o professor Isaia zilches "erro" considerando que "os conhecimentos específicos desenvolvidos ao longo dos anos de formação inicial e/ou ao longo da carreira bem como a experiência profissional foram suficientes para garantir um bom desempenho do professor".

A falta de prestígio do ensino universitário está ligada aos critérios funcionais implementados pelas instituições de ensino superior e às políticas voltadas para a educação superior. O atual paradigma pedagógico, o ensino universitário, está em consonância com a perspectiva produtivista inerente à economia capitalista.

2.4. Didática e características conceituais do ensino.

Este campo inclui o domínio do conhecimento investigativo, disciplinar e profissional sobre o processo de ensino e aprendizagem, que inclui o trabalho de conhecer sujeitos sobre um objeto cognoscível em contextos situados com vista ao desenvolvimento humano. Em outras palavras, a teoria e os fundamentos conceituais e procedimentais da relação entre professores e alunos quanto ao conhecimento em determinadas situações de ensino e aprendizagem são de responsabilidade exclusiva da didática. A didática, como ramo da produção de conhecimento sobre a docência, cria, assim, saberes básicos para a formação e atuação profissional dos professores, por isso se delinea na docência como disciplina responsável pela formação dos professores, e se manifesta, por exemplo, no ato de ensinar.

Nesse sentido, se levarmos em conta as discussões sobre a base do conhecimento pedagógico profissional, sustenta-se a premissa de que a profissão docente exige domínio de conteúdos, não apenas de seios. Mas, ainda assim, a síntese desse conhecimento constitui o que a própria didática é, envolve e faz. Tardif discute o conhecimento do professor no trabalho, defendendo a perspectiva de que o conhecimento é uma construção coletiva porque é compartilhado por um grupo de atores, mantido por um sistema educacional que o legitima.

Dessa forma, ensinar é entendido como compreensão e raciocínio, transformação e reflexão. É o processo de raciocínio pedagógico que torna a base de conhecimento profissional poderosa no sentido de que ela atua tanto na articulação desse conhecimento quanto na sua evocação para a ação, por meio de um movimento integrado de compreensão, transformação, aprendizagem, avaliação, reflexão e nova compreensão que resulta da análise sistemática do ensino. Para ensinar, o professor deve utilizar sua base de conhecimento para tomar decisões e desenvolver ações que visem apoiar o aprendizado de seus alunos.

Ora, sendo a didática o domínio de conhecimento sobre o processo ensino-aprendizagem e sendo o ensino a ação que especifica a função docente, zilches saberes que o professor possui, mobiliza, transforma e recria, a partir de nova compreensão, para ensinar e fazer o aluno aprender é a didática em si. Uma vez esboçados zilches principais traços conceituais que fundamentam a compreensão acerca da didática e da docência, cabe questionar como essa relação se manifesta no contexto do ensino superior

Almeida, acelerou a produção de conhecimento da área, nas discussões sobre as transformações ocorridas na universidade contemporânea e da necessidade de formação pedagógica dos professores do ensino superior para garantir a valorização e as possibilidades formativas por meio de ações políticas de gestão. O ensino superior no Brasil, objetiva a formação para diferentes carreiras, tem requerido o protagonismo de

profissionais e especialistas. A docência universitária tem sido fortemente marcada pela ciência moderna e sua ênfase na racionalidade técnica, que eleva o peso do conhecimento específico da área e minimiza a formação pedagógica.

Entende-se que a identidade profissional do formador precisa favorece-lo na interação com a aprendizagem docente para mediar esses efeitos nos alunos, futuros professores. Nem todos que dão aula de didática escolheram a disciplina por afinidade, porém por adequação ao concurso público ou em atendimento às exigências da instituição.

Na universidade privada, a didática não é disciplina, mas unidade temática que integra o ementário da disciplina ciências da educação. As didáticas específicas na universidade pública estadual recebem designações diferentes. Nessa direção, manifestou-se uma abordagem permeada de articulações com vários conhecimentos da história, da filosofia, da sociologia, da psicologia e da antropologia da educação, para, então, chegar ao núcleo estruturante da didática, o processo de ensinar e aprender.

Trata-se de oportunizar ao professor em formação e em atuação condições para propor formas de mediação da prática pedagógica, fundamentadas por concepções que permitam situar a função social. Nessa direção, a dissociação entre forma e conteúdo constitui questão de enfrentamento da didática a ser trabalhada nos cursos de formação. Ainda assim, vários investigados se mostraram insatisfeitos com o processo, alegando que ensinar requer diversas mobilizações para identificar se o aluno está, de fato, aprendendo e de forma eficaz.

A didática e o aprendizado da docência no processo de constituição identitária de futuros professores, objetiva analisar conhecimentos sobre a docência construídos por meio do estudo de didática por futuros professores, concluintes de cursos de licenciatura, assim como compreender as consequências da disciplina para o processo de constituição dos saberes profissionais docentes, mais detidamente no que se refere ao que faz o professor formador, em didática, para ensinar a docência.

É nítido que, diferentemente do relativo equilíbrio observado entre vários temas ensinados, o como ensinar é algo comum, sem o necessário investimento na diversificação de atividades que contribuem para o processo de aprender. De modo geral, vários dados indicam que vários licenciandos reconhecem a influência dos seus formadores nas suas futuras práticas docentes a despeito da qualidade que atribuem a essas práticas.

3. Conclusão

A análise sobre este artigo é o que prevalece como didática nos cursos de formação de professores e seus efeitos para o processo de constituição profissional de futuros

docentes, evidencia que o ensino de didática se estrutura em torno de temas que fundamentam esse ofício, ficando sob a responsabilidade da didática as teorizações sobre o ensino.

Quanto ao processo de ensino em si, no que toca à sua objetivação na sala de aula, e considerando a particularidade disciplinar, a responsabilidade maior é das didáticas específicas. Sobre zilches tipos prevaletentes de mediações que permeiam o ensino de didática nos cursos de licenciatura investigados, não houve diferenças significativas quanto ao que correntemente acontece nas salas de aula do ensino superior. As aulas de didática, na visão dos licenciandos, não aparecem como referenciais de relação entre conteúdo e método.

O papel do professor formador é cada vez mais relevante no ensino de didática, visto que ele é parâmetro de constituição de identidade docente para seus licenciandos, seja porque ensina sabendo as razões pelas quais ensina ou não. Esse quadro evidencia que o ensino da didática ainda tem alguns desafios a serem assumidos e enfrentados no intuito de favorecer o aprendizado da docência.

Embora tenhamos vários filósofos na atualidades citados pela maior parte dos docentes em docência em ensino superior, enfatizei o berço da construção dessa transformação pedagógica, pois se vislumbra que no meio do caminho existiu falhas as quais ainda não estamos preparados para sana-las, porém, é importante destacar que as portas estão abertas só aguardando a grande transformação de melhorias na área da didática da docência do ensino superior superior.

Aguarda-se que os docentes, busquem a essência e a a importância de seu papel para construção de uma sociedade mais justa, sem sintetizar fatos históricos importantes para essa transformação e incentivando os futuros docentes a arte do conhecimento, aflorando neles o amor pela pesquisa.

O que dizem os artigos 205 e 206 da Constituição Federal? Art. Os artigos 205.º e 206.º da Constituição da República estabelecem os objetivos e princípios que articulam o direito fundamental à educação, que deve visar "o pleno desenvolvimento da pessoa, a preparação e competência para o exercício da cidadania". trabalhar". Diante desse dispositivo, vislumbra-se que temos fundamentos sólidos para fomentar a qualidade da educação no Brasil, conseqüentemente todas as ferramentas nela existente, o que estamos esperando para sermos a mudança?.

REFERÊNCIAS

Meu artigo. <https://meuartigo.brasile scola.uol.com.br/educacao/a-importancia-didatica-no-ensino-superior.htm>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2023.

Contribuições de Aristóteles. História Antiga. <<https://www.historiaantiga.com/contribuicoes-de-aristoteles/>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2023.

SciELO. <https://www.scielo.br/j/rbeped/a/9J9NMWBdXffJfkhsRqfycLJ/?lang=pt>. Acesso em fevereiro de 2023.

Melo, Adriana Zawada. **Constituição Federal Comentada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 10 ed. Barueri (SP). 2019.

Gonzaga, Alvaro Luiz Trvassos de Azevedo. **Sociologia Jurídica. (Coleção Pokets Jurídicos)**. São Paulo, Saraiva. 2010.

Platão, Tradução: Maria de Regino, Sueli. **Apologia de Sócrates (Coleção a Obra-prima de cada autor)**. São Paulo: Martin Claret. 2009.

Azevedo, Israel Belo de. **O prazer da produção científica**. 12° ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Editora Hagnos. 2009.

Abrantes, José. **Gestão de Qualidade**. Rio de Janeiro: Interciência. 2009.

Coelho, Luiz Fernando. **Curso de introdução ao direito**. 3. ed. Barueri, SP. Manoel. 2009.

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRISÃO PREVENTIVA

MARCELO HENRIQUE CORDEIRO QUEIROZ:

Delegado de Polícia do Estado de Pernambuco.

Pós-graduado em Direito Penal e Proc. penal¹¹

RESUMO: Fundamentado nos ditames da ordem constitucional e nos regramentos do direito processual penal, esse trabalho balizado nas diretrizes fundamentais de nosso ordenamento jurídico, teve como escopo maior demonstrar um paralelismo entre a prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência, verificando suas violações e soluções para esta, bem como apontando o caminho certo para que esta medida cautelar seja permissiva, estudado em consonância com a melhor e mais moderna doutrina e jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Presunção de Inocência. 2. Prisão Preventiva. 3. Causas Transgressoras. 4. Casos Permissivos.

INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de inocência, ou, também chamado, princípio da não culpabilidade vem, ao longo do tempo, provocando diversas celeumas doutrinárias a respeito do cabimento de prisões provisórias, ou seja, aquelas levadas a efeito antes do trânsito em julgado do processo penal.

A prisão preventiva, hoje encarada como parâmetro de admissibilidade de outras modalidades prisionais, deve pautar-se na ordem jurídica vigente, sem descuidar da garantia constitucional da presunção de inocência, que deve ser encarada em harmonia com a técnica processual atual, sendo inaceitáveis prisões destituídas dos requisitos legais necessários para sua decretação.

A prisão preventiva é cabível desde que tenha necessidade para fase processual e pré-processual e esteja devidamente fundamentada, sendo necessário não só apenas a indicação dos pressupostos e requisitos para a decretação da mesma, mas sim a sua comprovação no caso analisado para que não haja resquícios de arbitrariedade.

1.PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CONCEITO E CRÍTICAS À TERMINOLOGIA.

¹¹ E-mail: marcelohcqueiroz@hotmail.com

Esse princípio nasceu no final do século XVIII com a necessidade de se contrapor ao sistema processual penal inquisitório da época, inspirado nos dogmas iluministas da Europa Continental.[1]

Na Constituição Federal do Brasil de 1988 ele se insere no art. 5º, LVII, a qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Antes da Carta de 1988 esse princípio não vinha taxativamente previsto, ele era substrato do princípio do contraditório.

Alguns autores não adotam a terminologia presunção de inocência, como cita em sua obra Rangel (2004, p. 24), em que para este:

Se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito da sentença penal condenatória, também não poderá ser presumidamente inocente. Continuando, que a Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito da sentença penal condenatória.

Dessa interpretação surge a possibilidade de acreditar-se que o acusado pode ser presumidamente culpado ou, de outra forma, presumidamente inocente, isto até a sentença transmutar-se em irreformável.

Luiz Flávio Gomes defende a aplicação do princípio da presunção de inocência no campo probatório:

Provados os fatos e a atribuição culpável deles ao acusado, presumem-se contra o réu a ilicitude e a culpabilidade. Caberá então à defesa provar eventuais causas excludentes de ilicitude e de culpabilidade.[2]

Considerando a possibilidade da revisão criminal não se sujeitar a prazo, pode-se notar, que a presunção de culpa, diferente da presunção de inocência, pode ser alterada mesmo após o trânsito em julgado do processo por aquela ação processual de caráter rescisório, vindo o réu a ser definitivamente inocente.

2- A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AS MEDIDAS CAUTELARES.

As medidas cautelares, como já se infere do próprio nome, são aquelas que vêm acautelar, ou seja, assegurar o fim útil do processo colocado em grave risco em razão de situações que, vindo à tona, tornam impraticável o resultado prático processual.

Como em outros ramos do direito, essas medidas devem obedecer alguns requisitos para serem válidas. A obediência a esses requisitos é condição cogente para não se ferir o princípio da presunção de inocência.

No direito processual penal o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* transmudam-se em *fumus commissi delicti* e *periculum in libertatis*. Este é o perigo em estar o réu solto e todo transtorno que este poderia causar à instrução processual e à aplicação da própria sanção penal, à ordem pública e à ordem econômica, enquanto aquela deixa de ser a fumaça do bom direito e se transmuta em fumaça da prática do crime, ou seja, é o risco de o réu retornar a delinquir.

Uma medida cautelar prisional levada a cabo, ausente a fundamentação que a legitime, não pode passar despercebida pela ordem constitucional sem ferir o princípio da presunção de inocência. E é nesse prisma que se conjugam a possibilidade da decretação de prisões provisórias com esse princípio, debatido nesse artigo.

3- A PRISÃO PREVENTIVA

A Prisão preventiva é um mal, porém este necessário para que o indiciado e o acusado fique no distrito de culpa, pois sem este o processo penal fica no vazio, porém na decretação desta medida é sempre observado que o Magistrado atue com cautela, visto que esta medida pode gerar danos irreparáveis. Carrara (*apud* Ramos, 1998, p. 143) afirma que: "a prisão preventiva deprime e abate o sentimento de dignidade pessoal de quem é ferido por uma mancha imerecida, depois de ter levado uma vida honesta e inocente." Portanto por ser uma verdadeira prisão processual, esta só é cabível desde que haja necessidade para a resolução da lide penal, sendo esta uma medida cautelar para que se comprove a posterior a culpa de determinado indivíduo.

Por ser uma medida cautelar, é imprescindível que se busque o seu conceito de tutela cautelar e esta só é possível conseguir através dos Institutos de Processo Civil, para Júnior (2003, p. 588), "o processo principal dá satisfação a direitos subjetivos materiais, a medida cautelar apenas previne, em caráter provisório, a utilidade de eventual provimento satisfativo". O mesmo continua afirmando que: "Se mister é simplesmente prevenir que o processo principal não caia no vazio, pela perda ou inutilização do bem disputado". Chiovenda (*apud* Ramos, 1998, p. 81) dá sua contribuição afirmando que:

A função cautelar tem um conteúdo ou objeto próprio, que este objeto tende à própria produção de medidas provisórias atípicas, vale dizer, não só medidas expressamente previstas pelo Legislador, porque há uma necessidade geral ou infundável de medidas cautelares para afastar o temor atual de um dano jurídico; que este

efeito, quanto à obtenção de medidas cautelares, decorre de uma vontade da lei, que só e possível realizar no processo, porque inexistente para o réu uma obrigação de cautela; mas o réu deve sujeitar-se a este efeito-poder do autor, que se ampara, pois no direito subjetivo e não decorre necessariamente de um direito subjetivo, enquanto a cautela não é acessório do direito acautelado.

A Medida cautelar possui alguns elementos, dentre os quais está a Jurisdicionalidade. Esta consiste em que as restrições de direito, inscritos na Constituição e nas Convenções Internacionais, somente possam ser realizadas pelos juízes através de sua decisão; a Acessoriedade, pois esta será sempre dependente do processo principal, pois uma vez ocorrendo um resultado nesta última, a medida cautelar deixará de existir; Instrumentalidade, uma vez que a esta é um meio ou modo para se alcançar à medida principal; a Provisoriedade, pois a medida cautelar tem um período pré-determinado, uma vez que esta existirá enquanto os seus motivos ainda estiverem presentes e quando ainda não for proferida a medida principal; a Homogeneidade cinge-se que o mal com a Medida Antecipatória seria maior que poderia ser dado ao acusado ao término da demanda principal, ou seja, o acusado terá sua liberdade restrita por um crime que é desproporcional à adoção desta medida.

Após análise das condições da ação, que são a legitimidade da parte, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido, será verificado a prova da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria que são pressupostos indispensáveis para a decretação da prisão preventiva como consta no art. 312 do CPP, em que será acolhida a medida caso a mesma venha garantir a ordem pública, ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, constituem estas o *periculum libertatis*, esta junto com a fumaça do bom direito é que são os principais pontos para que se autorize a decretação da medida provisória. Para uma melhor compreensão destas circunstâncias, é necessário esmiuçar uma por uma.

A garantia da ordem pública é a paz no seio da sociedade, a tranquilidade que o Estado tem o dever de dar à população. Quando o indivíduo rompe essa tranquilidade praticando novos crimes ou incitando a prática de outros delitos, assim a medida extrema é necessária.

A garantia da ordem econômica foi a Lei 8.884, de 11/06/94, em seu art. 86, que incluiu no Código de Processo Penal, esta garantia, tendo que o indivíduo que perturbar o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso do poder econômico, visando a dominação de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. A prisão preventiva para garantir a ordem econômica somente poderá ser decretada se tratar dos crimes previstos nas Leis 8.137/90, 8.176/91, 8.078/90 e 7.492/86, art. 20 da Lei 8.884/94, como afirma Rangel (2004, p. 617). Tourinho(2001, pg. 25) discorda da inclusão

desta garantia da ordem econômica no rol dos requisitos da prisão preventiva, o mesmo acha esdrúxula, pois esta não é medida ideal para coibir os abusos contra a ordem econômica, o certo seria a adoção de sanções contra a empresa.

A assegução da aplicação da lei penal é violada quando o acusado está na iminência de fugir, ou seja, buscando pelos fatos da vida, sabe-se, por exemplo, que determinada pessoa está se desfazendo dos seus bens, ou que determinada pessoa está se reunindo com o seu grupo para articular uma viagem, que estas condutas desencadearão na impossibilidade da aplicação da lei penal; outro exemplo é quando já ocorreu a fuga do acusado e a prisão presta à necessidade de capturá-lo, para este a ser submetido à aplicação da Lei Penal.

Portanto, verificada estas condições em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva, decretada esta pelo juiz, podendo este até agir de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial; observando que o despacho que decreta ou denega a prisão preventiva será sempre fundamentado, observando que os motivos para a decretação da medida podem aparecer ou desaparecer, assim o juiz poderá revogar ou decretar.

A decretação da medida só será cabível nos crimes dolosos, punidos com reclusão; punidos com detenção, não podendo ser auferida nas contravenções penais, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; no caso de reincidência em crime doloso, além da nova hipótese inserida pela lei 11.340/06 que trata do caso de o crime envolver violência doméstica contra mulher e para garantir a execução das medidas protetivas nesta lei .

A prisão preventiva, em nenhum caso será decretada, como consta no art. 314 do Código de Processo Penal se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições do art 19, I, II, III, do Código Penal (atuais artigos 23, 24 e 25), que são as excludentes de ilicitude.

A garantia da prisão preventiva está assegurada na Constituição no art. 5º LVI, a qual ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar definidos em lei.

4- A PRISÃO PREVENTIVA TRANSGRESSORA DA GARANTIA FUNDAMENTAL À ORDEM CONSTITUCIONAL: A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

A prisão preventiva, quando atender os elementos imprescindíveis para a sua decretação é sempre cabível e de grande validade para o processo penal, e nesta não há que se falar em violação ao princípio da presunção de inocência, como consta na súmula nº 9 do STF, em que: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”. Fernandes (1991, p. 257), mostra que com a gravidade do delito praticado haverá sim a incidência da prisão preventiva, afirmando que: “a regra da proporcionalidade impõe que as exigências cautelares sejam graduadas de acordo com a gravidade do delito praticado”; Dotti (1993, p. 107), afirma que: “A presunção de inocência não se pode opor às medidas cautelares de prisão”.

Seguem abaixo alguns julgados sobre o tema :

Recurso em habeas corpus. Direito processual penal. Presunção de Inocência. Prisão Preventiva. A Presunção de Inocência (CF, art. 5º LVII) é relativa ao Direito Penal, ou seja, a respectiva sanção somente pode ser aplicada após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Não alcança os institutos de direito processual, como a prisão preventiva. Esta é explicitamente autorizada pela Constituição da República (art. 5º , LVI), (Recurso ordinário em *habeas corpus* nº 1.322-PR-STJ- 6º Turma- Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.)

Processual penal.Recurso Ordinário em habeas corpus. Homicídio duplamente qualificado. Paciente que já responde a outros processos. Personalidade voltada para a prática delituosa. Prisão preventiva. Garantia da Ordem Pública, por conveniência da instrução criminal e eventual aplicação da lei penal. Decreto constritivo e manutenção da custódia devidamente justificados. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância.Recurso desprovido.Recurso ordinário em Habeas Corpus 0216675-3/2007 STJ, Rel. Min.Napoleão Nunes Maia Filho,19/11/07.

Portanto, observa-se pelo depreendido acima, que a prisão preventiva não viola a presunção de inocência. Contudo, a doutrina e a jurisprudência majoritária, representada por Guilherme Nucci e Denílson Feitoza, do direito processual penal, possuem uma pacífica opinião que quando não houver uma devida motivação em face aos requisitos e pressupostos da decretação da prisão preventiva, está será inconcebível, tornando assim uma medida antecipatória, sendo um instrumento de arbitrariedades. Como observa-se em alguns julgados:

Considerando que a gravidade em abstrato do delito, em tese, de que os pacientes possam evadir-se ou ameaçar testemunhas , não

bastam por si sós, para justificar a manutenção da custódia cautelar, a Turma, por falta de fundamentação, deferiu Habeas Corpus para anular o decreto de prisão expedido contra os pacientes, salientando, ademais, que a prisão preventiva traduz uma medida excepcional de restrição à liberdade, não podendo configurar-se como antecipação da sanção penal. HC (81.180 STF), Rel. Min. Ilmar Galvão, 18/09/01.

Por ausência de elementos concretos a legitimar a permanência da custódia cautelar, a Turma deferiu Hábeas Corpus impetrado em favor de denunciado pela suposta prática dos crimes de duplo homicídio e de roubo qualificado, cuja prisão preventiva fora mantida, pela sentença de pronúncia, com base na garantia da ordem pública e da instrução criminal, bem como na gravidade do delito. Considerou-se que os fundamentos da prisão foram sustentados sem a real demonstração da periculosidade do acusado; de que ele, em liberdade, tornaria a delinqüir, comprometendo a paz social; e do temor das testemunhas. Ademais, ressaltou-se que a gravidade em abstrato do crime, por si só, não seria motivação hábil para se decretar a custódia cautelar com apoio na ameaça à ordem pública e que a lei de crimes Hediondos não obriga a prisão preventiva. Por fim, não obstante o paciente esteja preso há mais de 3 anos, rejeitou-se a alegação de excesso de prazo, tendo em conta que este não poderia ser atribuído exclusivamente ao Poder Judiciário e que a complexidade do caso justificaria a demora. HC 85868/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, 11.4.2006. (HC-85868).

Por falta de motivação idônea, a Turma deferiu habeas corpus para revogar a prisão preventiva decretada contra pronunciado pela suposta prática de homicídio simples, a fim de determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso. No caso, a custódia fundamentara-se na necessidade de resguardo da ordem pública, em razão do alegado envolvimento do paciente em homicídios anteriores, bem como na gravidade das penas cominadas aos crimes a ele imputados, a indicar a possibilidade de sua fuga do distrito da culpa. Inicialmente, salientou-se que ao mesmo tempo em que o tribunal estadual assentara inexistir embasamento para a prisão cautelar do paciente pelo seu suposto envolvimento em outros homicídios, utilizar-se de tais fatos para justificar a sua segregação em outra ação penal. Desta maneira, rejeitou-se o argumento de que o paciente representaria

ameaça à ordem pública tão-somente por aqueles fatos que, anteriormente, foram reconhecidos na origem como insubsistentes para alicerçar a primeira custódia preventiva, destacando aquela Corte, inclusive, que a liberdade do paciente em nada havia prejudicado o curso da ação penal. Asseverou-se, no ponto, que a ameaça à ordem pública só pode ser aferida no contexto dos fatos. Ademais, considerou-se que o decreto impugnado não apontara circunstâncias concretas a justificar a adoção da excepcional prisão preventiva, valendo-se, da presunção de que, em liberdade, o paciente subtrair-se-ia à aplicação da lei penal, tendo em conta a pena prevista para o delito de homicídio. HC90936/RS, rel. Min.Carlos Britto3.8.2007(HC-90936).

O STF- embora admitindo a convivência entre os diversos instrumentos de tutela cautelar penal postos à disposição do Poder Público, de um lado, e a presunção constitucional de não culpabilidade (CF, art.5º, LVII) e o Pacto de São José da Costa Rica(art.7º, n.2), de outro- tem advertido sobre a necessidade de estrita observância pelos órgãos judiciários competentes, de determinadas exigências, em especial a demonstração que evidencie a imprescindibilidade, em cada situação ocorrente, da adoção da medida constritiva da liberdade ou de abuso de poder na decretação da prisão meramente processual (HC 89.754, Rel. Min. Celso de Melo, 13/02/07).

Porém o que se vê atualmente é uma grande violação ao princípio da presunção de inocência na decretação da prisão preventiva, são decisões sem fundamentação alguma, só indicando quais os requisitos e pressupostos, sem a verificação dos mesmos no caso analisado, chegando em alguns casos ao absurdo de não ter nem motivos, aludindo só que é por conveniência do processo, dentre outros absurdos que serão posteriormente analisados.

Há deturpações também, quando os juízes decretam a medida antecipatória em face da gravidade do delito praticado, só porque este fora estabelecido na lei com uma sanção de grande quantidade, invertendo assim a finalidade do instituto da prisão cautelar que é a garantia da tramitação do processo penal; em outros casos a comoção da Sociedade pelo fato praticado ou por envolver pessoas conhecidas da população, fazendo assim uma pressão para que o Juiz não deixe determinada pessoa solta, gerando assim uma antecipação da pena, visto que esta é uma medida cautelar, não podendo se desvirtuar de suas utilidades para o processo.

Com as pressões da sociedade e a prevalência do desvalor do resultado sobre o desvalor da ação, o Direito Processual Penal está perdendo o seu principal objetivo que é sua atuação secundária para a sua atuação imediata, deixando-se assim de ser subsidiário e fragmentário, passando a ser imediato; como em sua obra, Capez (2004, p. 6), faz alusão ao tema tratado afirmando, que:

Argumentam que, se, por um lado, é necessário um endurecimento das leis penais e uma redução dos benefícios processuais para atender aos reclamos cada vez mais crescentes pelo eficiente combate ao crime, sobretudo ao crime organizado, por outro, o Direito Penal não pode desgarrar-se dos seus fundamentos éticos para, em um pragmatismo exarcebado, ser apenas útil aos propósitos do controle social.

Outros casos de medidas extremas são os casos em que pela própria condição do acusado, se este não tiver recursos, para que tenham reconhecimento na sociedade (status), este será sempre enclausurado, como medida preventiva, passando por cima de um dos Princípios maiores da Constituição Federal, a da dignidade da pessoa humana. A miserabilidade não é fundamento ou motivação para encarcerar um indivíduo provisoriamente, assim não reza nossa lei processual ou permite nossa ordem Constitucional, que dispõe em seu art. 5º que todos são iguais perante a lei.

Em razão de todas essas maculas ao sistema processual penal brasileiro, que surge a prisão preventiva transgressora da presunção de inocência, germinada com uma penca de inconstitucionalidade e que não deve ser mantida. Essa prisão não prescinde de fundamentação e atendimento a todos seus pressupostos, já citados ao longo dessa exposição, do contrário podemos dizer que não estaria consentânea à ordem constitucional, ferindo o princípio da presunção de inocência.

5- A GARANTIA DA PRISÃO PREVENTIVA LÚCIDA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E OS FATORES DE RAIZ.

Essa medida cautelar prisional não ferirá o princípio em comento, nem a Constituição da República se atender aos seus requisitos legais, pois, como já visto, nossos tribunais e nossos maiores juristas não vêem objeção à prisão que atenda aos ditames de nosso ordenamento jurídico.

Então, é imperativo que, essa prisão, primeiro atenda aos pressupostos cautelares do *fumus comissi delicti e periculum in libertatis*, materializados na prova da existência do crime e em indícios de autoria. Depois é necessário que se reste configurado os requisitos legais do art. 312 do Código de Processo Penal, são eles: garantia da ordem pública, da

ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou a asseguuração da aplicação da lei penal.

Essa prisão só deve ser decretada por juiz legalmente investido da função jurisdicional ou por tribunal, nos casos de sua competência originária.

Por outro lado, não deve sua decretação incidir nas hipóteses de inadmissibilidade dos artigos 313 e 314, ambos do CPP.

E de suma importância, como está plasmado no art. 315 do CPP, é que o despacho que a decreta deve estar devidamente fundamentado em todos esses pressupostos mencionados, mostrando que a prisão preenche todos esses requisitos.

Caso algum desses preceitos não seja observado cabe, àquele que foi vítima dessas maculas ao sistema processual e à ordem constitucional, contrapor-se a medida por meio do remédio constitucional do *habeas corpus*. Contudo, nem todos os indivíduos sabem deste direito caso seja violado a liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder, visto que a maioria da população brasileira carece de informação, no amplo sentido.

Outra saída seria o controle externo do judiciário com uma possível sanção, caso esteja totalmente em desconformidade com o ordenamento jurídico. Um caso notório em que há descompasso com nossa ordem jurídica se dá quando o juiz decreta a prisão preventiva de certa pessoa, em situações em que essa medida não tem nenhuma valia para o processo

A forma principal para se acabar de uma vez por toda com este problema, é a extinção dos fatores de raiz, pois uma vez que exista fome, miséria, desemprego, moradia, grandes desigualdades sociais; com estes os cidadãos tornam-se rejeitados, desestimulados para a vida, não tem previsão nenhuma para o seu futuro; e com o aumento destes fatores, ocorrerá um grande número de pessoas ociosas, que não tenham mais nada a perder, pois inclusive a sua vida não tem mais razão. Esta é a condição em que se encontram os países subdesenvolvidos, onde o Brasil está vivendo está realidade.

O art. 3º da Constituição Federal afirma que: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. O art. 6º da Constituição Federal diz que:" São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição, dentre outros artigos da Constituição Federal, a qual cabe ao poder público estabelecer programas para que se dê uma vida digna ao cidadão.

Com esses fatores de raiz, conseqüentemente por não ter expectativa de vida, o cidadão pratica crimes ou no caso de reincidência o mesmo volta a delinquir, pode o poder

público tomar medidas circunstâncias, como exemplo o aumento de penas, programas de desarmamento, instituição de prisão perpétua, pena de morte, dentre outros, enfim se não for direto ao foco, a violência aumentará e chegará a um ponto a qual o caos reinará sobre o Estado.

Com esta prática de ter o remédio imediato sem a descoberta da cura, gera um círculo grave, em que ao enclausurar o indivíduo sem ter comprovado a culpa, gerando uma antecipação da pena em recintos não apropriados, não tendo por cumprido o escopo legal e sim uma terrível experiência criminológica, em que o bandido sairá da prisão preventiva mais bandido que ele possivelmente era.

Para um efeito de plano, só será diminuída a violação se diversos fatores em conjunto forem resolvidos. Um deles é que seja solucionado o problema da morosidade da Justiça. Outra alternativa seria o aumento das Medidas Antecipatória, visto que ,estando longe a resolução do processo principal , gerar-se-á um grande número de presos cumprindo prisões provisórias, onde se misturarão com indivíduos de grande periculosidade.

CONCLUSÃO

Não se quer acabar com o instituto da prisão preventiva, pois esta é uma medida cautelar a qual tem grande importância para o desfecho do processo penal, uma vez que havendo necessidade e fundamentação devida, esta medida não será vexatória, antecipatória, não havendo antecipação da pena, nem violação ao princípio da Presunção de Inocência, porque está tem que ser concedida para não se ter o receio da perda do objeto da lide penal, uma vez que, caso o réu se encontre na iminência de fugir, afugentando testemunhas e violando a paz social, esta medida é concebível para o bom desenrolar do processo.

O intuito deste trabalho é que este mundo de flores da Prisão Preventiva não é real, visto que, o que se cansa de observar são decisões em que os Magistrados pelo clamor público, gravidade do fato, ou até por desconhecer o próprio direito a qual o mesmo aplica, é que ele pratica várias lesões ao Princípio da Presunção de Inocência, por isto é que estas medidas sem necessidades e motivações é que são rotuladas de Medidas Vexatórias, Antecipatórias.

Portanto, ao se decretar uma prisão preventiva sob os argumentos retóricos de Defesa Social, Prevenção, Retribuição, Exemplificação, inverte-se, sobretudo a finalidade da prisão cautelar, que é a necessidade-motivada para o desenrolar do processo, gerando assim uma prisão-sanção, numa medida de antecipação total da pena, sem a observância dos Princípios da Presunção de Inocência e Devido Processo Legal.

No trabalho exposto, se quer primeiramente passando pela análise do Princípio da presunção de inocência e conceituando os Institutos da prisão preventiva no mundo Contemporâneo, depois sendo o tema principal, mostrar as violações que ocorrem, quais os tipos e os fatores que geram este desiderato, apontando o caminho certo para que esta medida cautelar seja permissiva. E por último, demonstrar as soluções para este problema, mostrando as possíveis medidas em que o Poder Público poderá fazer para diminuir em curto prazo este problema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGHER, Anne Joyce. *Código de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2001.

BARBOSA, Rui, disponível em <www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=162> acesso em 14/10/04.

BENETTI, Sidnei Agostinho. *Prisão Provisória*: direito alemão e brasileiro. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil(1998)*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DOTTI, René Ariel. *Princípios do Processo Penal*: Fascículos de ciências penais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

FILHO, Fernando Tourinho da Costa. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERNANDES, Antônio Scarance. *A Fiança criminal e a Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FLÁVIO GOMES, Luiz, disponível em <www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=162> acesso em 14/10/04.

GOMES, Luiz Flávio: Sobre o conteúdo processual tridimensional da presunção de inocência. In GOMES, Luiz Flávio: *Estudos de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 111/112.

GOMES, Antônio Ferreira. *A Sociedade e o trabalho: democracia, sindicalismo, justiça e paz in direito e Justiça*. Coimbra, 1980.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de Inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. Parte Geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Processo Civil*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NEVES, Castanheira A. *Sumários de processo penal*. Coimbra. 1967.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro: Doutrina e Jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

TORNAGUI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NOTAS:

[1] RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris , 2006, p. 23

[2] GOMES, Luiz Flávio: Sobre o conteúdo processual tridimensional da presunção de inocência. *In* GOMES, Luiz Flávio: **Estudos de Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo: RT, 1999, p. 111/112.

INTERPRETAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL: INTERPRETAR POR MEIO DE PRINCÍPIOS

TAINA DOS SANTOS MADELA:
Pós-graduada em direito
processual pela PUC-MG¹²

RESUMO: O presente artigo tem por objeto principal realizar uma abordagem da interpretação constitucional, tendo em vista a existência de particularidades presente nas normas constitucionais que as diferem das demais normas do ordenamento jurídico. Sendo realizado ainda uma análise acerca dos princípios interpretação constitucionais. Constatase que a Constituição Federal é o fundamento de validade das normas que compõem o ordenamento jurídico. Desse modo, verifica-se que os princípios de interpretação constitucional são base de referência fundamental obrigatório da teoria da interpretação constitucional, sendo fundamentais para a interpretação das normas constitucionais enquanto partes de um todo unitário e coerente que é o texto constitucional. O método de abordagem deste artigo baseia-se em pesquisa bibliográfica e utiliza o método dedutivo.

Palavras-chave: Constituição Federal; Interpretação Constitucional; Princípios de Interpretação Constitucional.

INTERPRETATION OF THE CONSTITUTIONAL STANDARD: INTERPRETING THROUGH PRINCIPLES

ABSTRACT: *The main objective of this article is to carry out an approach to constitutional interpretation, in view of the existence of particularities present in constitutional norms that differ from other norms of the legal system. An analysis was also carried out on the principles of constitutional interpretation. It appears that the Federal Constitution is the basis for the validity of the norms that make up the legal system. In this way, it appears that the principles of constitutional interpretation are the mandatory fundamental reference base of the theory of constitutional interpretation, being fundamental for the interpretation of constitutional norms as parts of a unitary and coherent whole that is the constitutional text. The approach method of this article is based on bibliographic research and uses the deductive method.*

Keywords: Federal Constitution; Constitutional Interpretation; Principles of Constitutional Interpretation.

INTRODUÇÃO

¹² taina_madela@hotmail.com

O presente estudo realiza uma abordagem do papel da interpretação constitucional, que se revela um eficiente instrumento de renovação e atualização do ordenamento jurídico, faz-se ainda uma análise acerca dos princípios da interpretação constitucional que possuem como objetivo determinar o sentido da norma, com soluções constitucionalmente adequadas aos casos concretos.

Nesta senda, nota-se que os princípios são orientados para a concretização da norma a partir de sua aplicação em cada caso, de forma a orientar o intérprete quando se deparar perante um dilema constitucional que necessita de um caminho para que alcance ao resultado almejado.

Ademais, faz imprescindível registrar que a nova interpretação constitucional não afasta os métodos tradicionais de hermenêutica na busca do sentido e da compreensão da norma jurídica visando sua aplicação aos casos concretos, ela vem para complementá-los.

O presente artigo busca demonstrar que os princípios de interpretação constitucional são tidos como premissas metodológicas que estão à disposição do intérprete na busca da adequada solução para uma questão jurídica, ou seja, são princípios que auxiliem na discussão de problemas constitucionais.

A metodologia utilizada no trabalho baseia-se em pesquisa bibliográfica, tendo em vista que se utiliza da legislação brasileira, de artigos de recursos informativos, dissertações, revistas, utilizando o método dedutivo.

1.ESPECIFICIDADES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Inicialmente, cumpre ressaltar que a interpretação é realizada por seres humanos que compreendem as normas jurídicas como "condicionantes políticos, morais, socioeconômicos, psicológicos e psicossociais".[1] Na visão de Hans Kelsen, a interpretação de uma norma jurídica não deve seguir apenas um conceito correto, mas a muitos resultados possíveis.

Desse modo, Kelsen[2] (1984, p. 467) afirma que:

Se por 'interpretação' se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objecto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correcta, mas

possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no acto do órgão aplicador do Direito – no acto do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

Conforme Bonavides[3] (2007, p. 437) a interpretação é uma “[...] operação lógica, de carácter técnico mediante a qual se investiga o significado exato de uma norma jurídica, nem sempre clara ou precisa”. Interpretar significa fixar o alcance das normas jurídicas.

Diante disso, extrai-se que a interpretação decorre de fatores externos ao jurídicos, os quais podemos citar os fatores ideológicos, morais, políticos, cabendo ao intérprete optar entre as opções possíveis, a mais coerente.

Constata-se, portanto, que o intérprete não tem liberdade total para interpretar, estando o intérprete, limitado a letra de lei, que é objeto de interpretação, e ao sistema que ela pertence, de modo que se o intérprete ultrapassar tais limites, criará direito sob alegação de interpretá-lo o que resultará no afastamento do direito vigente.

Assim, entende-se por intérprete aquele que exerce uma atividade a qual utiliza uma maneira de pensar desenvolvida a formulação de regras, com fundamento nas quais compreenderá as normas jurídica.

Neste sentido, exemplifica Diniz[4] (1988, p. 232):

[...] a interpretação do Direito é, ao mesmo tempo, um processo voltado para determinação do conteúdo e do sentido da norma jurídica com a relação a um suposto fato. Nesse processo dinâmico de concretização. o interprete, após recorrer a critérios, ou princípios hermenêuticos adequados e específicos, obtém, a partir do próprio ordenamento jurídico, um critério para dar uma resposta a questão que lhe é apresentada.

Ademais, ressalta-se que a lei é clara, muitas vezes não há necessidade de interpretá-la, contudo tal afirmação não é absoluta, uma vez que a interpretação se faz necessária quando a norma é obscura é o que afirma Hamon[5] (p. 52-53):

Afirmamos, algumas vezes, que a interpretação só se faz necessária quando o texto é obscuro e que, em contrapartida, ela é supérflua

quando o texto é claro, o que expressamos pelo adágio latino *in claris cessat interpretatio*. Essa tese conduz, na verdade, a um paradoxo, pois para poder afirmar que o texto está claro e que não há lugar para interpretá-lo, é preciso saber qual é sua significação, ou seja, é preciso que ele tenha sido interpretado.

A propósito existem vários métodos de interpretação, entre eles podemos citar: o literal ou gramatical, o sistemático, o histórico ou histórico-evolutivo, o sociológico, entre outros. No entanto, há de se ressaltar no que se refere a interpretação volta para a Constituição, existem certas peculiaridades.

A Constituição Federal é o fundamento de validade das normas que compõem o ordenamento jurídico. Esta condição normativa deve levar em conta aspectos que singularizam a teoria da interpretação constitucional, não se desvinculando das regras hermenêuticas.

Nesta senda, importante ressaltar o que preceitua Bastos e Brito[6] (1982, p. 11-12), acerca das especificidades da interpretação constitucional:

Vê-se, para logo, que o nosso intento doutrinário é distinguir, sem separar. Isto é, sem negar que os modelos jurídicos sejam umbilicalmente unidos, formando um todo compacto e indissociável, pensamos que os de índole constitucional agregam, aos caracteres básicos de todo o conjunto, traços complementares que lhes são privativos. Daí justificam e até mesmo exigem, por merecimento intrínseco ou virtude própria, o recorte de moldes interpretativos ajustados à respectiva silhueta. Melhor falando, justificam a formulação de uma técnica especial de manejo dos já conhecidos métodos de interpretação jurídica, principalmente o histórico, o lógico-sistemático e o teleológico.

Existem certas peculiaridades ou características que fundamentam a interpretação diferenciada da Constituição, não devendo conduzir a interpretação constitucional aos formalismos posto para interpretar as leis infraconstitucionais, uma vez que conforme dito a Constituição é uma fundante do Estado.

Ocorre que, enquanto as normas infraconstitucionais retiram seu fundamento de validade de outra norma jurídica que possui hierarquia superior, as normas constitucionais não deve obediência a nenhuma norma positiva, sendo o fundamento de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico.

A Constituição enquanto vetor, não podem ser contrariadas pelas demais normas do ordenamento jurídico. Conclui-se, portanto, que “as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas a partir da Constituição, com base nela, mas não o contrário”[7].

Destaca-se ainda a precisa explicação de Meirelles Teixeira[8] (1991, p.268) acerca do que interpretar a Constituição significa “compreender o sentido e o alcance de suas normas, pelo exato entendimento das suas expressões, de acordo com suas finalidades, e tendo em vista as condições e necessidades sociais de cada época”.

Acontece que a Constituição por se tratar de um de um texto com nítida feição política, possui certos problemas de interpretação constitucional, que são mais abrangentes e complexos do que aqueles afetos as leis em geral, uma vez que as normas constitucionais repercutem sobre todo o ordenamento jurídico. Nesse contexto, enfatiza Oliveira[9] (1979, p. 54):

Os problemas da interpretação constitucional são mais amplos do que aqueles da lei comum, pois repercutem em todo o Ordenamento jurídico. Segundo HÉCTOR FIXZAMUDIO, a interpretação dos dispositivos constitucionais requer por parte do intérprete ou aplicador, particular sensibilidade que permite captar a essência, penetrar na profundidade e compreender a orientação das disposições fundamentais, tendo em conta as condições sociais, econômicas e políticas existentes no momento em que se pretende chegar ao sentido dos preceitos supremos [...]. Os diversos conceitos de Constituição, a natureza específica das disposições fundamentais que estabelecem regras de conduta de caráter supremo e que servem de fundamento e base para as outras normas do Ordenamento Jurídico, contribuem para as diferenças entre a interpretação jurídica ordinária e a constitucional.

Com efeito, os métodos de interpretação são considerados um eficiente instrumento de renovação do ordenamento jurídico, de modo que objetivado alcançar tal objetivo, construíram uma variedade de métodos, segundo os valores culturais de sua época[10].

Atualmente, a interpretação constitucional utiliza métodos e princípios que devem ser aplicados associadamente, desse modo, a interpretação das normas constitucionais, demanda um amplo conhecimento não só dos princípios norteadores, como também da hermenêutica constitucional.

Não obstante, cumpre destacar que a interpretação das leis infraconstitucionais é igualmente fundamental, uma vez que conforme enuncia Temer[11] (1989. p. 25-26):

Para a boa interpretação constitucional é preciso verificar, no interior do sistema, quais as normas que foram prestigiadas pelo legislador constituinte ao ponto de convertê-las em princípios regentes desse sistema de valoração. Impende examinar como o Constituinte posicionou determinados preceitos constitucionais. Alcançada, exegeticamente, essa valoração, é que teremos os princípios.

Estes, como assinala Celso Bandeira de Mello, são mais do que normas, servindo como vetores para soluções interpretativas. De modo que é preciso, para tal, conhecer cada sistema normativo.

No nosso, ressaltam o princípio federativo; o do voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais. Essa saliência é extraída do art. 60, § 4º, do Texto Constitucional, que impede emenda tendente a abolir tais princípios.

Por isso, a interpretação de uma norma constitucional levará em conta todo o sistema, tal como positivado, dando-se ênfase, porém, para os princípios que foram valorizados pelo Constituinte. Também não se pode deixar de verificar qual o sentido que o Constituinte atribuiu às palavras do texto constitucional, perquirição que só é possível pelo exame do todo normativo, após a correta apreensão da principiologia que ampara aquela palavra.

Contudo, não se descuida que os jus constitucionalistas divergem quanto à especificidade da interpretação constitucional, para Luiz Roberto Barroso[12] (p. 98):

A interpretação constitucional serve-se de alguns princípios próprios e apresenta especificidades e complexidades que lhe são inerentes. Mas isso não a retira do âmbito da interpretação geral do direito, de cuja natureza e características partilha. Nem poderia ser diferente, à vista do princípio da unidade da ordem jurídica e do conseqüente caráter único de sua interpretação. Ademais, existe uma conexão inafastável entre a interpretação constitucional e a interpretação das leis, de vez que a jurisdição constitucional se realiza, em grande parte, pela verificação da compatibilidade entre a lei ordinária e as normas da Constituição.

Canotilho[13] (2003, p. 208) também adota que não a especificidade da interpretação constitucional, utilizando os métodos de a hermenêutica jurídica geral para

"mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados linguísticos que formam o texto constitucional".

A interpretação conforme a Constituição para Rui Medeiros[14] (1999, p. 295-296), em nada se difere do método sistemático de interpretação das leis, asseverando:

[...] o princípio da interpretação conforme à Constituição, que obriga o intérprete a tomar inclusivamente em consideração os princípios constitucionais na tarefa de interpretação de toda e qualquer norma infraconstitucional, material ou procedimental, não constitui um corpo estranho na metodologia jurídica, apresentando-se como simples concretização da interpretação sistemático-teleológica. [...].

Contudo, na década de 1920, o doutrinador Carlos Maximiliano[15] (2002, p. 304-305) já compreendia pela especificidade da interpretação constitucional, destacando:

A técnica da interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais. De alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objeto colimado redigidas de modo sintético, em termos gerais.

O Direito Constitucional apoia-se no elemento político, essencialmente instável, esta particularidade atende, com especial e constante cuidado, o jurista. Devem as instituições ser entendidas e postas em função de que correspondam às necessidades políticas, às tendências gerais da nacionalidade, à coordenação dos anseios elevados e justas aspirações do povo.

Desse modo, verifica-se que o caráter aberto das normas constitucionais, necessita muita mais, tendo em vista que é um documento dinâmico, que reflita a sociedade, uma vez que o direito atualiza-se de acordo com as modificações da sociedade, o que não permite um imobilismo extremado do direito.

Diante disso ressalta-se uma característica importante das normas constitucionais, refere-se ao seu caráter aberto amplo[16], que segundo enuncia Celso Ribeiro Bastos (1997, p. 54)[17] a interpretação da norma constitucional pode sofrer o fenômeno da mutação:

[...] a norma constitucional, muito freqüentemente, apresenta-se como uma petição de princípios ou mesmo como uma norma programática sem conteúdo preciso ou delimitado. Como consequência direta desse fenômeno, surge a possibilidade da chamada 'atualização' das normas constitucionais. Aqui a

interpretação cumpre uma função muito além da de mero pressuposto de aplicação de um texto jurídico, para transformarse em elemento de constante renovação da ordem jurídica, de forma a atender, dentro de certos limites oriundos da forma pela qual a norma está posta, às mudanças operadas na sociedade, mudanças tanto no sentido do desenvolvimento quanto no de existência de novas ideologias.

Outrossim, cumpre esclarece que a partir da década de 40, as constituições que surgiram nos países europeus passaram adotar o modelo de supremacia da Constituição, o que resultou na necessidade das especificidades das novas normas constitucionais, o que ocasionou mudanças para o campo da interpretação constitucional.

Ademais, a supremacia da Constituição compreende que o sentido dos comandos irradia-se sobre toda a interpretação da norma infraconstitucional, direcionando a interpretação de todo o direito de um povo. Ademais, constata-se que o direcionamento ideológico da interpretação constitucional contamina todo o sistema jurídico, conforme diz Haberle[18] (1997, p.27):

Mesmo decisões em conformidade com a Constituição são constitucionalmente relevantes e suscitam, a médio e longo prazo, novos desenvolvimentos da realidade e da publicidade da Constituição. Muitas vezes, essas concretizações passam a integrar o próprio conteúdo da Constituição.

Em consequência das novas normas constitucionais que ocasionaram mudanças para o campo da interpretação constitucional, assim o constitucionalismo moderno passou a adotar princípios para a interpretação constitucional, estes princípios retores da interpretação constitucional faz com que a atitude da hermenêutica da Constituição possua movimentos específicos, o que será abordado no próximo tópico deste artigo.

Conclui-se, que a Constituição e o ordenamento jurídico dela derivada, demonstra a importância dos princípios e se utilizam cada vez mais os conceitos jurídicos indeterminados. Mais do que nunca se mostra verdadeira a assertiva de que toda norma jurídica, incluída a lei clara, demanda interpretação.

2. PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Segundo Canotilho[19] (2003, p. 1.148) tem-se um base de referência fundamental obrigatório da teoria da interpretação constitucional os "princípios tópicos da

interpretação constitucional". Canotilho apresenta um catálogo dos princípios tópicos da interpretação constitucional que contribui no desenvolvimento da interpretação.

Acerca do tema assevera Canotilho[20] (1993, p. 226-229):

(1) relevantes para a decisão (= resolução) do problema prático (princípio da relevância); (2) metodicamente operativos no campo do direito constitucional, articulando direito constitucional formal e material, princípios jurídico-funcionais (ex.: princípio da interpretação conforme a Constituição) e princípios jurídico-materiais (ex.: princípio da unidade da Constituição, princípio da efectividade dos direitos fundamentais); (3) constitucionalmente praticáveis, isto é, susceptíveis de ser esgrimidos na discussão de problemas constitucionais dentro da 'base de compromisso' cristalizada nas normas constitucionais (princípio da praticabilidade)

Diante disso, constata-se que os princípios constitucionais simbolizam o núcleo irreduzível da Constituição, de forma que as suas normas não podem ser interpretadas isoladamente, uma vez que o texto constitucional é fundamentado em princípios que lhe garantem harmonia e coerência.

Ademais, acerca do tema reforça George e Glauco Leite[21] (2008, p.35):

[...] os princípios constitucionais propiciam uma abertura da Constituição, permitindo um desenvolvimento de seu conteúdo mediante a atividade exegética por parte dos operadores do direito e da sociedade pluralista. Sem princípios em seu corpo, falta oxigênio ao texto constitucional [...]

Os princípios de interpretação especificamente constitucional revelam os valores maiores da ordem jurídica, uma vez que a constituição se posiciona no mais alto patamar do ordenamento jurídico pátrio, de onde emana a validade de todas as demais normas do ordenamento.

A propósito, Barroso[22] (2001, p. 149), em *Interpretação e Aplicação da Constituição*, elucida os princípios constitucionais como condicionantes da interpretação constitucional, afirmando que:

O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da

ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.

Lado outro, consoante Canotilho[23] o catálogo dos princípios de interpretação da Constituição é a seguinte: o princípio da unidade da Constituição; o princípio do efeito integrador; o princípio da máxima efetividade; o princípio da “justeza” ou da conformidade funcional; o princípio da concordância prática ou da harmonização; o princípio da força normativa da Constituição.

Segundo o princípio da unidade da Constituição a Constituição só pode ser compreendida e interpretada como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído pelas normas constitucionais, de forma que não haja contradições entre suas normas.

A principal finalidade do princípio da unidade da Constituição é o de evitar ou equilibrar discrepâncias ou contradições que possam surgir da aplicação das normas constitucionais. Nesse contexto, enuncia Canotilho[24] (1993, p. 226-227):

O princípio da unidade da constituição ganha relevo autónomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.

Desse modo, segundo este princípio a Constituição precisa ser entendida e interpretada em sua unidade, tendo em vista que todas as suas normas estão em mútua interação e dependência, não havendo a interpretação de textos isolados, e sim de todo o ordenamento constitucional.

Quanto ao princípio do efeito integrador, este estabelece que “na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política”[25]

O princípio de eficácia integradora possui como ideia o fato de que a Constituição propõe à criação e conservação da unidade política, motivo pelo qual tem-se predileção às soluções que promovam esta unidade, de forma a atender os limites da interpretação constitucional.

No que se refere o princípio da máxima efetividade, também conhecido como princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, estabelece que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”.^[26]

Sobre este princípio Canotilho^[27] (2003. p. 1.224) preceitua:

É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

De acordo com este princípio o intérprete devera prestigiar aquela interpretação que possibilite atuação da vontade constitucional. Nas lições de Barroso^[28] (2005. p. 316):

Efetividade significa a realização do direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o ser da realidade social.

Portanto, pode se concluir segundo este princípio que deve prevalecer as interpretações que tornem a norma constitucional mais próxima aos condicionamentos históricos do momento, de forma a garantir o interesse atual, com o objetivo de atingir a sua eficácia máxima a cada caso prático analisado^[29].

O princípio da “justeza” ou da conformidade funcional possui como objetivo impedir a alteração da repartição das competências constitucionalmente estabelecida. Desse modo, não cabe aos órgãos encarregados da interpretação da Constituição chegar a um resultado que subverta o esquema organizatório constitucionalmente estabelecido.

Acerca do princípio em questão o doutrinador Novellino^[30] (2009. p. 79) preceitua que este “atua no sentido de impedir que os órgãos encarregados da interpretação da Constituição, sobretudo o Tribunal Constitucional, cheguem a um resultado contrário ao esquema organizatório-funcional estabelecido por ela”.

Este princípio decorre da unidade da Constituição, uma vez que as normas constitucionais se ligam para indicar ao intérprete qual a competência de cada poder, o atendimento deste princípio preserva a Constituição e o Estado Democrático de Direito.

No sistema jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal – STF, é o órgão máximo de interpretação da Constituição, sendo o responsável por estabelecer a abrangência da norma constitucional, de forma que a sua interpretação não poderá chegar a resultados contraditórios aos estabelecidos constitucionalmente.

Para o doutrinador Silva[31] (2007, p. 129), no Brasil “o STF segue à risca essa ideia de conformidade funcional, que, aliada a uma interpretação anacrônica e estanque da separação de poderes, serve perfeitamente para justificar a omissão do Tribunal em casos de grande relevância política”

Já o princípio da concordância prática ou da harmonização requer “a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros”[32], nota-se que este princípio conjectura um conflito entre bens protegidos pela Constituição, cabendo ao intérprete estabelecer os limites de ambos os bens ou valores envolvidos, a fim de que ambos alcancem uma boa efetividade[33].

Nesse contexto, preceitua Canotilho[34](1993, p. 234):

O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a idéia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.

Nota-se que o princípio da concordância prática está ligado aos princípios da unidade e do efeito integrador e que este princípio requer a coordenação e a combinação dos bens jurídicos em conflito, de maneira a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros.

Neste seguimento, Mártires Coelho[35] (1997, p. 91) enuncia que “[...] os bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito ou concorrência, devem ser tratados de maneira que a afirmação de um não implique o sacrifício do outro, o que só se alcança na aplicação ou na prática do texto”.

Por fim, o princípio da força normativa da Constituição estabelece que o intérprete deve sempre optar por critérios que ajudem as normas da Constituição a obterem a máxima eficácia, uma vez que os condicionamentos históricos permanecem em constante mutação.

Neste sentido afirma Canotilho[36] que o intérprete “deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a ‘atualização’ normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência”.

Ainda segundo Canotilho[37] (1999. p. 1151):

[...] o princípio da força normativa da constituição na solução dos problemas jurídicos-constitucionais deve se dar prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição(normativa), contribuem para uma eficácia *ótima* da lei fundamental.

Conclui-se, portanto, que os a interpretação dos dispositivos constitucionais demanda um amplo conhecimento, sendo necessário que a sua interpretação seja realizada em consonância com a evolução política, social, econômica e cultural da sociedade.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como principal finalidade demonstra a importância da interpretação constitucional, uma vez que com a interpretação constitucional é possível extrair surpreendentes resultados de alteração das regras constitucionais sem que seja necessário alterar o texto normativo.

Constata-se que para a interpretação do texto constitucional, faz-se necessário a utilização de um método interpretativo diferenciado das demais normas do ordenamento jurídico, sendo imprescindível a utilização de um conjunto de princípios, com a finalidade de garantir o real sentido da norma.

Diante disso, constata-se a que a interpretação das normas constitucionais é profundamente relevante, uma vez que os princípios de interpretação servem de orientação máxima à elucidação de um problema prático de fundamento constitucional, os princípios servem para encontrar as diretrizes valorativas para aplicar à interpretação constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Christiano José de. **O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica**. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 11.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 4.ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 149.

BARROSO, Luís Roberto. **O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro**. In: SILVA, Virgílio Afonso. **Da Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 316.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**, São Paulo: Saraiva, 1982.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 1988, p. 232.

HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. **Direito constitucional**. 27. ed. Barueri: Manole, 2005.

HÁBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Imprensa: Porto Alegre, S.A. Fabris, 1997, p. 27.

HESSE, Konrad, **Escritos de Derecho Constitucional**. Imprensa: Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. Tradução: Pedro Cruz Villalon 1992.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984, p. 467.

LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. A abertura da constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (coord.). **Dos princípios**

constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição. São Paulo: Método, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade:** os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.**6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional,** 3ª ed. São Paulo: Método, 2009.

OLIVEIRA, José Alfredo de. **Teoria da Constituição.** São Paulo: Resenha Universitária, 1979.

SILVA, Vigílio Afonso da. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico,** in SILVA, Virgílio Atonso da (org.), Interpretação constitucional. Sao Paulo: Malheiros, 2007.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de direito constitucional,** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional,** 5a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

NOTAS:

[1] BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. **Curso de direito administrativo.** Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2016, p. 497.

[2] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984, p. 467.

[3] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 437.

[4] DINIZ. Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** São Paulo, Saraiva, 1988, p. 232.

[5] HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. **Direito Constitucional.** 27. ed. Barueri: Manole, 2005, p. p. 52-53

[6] BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais,** São Paulo: Saraiva, 1982, p.11-12.

- [7] BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**, São Paulo: Saraiva, 1982, p. 13.
- [8] TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de direito constitucional**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p.268.
- [9] OLIVEIRA, José Alfredo de. **Teoria da Constituição**. São Paulo: Resenha Universitária, 1979. p. 54.
- [10] ANDRADE, Christiano José de. **O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica**. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 11.
- [11] TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**, 5a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 25-26.
- [12] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 4.ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 98.
- [13] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 208.
- [14] MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 295-296.
- [15] MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.304-305.
- [16] BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: C. Bastos. 1997, p. 53.
- [17] BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: C. Bastos. 1997, p. 54
- [18] HÁBERLE. Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. mprensa: Porto Alegre, S.A. Fabris, 1997, p. 27.
- [19] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 57.
- [20] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 226-229.

[21] LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. A abertura da constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (coord.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição**. São Paulo: Método, 2008.

[22] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 4.ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p.149

[23] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 220.

[24] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 226-227.

[25] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1149.

[26] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 233.

[27] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.224.

[28] BARROSO, Luís Roberto. **O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro**. In: SILVA, Virgílio Afonso. *Da Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 316.

[29] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 97.

[30] NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**, 3ª ed. São Paulo: Método, 2009. p. 79.

[31] SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**, in SILVA, Virgílio Afonso da (org.), *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 129.

[32] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 59.

[33] HESSE, Konrad, **Escritos de Derecho Constitucional**. Imprenta: Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. Tradução: Pedro Cruz Villalon 1992, p. 48-49.

[34] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 234.

[35] COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 91.

[36] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 235.

[37] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1151.

ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E COLABORAÇÃO PREMIADA: UM DIÁLOGO POSSÍVEL

ANNA LUIZA MATTOS DUARTE:

Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais¹³.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo discutir os efeitos da rescisão dos acordos de colaboração premiada firmados entre o Ministério Públicos e os indiciados. O tema se justifica, na medida em que o colaborador ao descumprir o acordo deve ter ciência de todos seus efeitos previamente, proporcionando-lhe segurança jurídica ao realizar sua conduta, e possibilitando que lhe sejam aplicadas as sanções previstas com segurança pelo Poder Judiciário. Para perquirir tal objetivo é necessária a discussão sobre a natureza jurídica do acordo de colaboração premiada, diferenciando-se a hipótese de rescisão, das hipóteses de retratação e anulação. Com este trabalho espera-se elucidar a natureza negocial processual e contratual dos acordos de colaboração premiada, permitindo-se entender a possibilidade de se aplicar o instituto do adimplemento substancial ao acordo.

Palavras chave: Colaboração premiada. Acordo. Negócio jurídico processual. Contrato. Rescisão. Efeitos. Provas.

ABSTRACT: The aim of this study is to discuss the effects of termination of plea bargaining terms signed by and between Public Prosecution Office and the inditees. The choice of subject is justified, as the collaborator must have previous knowledge of the penalties applied in case of breaking the plea agreement, to assure that legal security is provided before his or her action and to enable security in the application of sanction by the Judiciary. To address that issue, the plea agreement's legal nature must be analyzed, distinguishing the termination from the retraction and annulment. Therefore, this study intends to clarify the procedural and contractual nature of the award-winning collaboration agreements, allowing to understand the possibility of applying the institute of substantial performance to the agreement.

¹³ Vencedora do prêmio "Raphael Magalhães e Cândido Neves" que a Faculdade concede ao bacharelado que obtiver a melhor desempenho na disciplina Direito Processual Civil, do ano de 2018, selecionada entre os melhores alunos da disciplina naquele ano. Estágio supervisionado em importantes órgãos da Administração Pública, como na Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, na Defensoria Pública da União e na Procuradoria Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Atualmente, ocupa o cargo de assessoria na Procuradoria de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Penal e Processual Penal, Direito Tributário e Processual Tributário, Direito Civil e Processual Civil. E-mail: annaluzamattos@gmail.com

Keywords: Plea bargaining. Agreement. Procedural legal business. Contract. Termination. Effects. Evidence.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, o Direito Processual Penal vem sendo reexaminado a partir de institutos do Direito Processual Civil.

O Código de Processo Penal tutela garantias inerentes à dignidade da pessoa humana, como é a liberdade de locomoção, tal característica fez com que, por muitos anos, a doutrina afirmasse que este deveria adotar unicamente postura garantista, impondo-se ao Estado a função de combater a criminalidade e ao mesmo tempo resguardar os direitos fundamentais do réu¹⁴.

Deste modo, a aplicação das normas processuais civis, em que impera a concepção liberal, ao processo penal é vista com grandes restrições por parte considerável dos criminalistas, que defendem que os valores tutelados no processo penal são diversos dos tutelados no processo civil¹⁵.

No entanto, como leciona Humberto Pinho e José Porto (2016), o ordenamento jurídico atual, sobretudo em matéria processual penal, possui elementos advindos de ambas as correntes, não sendo possível estabelecê-lo como unicamente liberal ou garantista.

Ademais, a aplicabilidade de normas processuais civis ao processo penal é possível na medida em que algumas disposições do Código de Processo Civil regulamentam princípios constitucionais e princípios gerais do direito¹⁶. Assim, segundo a dicção do art.3º do Código de Processo Penal é possível seu uso de forma complementar.

Antônio do Passo Cabral, aponta que a resistência à influência do processo civil ao processo penal vem sendo vencida a partir do reconhecimento de que o interesse público não é indisponível em sua totalidade: o que de fato existe são graus de disponibilidade,

14 PINHO, Humberto Dalla Bernardina; PORTO; José Roberto Sotero de Mello. Colaboração Premiada: um negócio jurídico processual? In: ESPÍÑERA, Bruno; CALDEIRA, Felipe. **Delação Premiada**: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016. P.115.

15 CABRAL, Antônio do Passo. Acordos Processuais no processo penal. In: DIDIER, FREDIE. **Repercussões do Novo CPC Processo Penal. V.13**. Juspodivm, 2016. P. 149.

16 Ibid., p. 149.

permitindo-se que até mesmo regras estabelecidas com fulcro no interesse público sejam flexibilizadas¹⁷.

Inclusive, os traços de cooperação entre as partes e protagonismo judicial dos sujeitos do processo penal, recentemente inseridos no ordenamento penal, demonstram a intenção do legislador em permitir flexibilizações em matéria de interesse público, sem que se abra mão de garantias constitucionais fundamentais, fato que levou ao crescimento da chamada “justiça penal consensual”.

A lei nº 9.099/9518, por exemplo, traz em seu artigo 89 a possibilidade de negociação entre as partes com objetivo de suspensão do processo a partir do cumprimento de condições estipuladas pelo Ministério Público e pelo Magistrado, e aceitas pelo acusado.

Ademais, a noção de cooperação entre as partes fortaleceu-se, sobretudo, a partir das inovações trazidas pelo Código de Processo Civil, recentemente editado pela lei nº 13.105/2015¹⁹. O referido inaugurou na disciplina processualística como um todo a noção cooperativa do processo de forma expressa, trazendo em seu rol de normas fundamentais o dever de cooperação entre as partes para atingir solução justa e efetiva, em tempo razoável (art.6º do Código de Processo Civil).

Sobre a noção cooperativa do processo, ensinam Humberto Pinho e José Porto²⁰:

Busca-se, em cada relação processual uma adequada resposta estatal, o que significa uma prestação jurisdicional moldada às partes, dentro de certos limites mínimos. É, pois, justamente nessa dinâmica que ganharão protagonismo as convenções processuais.

Em 2014, o fortalecimento da noção cooperativa do processo levou, inclusive, ao Ministério Público editar a Resolução nº118/2014²¹, em que se estipulou o dever de que

¹⁷ Ibid., p. 156.

¹⁸ BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. DF, 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm> Acesso em: 06 de junho 2018.

¹⁹ BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. DF, 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 06 de junho 2018.

²⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina; PORTO; José Roberto Sotero de Mello. Colaboração Premiada: um negócio jurídico processual? In: ESPÍÑERA, Bruno; CALDEIRA, Felipe. **Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello** – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016. P.119

²¹ BRASIL. Resolução 118/2014, de 01 de dezembro de 2014. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à

seus membros busquem programas e ações efetivas para prevenir e resolver conflitos de maneira extrajudicial, objetivando a celeridade e economia de recursos²².

Sobre a referida resolução, Antônio do Passo Cabral²³ destaca:

Sem embargo, a resolução, em seu art.16, autoriza o membro do Ministério Público, nos limites do ordenamento Jurídico, a celebrar acordos de natureza processual. Para além do direito material, o MP poderá convencionar, com vistas a constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais. E poderá fazê-lo em qualquer fase da investigação ou durante o processo, isto é, poderá celebrar convenções consensuais prévias ou incidentais.

Assim, o mesmo Cabral²⁴ conclui pela possibilidade de acordos processuais e materiais na seara penal. Estes acordos, por sua vez, podem ser inseridos em qualquer instrumento convencional, flexibilizando-se o procedimento e tornando-o eficiente, ao adequá-lo a vontade das partes, sem que isto signifique abrir mão de importantes garantias fundamentais²⁵.

Porém, ainda restam dúvidas sobre quais são os limites à negociação pelas partes dentro do processo penal.

Deste modo, o presente trabalho busca discutir as implicações e efeitos da rescisão dos acordos de colaboração premiada, vez que este é importante negócio jurídico processual inserido há pouco tempo no ordenamento jurídico, o que tem levado a quadros de insegurança jurídica, conforme será demonstrado.

2 A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. DF, 2014. Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_118_autocomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf> Acesso em: 06 de junho 2018.

²² CABRAL, Antônio do Passo. Acordos Processuais no processo penal. In: DIDIER, FREDIE. **Repercussões do Novo CPC Processo Penal. V.13**. Juspodivm, 2016. P. 170.

²³ Ibid., p. 170.

²⁴ CABRAL, Antônio do Passo. Acordos Processuais no processo penal. In: DIDIER, FREDIE. **Repercussões do Novo CPC Processo Penal. V.13**. Juspodivm, 2016.

²⁵ Ibid., p. 171.

Segundo Didier²⁶, a Teoria Geral do Direito é sistema que traz conceitos jurídicos gerais aplicáveis a todos os ramos do Direito.

A teoria do fato jurídico, por sua vez, disciplina a ocorrência dos fatos jurídicos e, por ser ramo da Teoria Geral do Direito é também aplicável a todos os fenômenos jurídicos existentes²⁷.

Primordialmente, deve se esclarecer que os fatos jurídicos são qualquer acontecimento que ocorra no mundo e que produza efeitos jurídicos – efeitos quais derivam fundamentalmente da lei²⁸.

Dentro da categoria dos fatos jurídicos estão localizados os negócios jurídicos²⁹.

Na definição de Antônio Junqueira de Azevedo³⁰, os negócios jurídicos podem ser descritos como:

Todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos [pelas partes], respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide.

Os negócios jurídicos são assim fatos jurídicos marcados pela existência de declaração de vontade, ao qual o ordenamento determina que produza os efeitos escolhidos pelas partes.

26 DIDIER, Fredie Jr; BONFIM, Daniela. **Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013):** Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Volume 62. P. 23-59, Outubro-Dezembro, 2016. P.25

27 Ibid., p. 25

28 GISCHKOW, Emílio. Gischkow. Classificação dos fatos jurídicos. **Revista dos Tribunais online.** São Paulo. Volume 53/1989, p. 43-53, Janeiro-Março, 1989.

29 DIDIER, Fredie Jr; BONFIM, Daniela. **Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013):** Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Volume 62. P. 23-59, Outubro-Dezembro, 2016. P.26

30 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico:** existência, validade e eficácia. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 2002. P. 16

Portanto, a vontade, em um negócio jurídico, atua, precipuamente, na escolha das consequências jurídicas a serem produzidas, indo além da determinação de como será realizado o acordo – como ocorre em outros fatos jurídicos³¹.

Cabe destacar, neste ponto, que a declaração de vontade que caracteriza o negócio jurídico, não é igual à manifestação de vontade que emana de cada uma das partes. A declaração de vontade a qual o ordenamento irá atribuir efeito jurídico é aquela resultante da junção das externalizações unilaterais de vontade, formando a “vontade acordada” pelas partes que será dotada de eficácia jurídica pelo ordenamento³².

A partir dessa definição, pode-se entender que a colaboração premiada é espécie de negócio jurídico processual, em que pese também se agregue ao negócio efeitos substancialmente materiais.

O legislador, ao editar a lei nº 12.850/1333, estatuiu que a participação do colaborador dentro do processo somente ocorrerá mediante celebração do acordo com o órgão ministerial ou delegado de polícia³⁴.

Esta celebração, por sua vez, somente ocorre a partir da externalização da vontade pelas partes³⁵.

Para formação do acordo de colaboração premiada, ocorre a união da proposta (manifestação de vontade do órgão de acusação ou delegado) e da aceitação desta pelo

31 DIDIER, Fredie Jr; BONFIM, Daniela. **Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013):** Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Volume 62. P. 23-59, Outubro-Dezembro, 2016. P.25

32 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 2002.

33 BRASIL. Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. DF, 2013. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm > Acesso em: 06 de junho 2018.

34 FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. Colaboração premiada: contornos segundo o sistema acusatório. Belo Horizonte. Editora D’Plácido, 2017. FALTA PAGINA

35 DIDIER, Fredie Jr; BONFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013): Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Volume 62. P. 23-59, Outubro-Dezembro, 2016. P.31

colaborador (segunda manifestação de vontade)³⁶. Juntas, estas declarações unilaterais de vontade formam a declaração de vontade consubstanciada no acordo a ser homologado pelo juiz, ao qual será atribuído efeito jurídico.

A vontade das partes é assim essencial para formação do acordo de colaboração premiada, estando presente em diversos momentos.

Fredie Didier e Daniela Bonfim assim anotam³⁷:

Sem a vontade do órgão ministerial ou da autoridade policial inexistente acordo de colaboração. [...] Do outro lado, para a formação do negócio de colaboração, exige-se a exteriorização de vontade do investigado/acusado colaborador. [...] A vontade das partes também atua no âmbito da eficácia do negócio, na escolha do seu conteúdo eficaz, dentro dos limites traçados. O ordenamento deixa, aqui, espaço para o exercício do autorregramento, que, como todo espaço para o autorregramento, é limitado pelo próprio sistema. As partes negociam e definem a prestação de colaboração, que passa a ser devida, justamente, em razão do negócio. Há, assim, definição de consequência jurídica e do seu conteúdo. [...] Há, também, definição da consequência jurídica que tem como fim a extinção do direito ao silêncio, que, se invocado, seria incompatível com a obrigação de colaboração assumida. [...]

Deste modo, no momento de celebração do acordo as partes definem os deveres e direitos de cada qual, estabelecendo obrigações recíprocas.

O Supremo Tribunal Federal, em HC 127.483/PR de relatoria do Min. Dias Toffoli³⁸, reconheceu que os acordos de colaboração premiada, para além de meio de obtenção de prova, são também negócios jurídicos processuais, por preverem consequências na esfera processual – vez que o principal objetivo pretendido no acordo é a efetiva cooperação do colaborador, assim fundamentando:

36 GOMES, Orlando. Contratos. 1. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1959. p. 64-65 -PEGUEI DO HC: 127483/PR DO STF PAG. 20

37 DIDIER, Fredie Jr; BONFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013): Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Volume 62. P. 23-59, Outubro-Dezembro, 2016. P.32-33

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 127.483/PR**. Relator Ministro Dias Toffoli. 2015. P. 12-13. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 08 Abr 2018.

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. Dito de outro modo, embora a colaboração premiada tenha repercussão no direito penal material (ao estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o imputado-colaborador, se resultar exitosa sua cooperação), ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal.

Por fim, aponte-se que, para além dos efeitos processuais, o acordo também dispõe sobre efeitos materiais a serem produzidos pela vontade das partes. Esses efeitos materiais são previstos no rol do art.4º, *caput*, §§2º, 3º e 4º da lei 12.850/1339.

Ademais, em que pese existam críticas ao oferecimento de benefícios não previstos em lei pelo Ministério Público, certo é que o Supremo Tribunal Federal vem homologando acordos em que as consequências jurídicas extrapolam o rol previsto na lei 12.850/13.

No acordo de colaboração premiada realizado entre Alberto Youssef e o Ministério Público Federal, por exemplo, foram acordados diversos benefícios não previstos na lei 12.850/13, como a aplicação de multa em patamar mínimo (cláusula 5º, VI) e a fixação de período de tempo máximo em que o colaborador cumprirá pena em regime fechado (cláusula 5º, III) 40.

Porém, estes benefícios não são o principal objetivo dos acordos, inclusive porque, apesar de transacionados pelas partes, eles somente serão entregues ao colaborador,

39 BRASIL. Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. DF, 2013. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm > Acesso em: 06 de junho 2018.

40 **Termo de Acordo de Colaboração Premiada entre o Ministério Público e Alberto Youssef**. Brasília, Setembro de 2014. Página 7. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>>. Acesso em 27 de maio de 2018.

depois de verificado, pelo magistrado, a ocorrência de efetiva colaboração, cumprindo-se os objetivos especificados no art.4º, incisos I a V da lei 12.850/1341.

Assim, conclui-se que a colaboração premiada é espécie de negócio jurídico processual, pois a declaração de vontade consubstanciada no acordo feito entre Ministério Público e colaborador, possibilita a escolha dos efeitos jurídicos pela parte, sobretudo no que concerne aos elementos procedimentais, vez que visa à cooperação do indiciado para alcançar os objetivos tutelados em lei.

3 COLABORAÇÃO PREMIADA COMO CONTRATO

A colaboração premiada é negócio jurídico processual firmado entre o Ministério Público e o indiciado.

Pretende-se explicar no presente capítulo, que, para além de meio de obtenção de prova e negócio jurídico, a delação premiada é também contrato.

Os negócios jurídicos bilaterais se perfazem através de duas manifestações de vontade, coincidentes sobre determinado objeto. Essa coincidência é a qual se dá o nome de acordo de vontades.

Assim, nesta espécie de negócio, cada parte é polo homogêneo que exterioriza sua vontade e se compromete a prestar parcela da obrigação acordada. Nas palavras de Didier e Bonfim: "tais deveres de prestar estão em relação causal recíproca: um é a razão de ser da outra" 42.

Porém, essa comunhão de vontades nem sempre é harmoniosa.

Quando há interesse comum, os negócios jurídicos bilaterais são classificados como convenções. Lado outro, quando os interesses são divergentes, como ocorre na colaboração premiada, é possível se falar na existência de contratos⁴³.

41 BRASIL. Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. DF, 2013. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm > Acesso em: 06 de junho 2018.

42 DIDIER, Fredie Jr; BONFIM, Daniela. **Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013):** Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Volume 62. P. 23-59, Outubro-Dezembro, 2016. P.35

43 DIDIER, Fredie Jr; BONFIM, Daniela. **Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013):** Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Volume 62. P. 23-59, Outubro-Dezembro, 2016. P.34

A colaboração premiada depende da realização da proposta pelo *Parquet* ou delegado de polícia, e a aceitação do colaborador. A comunhão de vontades destas duas partes forma a declaração de vontade expressa no acordo, caracterizando sua bilateralidade⁴⁴.

Porém, embora a declaração de vontade que forma o acordo afirme o interesse comum das partes em perquirir um determinado objetivo – elucidar crimes e outros objetivos expressos nos incisos do art.4º da lei 12.850/2013⁴⁵ e atribuir benefícios a quem prestou auxílio investigativo - quando analisadas as manifestações unilaterais dos contratantes, pode-se verificar a ocorrência de desejos diametralmente opostos.

Nesse sentido é a lição de Didier e Bonfim⁴⁶:

De um lado, o Ministério Público (ou o delegado, com a participação do Ministério Público) espera (e tem direito em razão do negócio) colaboração do investigado ou acusado com o fim de colher informações e elementos de prova. Este interesse não é comum; cuida-se de vantagem buscada pelo órgão de investigação ou acusação. Tanto não é interesse comum que a colaboração costume significar ao colaborador assumir a participação no delito. Tanto não é interesse comum que, para tanto, o colaborador abra mão do direito ao silêncio. Do outro lado, o colaborador terá, como vantagem contraposta à obrigação assumida, uma decisão judicial penal que signifique o perdão judicial, a redução de pena privativa de liberdade ou a sua conversão em pena restritiva de direito. É por esta razão que o colaborador celebra o negócio e obriga-se a colaborar.

Assim, pode-se observar que o réu tem interesse em adquirir os benefícios previstos no acordo, comprometendo-se para isso a prestar declarações sobre o que sabe. De outro

⁴⁴ Ibid., p. 34

⁴⁵ BRASIL. Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. DF, 2013. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em: 06 de junho 2018.

⁴⁶ DIDIER, Fredie Jr; BONFIM, Daniela. **Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013):** Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Volume 62. P. 23-59, Outubro-Dezembro, 2016. P.34-35

lado, o Ministério Público deseja obter as informações prestadas, oferecendo benefícios para incentivar o colaborador.

Os contratos ainda podem ser divididos em onerosos e gratuitos.

Os contratos gratuitos podem ser definidos como aqueles em que só uma das partes auferir vantagem, em contrapartida, os contratos onerosos são aqueles que impõem ônus e vantagens a ambas as partes 47.

A partir desta definição não resta dúvidas de que a colaboração premiada é contrato oneroso.

De um lado há o colaborador, que, ao mesmo tempo em que auferir benefícios de ordem material e processual, tem de renunciar ao seu dever de silêncio e entregar informações relevantes à persecução penal. De outro lado, o Estado, que se beneficia com os dados trazidos pelo colaborador, deve conceder-lhe os benefícios contratados⁴⁸.

Deste modo, conclui-se pela natureza contratual dos acordos de colaboração premiada, em razão de contrapor objetivos desejados unilateralmente pelas partes através da imposição de obrigações recíprocas que distribuem ônus e vantagens aos dois polos da relação jurídica.

3.1 Colaboração premiada – existência, validade e eficácia

Antônio Junqueira de Azevedo leciona que a análise do fato jurídico deve ocorrer em dois planos: primeiro verifica-se se ele existe - plano da existência - e depois se ele produz efeitos - plano da eficácia⁴⁹.

Deste modo, sendo o negócio jurídico espécie de fato jurídico, ele também poderia ser analisado nesses dois planos.

Porém, como no negócio jurídico a declaração de vontade destaca-se pela capacidade desta de produzir efeitos jurídicos, fato que diferencia o negócio jurídico dos demais fatos jurídicos, faz-se necessário avaliar se essa manifestação é válida.

47 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. Volume 3. 11ª edição – São Paulo: Saraiva, 2014, p.65.

48 DIDIER, Fredie Jr; BONFIM, Daniela. **Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013)**: Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Volume 62. P. 23-59, Outubro-Dezembro, 2016. P.36

49 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 2002.

Assim, o autor sugere que, para além de verificar a existência e a eficácia do negócio, deva-se analisar a validade da declaração de vontade.

Deste modo, os negócios jurídicos devem ser estudados em três planos: existência, validade e eficácia, de modo verificar a regularidade do negócio no mundo fático⁵⁰.

Sendo a colaboração premiada espécie de negócio jurídico, ela também deverá ser analisada mediante a verificação do preenchimento desses três planos: se há elementos que comprovem sua existência, se estão presentes os requisitos para sua validade, e se o acordo apresenta os fatores necessários à sua eficácia. Somente com a análise de todos estes planos é possível verificar a realização eficiente do acordo de delação premiada na prática.

Ainda de acordo com Antônio Junqueira de Azevedo, para melhor verificação da realização de um negócio jurídico deve-se utilizar a técnica da eliminação progressiva, em que primeiro examina-se o plano da existência, seguido do plano da validade, e por fim o plano da eficácia⁵¹.

Assim, se no plano da existência, faltar um dos elementos próprios a todos os negócios jurídicos, não haverá negócio jurídico. Se houver os elementos, mas não estiverem preenchidos os requisitos da validade tratar-se-á de um negócio existente, mas não válido. Se preenchidos os elementos e requisitos, mas faltar um fator de eficácia, será um negócio jurídico ineficaz⁵².

Conclui o autor, que se opõe ao negócio existente, o negócio inexistente. Ao negócio válido, se opõe o inválido (divide-se, porém, em negócio nulo e anulável) e, por fim, se opõe ao negócio eficaz, o ineficaz. Sendo certo ainda que o negócio jurídico inexistente, inválido e ineficaz tem diferentes consequências práticas na vida das partes e da sociedade em geral⁵³.

3.1.1 A colaboração premiada inexistente

50 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 2002.

51 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 2002.

52 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 2002.

53 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 2002.

A colaboração premiada, para ser considerada existente, deve ser composta de elementos de existência.

Para se estudar o conceito de elementos de existência, deve-se, em primeiro lugar, esclarecer-se que o conceito de negócio jurídico trata-se, na verdade, de uma abstração⁵⁴.

Os negócios jurídicos que ocorrem entre as partes no cotidiano de uma sociedade são negócios jurídicos particulares⁵⁵. No caso da colaboração premiada, cada acordo de colaboração é um negócio jurídico particular.

Esses negócios jurídicos particulares estão inseridos em uma categoria maior ("categoria abstrata intermediária"), que, por seu turno, está dentro de outra ainda maior ("categoria abstrata final")⁵⁶.

Os elementos de existência diferenciam-se dependendo da categoria a ser analisada, ou seja, dependendo do seu grau de abstração. Assim, podem existir elementos gerais (comuns a qualquer negócio jurídico, pois estão presentes na categoria abstrata final) e elementos categoriais (próprios de cada tipo de negócio) e ainda elementos particulares (existem para um negócio determinado).⁵⁷

Deste modo, são elementos gerais, presentes em todos os negócios jurídicos, a forma, o objeto e as circunstâncias negociais. São elementos categoriais aqueles que definem a natureza jurídica de cada negócio – definidos em lei. Por fim, são elementos particulares aqueles adicionados pelas partes, que somente existem em um negócio jurídico concreto⁵⁸.

54 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 2002.

55 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 2002.

56 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 2002.

57 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 2002.

58 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 2002.

O Min. Dias Toffoli, relator do HC 127.483/PR59, asseverou que o acordo de colaboração premiada existe quando há a formalização da proposta e sua respectiva aceitação, devendo ainda conter, conforme prevê o art.6º da lei 12.850/13:

i) o relato da colaboração e seus possíveis resultados; ii) as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; iii) a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; e iv) as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor. Por sua vez, “a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família”, prevista no inciso V do referido dispositivo legal, afigura-se um elemento particular eventual, uma vez que o acordo somente disporá sobre tais medidas ‘quando necessário’.

Observa-se que o artigo 6º da lei 12.850/1360 traz os elementos categoriais que devem estar presentes para que se considere o acordo de delação premiada como existente.

Assim, se em um acordo de colaboração premiada não estiver presente o relato da colaboração e seus possíveis resultados, ou se não estabelecer as condições, ou ainda se não estiver expressa a declaração de aceitação dos termos pelo colaborador devidamente assistido, e devidamente assinado pelas partes envolvidas, não há que se falar em invalidade ou ineficiência do acordo, porquanto, o que se verifica é que o acordo é inexistente.

A consequência da inexistência do acordo é a não produção de nenhum efeito jurídico almejado e acordado pelas partes.

3.1.2 Da colaboração premiada inválida

Depois de verificada a existência do acordo, deve-se analisar sua validade.

59 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 127.483/PR**. Relator Ministro Dias Toffoli. 2015. P. 21-22. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 08 Abr 2018.

60 BRASIL. Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. DF, 2013. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em: 06 de junho 2018.

Antônio Junqueira de Azevedo define o plano da validade como as qualidades que o negócio jurídico deve ter para ser considerado conforme o ordenamento jurídico. Assim, os requisitos de validade são características, definidas em lei, que a declaração de vontade deve ter para que o negócio seja válido⁶¹.

Destarte, para ser considerado um negócio jurídico válido, a declaração de vontade deverá ser: a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade; d) deliberada sem má-fé.

O objeto (declaração de vontade), por sua vez, deve ser a) lícito; b) possível c) determinado ou determinável⁶².

Porém, os requisitos de validade não se esgotam nas qualidades anteriormente citadas, pois recaem sobre todos os elementos de existência do negócio jurídico, assim, cada elemento terá seus próprios requisitos.

Restringindo a análise do presente trabalho apenas à declaração de vontade, forçoso concluir que, o acordo de colaboração premiada, cuja declaração de vontade foi obtida mediante coação do colaborador, é negócio jurídico inválido, porquanto que sua vontade não é livre.

O mesmo ocorre com a declaração de vontade emitida com erro sobre a situação fática, pois, neste caso, não há plena consciência da realidade.

De igual forma, se verificada a má-fé de qualquer uma das partes, durante a propositura do acordo, a declaração de vontade consubstanciada no acordo também restará viciada, invalidando-o.

Inclusive, o art. 4º, *caput* e §7º, da lei 12.850/1363 estabelece como requisitos de validade do acordo que a colaboração seja realizada de forma voluntária pelo colaborador, sendo também regular e legal, nos termos do artigo.

61 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 2002.

62 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 2002.

63 BRASIL. Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. DF, 2013. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm > Acesso em: 06 de junho 2018.

Essa aferição da regularidade, voluntariedade e legalidade da declaração de vontade consubstanciada no acordo é tarefa que incumbe ao juiz, quando da homologação do acordo (art. 4º, §7º Lei 12.850/13).

Os efeitos da anulação dos acordos de colaboração premiada serão tratados em fase posterior do presente trabalho, sendo, por ora, suficiente entender sua configuração.

3.1.3 Da colaboração premiada ineficaz

Os fatores de eficácia são aqueles que, quando presentes, fazem com que os objetivos jurídicos desejados pelas partes se realizem⁶⁴.

Os fatores de atribuição de eficácia podem ser divididos em três categorias.

A primeira é chamada de fatores de atribuição da eficácia em geral, definindo-se como aqueles sem os quais o ato praticamente nenhum efeito produz.

A segunda categoria é nomeada fatores de atribuição da eficácia diretamente visada, definindo-se como aqueles indispensáveis para que um negócio jurídico já eficaz venha a produzir exatamente os efeitos pretendidos pelas partes, estes se relacionam, em geral, com a legitimidade do agente (poder que o agente tem para realizar eficazmente o negócio jurídico).

Por fim, há os chamados fatores de atribuição de eficácia mais extensa, que se traduzem naqueles indispensáveis para que um negócio jurídico plenamente eficaz dilate seu campo de atuação, tornando-se oponível a terceiros (efeito *erga omnes*)⁶⁵.

No Habeas Corpus nº 127.483, o Ministro Relator Dias Toffoli⁶⁶, assim asseverou sobre os fatores de eficácia do acordo de colaboração premiada:

O acordo existente e válido somente será eficaz se for submetido à homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). Esse provimento interlocutório, que não julga o mérito da pretensão acusatória, mas sim resolve uma questão incidente, tem natureza

64 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 2002.

65 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 2002.

66 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 127.483/PR**. Relator Ministro Dias Toffoli. 2015. P. 25. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 08 Abr 2018.

meramente homologatória, limitando-se a se pronunciar sobre a “regularidade, legalidade e voluntariedade” do acordo (art. 4º, § 7º, da lei nº 12.850/13).

Assim, o único elemento necessário para que o acordo de colaboração premiada produza efeitos jurídicos é sua homologação pelo magistrado competente.

Na decisão homologatória o magistrado deve se limitar a verificação da voluntariedade, legalidade e regularidade do acordo (art.4º, §7º da lei 12.850/1367), ou seja, deve-se restringir à análise da existência e validade do negócio jurídico.

Assim, somente a partir da homologação é que se torna possível que o colaborador receba o prêmio, caso, ao final do procedimento seja verificada a veracidade e contribuição da sua colaboração para elucidação do fato criminoso.

Neste ponto, interessante distinguir os conceitos de eficácia e eficiência do acordo de colaboração premiada.

A eficácia é elemento que compõe o negócio jurídico, tornando-o apto a produzir os efeitos jurídicos objetivados pelas partes. A eficácia, no acordo de colaboração premiada é obtida com sua homologação pelo juízo competente, nos termos do art. 4º, §7º, da Lei n. 12.850/1368.

Lado outro, a eficiência, ou efetividade será verificada quando da prolação da sentença, se verificada a obtenção de um ou mais resultados enumerados nos incisos do art. 4º da lei 12.850/13 cumulativamente aos requisitos da efetividade e voluntariedade da colaboração, conforme dita o § 11º do mesmo artigo.⁶⁹

Nesse sentido, ensina Manoela Cacho⁷⁰:

Em suma, a partir do momento em que é firmado o acordo de colaboração premiada, a colaboração deve ocorrer até o fim do processo. A colaboração efetiva em si consiste no dever do

67 BRASIL. Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. DF, 2013. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm > Acesso em: 06 de junho 2018.

68 CACHO, Manoela Andrade. **Colaboração Premiada e o princípio da obrigatoriedade**. 2015. P.75.Tese (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

69 Ibid., p.73

70 Ibid., p.73.

colaborador de permanentemente, colocar-se à disposição das autoridades para cooperar sempre que preciso, comparecendo em juízo ou perante a autoridade policial, bem como acompanhando as diligências necessárias à apuração da infração penal.

Deste modo, ainda que os benefícios prometidos e a cooperação efetiva do colaborador ainda não tenha se verificado, ou seja, que as partes que compõem o pacto, ainda não tenham cumprido suas obrigações, o acordo de colaboração premiada é eficaz a partir do momento de sua homologação, na medida em que garante ao indiciado o direito subjetivo ao prêmio caso ele coopere⁷¹, e garante ao órgão acusador que o colaborador irá adotar postura cooperativa, podendo, inclusive, ser sancionado caso não o faça.

4 A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA INADIMPLÊNCIA: REDUÇÃO DOS BENEFÍCIOS OU RESCISÃO?

Embora não se discuta, na doutrina, que a rescisão do acordo de colaboração premiada é sanção à parte que descumpriu o acordo, há tentativa, por parte, de alguns colaboradores de que a rescisão não ocorra - mesmo em casos em que o descumprimento é comprovado.

O requerimento de rescisão do acordo é realizado pelo Ministério Público ao Poder Judiciário, que, ao comprovar o descumprimento do pactuado, autoriza que a resolução do contrato ocorra. Admite-se, com essa decisão, que as provas produzidas por aquele acordo possam ser utilizadas contra terceiros, contra o próprio delator e que se percam os benefícios prometidos e/ou concedidos.

Essa análise pelo Poder Judiciário deve levar em consideração o grau de culpa ou dolo do comportamento de quem descumpriu o negócio jurídico⁷².

Deste modo, discute-se a possibilidade de não revogação do acordo quando verificado o descumprimento irrisório da obrigação – aplicando-se, ao acordo de colaboração premiada, uma espécie de “teoria do adimplemento substancial”.

71 PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada**: Legitimidade e Procedimento. 3ª edição. Uritiba: Juruá, 2016, p. 146.

72 MARIGHETTO, ANDRÉA. **Apologia ao instituto do acordo de colaboração e sua rescisão**. Conjur. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-31/andrea-marighetto-apologia-acordo-colaboracao-rescisao>>. Acesso em: 01 Abr 2018.

A teoria do adimplemento substancial pode assim definida, segundo Viana⁷³:

O adimplemento substancial analisa a obrigação em seu aspecto essencial, e não secundário. Examina se, no caso concreto, a obrigação foi cumprida em seus pontos relevantes, importantes, essenciais. Não supervaloriza elementos de somenos importância. O adimplemento substancial não permite, por exemplo, a resolução do vínculo contratual se houver cumprimento significativo, expressivo das obrigações assumidas.

Assim, nos casos em que o cumprimento da obrigação ocorre em nível muito próximo ao resultado pretendido pelas partes quando da formalização do contrato, argumenta-se que deve ser negado o direito à resolução contratual requerido por uma das partes.

Justifica-se a aplicação do instituto pela necessidade de tratar com equidade as partes, quando evidenciada situação fático-jurídica que, caso seja resolvido o contrato, levará a parte inadimplente a prejuízo desproporcional à sua contribuição contratual⁷⁴.

Assim, o juiz, na análise do pedido de rescisão do acordo de delação premiada, pode levar em consideração a função social do contrato e determinar que o contrato seja mantido, aplicando-se a teoria do adimplemento substancial.

Nesse sentido, Andréa Marighetto justifica⁷⁵:

Considerado que [nos acordos de colaboração premiada]: a) os interesses envolvidos não são unicamente de natureza jus-privatista, mas também de ordem público, que refletem a necessária promoção e manutenção da segurança jurídica das relações jurídicas envolvidas; b) os interesses tutelados afetam a própria funcionalidade e legitimação do instituto da colaboração premiada e, por isso, entre as Partes, deve ser garantido o respeito do princípio da boa-fé e os demais princípios e valores do Ordenamento Jurídico e do Estado Democrático de Direito; c) a colaboração [mediante a apresentação

73 VIANA, José Ricardo Alvarez, ADIMPLENTO Substancial, **REVISTA ELETRÔNICA TRT 4ª Região**, Rio Grande do Sul, Ano IV, Número 62, 1ª Quinzena de Setembro de 2008, p.2. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/80553/2008_viana_jose_adimplemento_substancial.pdf?sequence=1 (Acesso em 01/04/2018)

74Ibid., p. 2

75 MARIGHETTO, ANDRÉA. **Apologia ao instituto do acordo de colaboração e sua rescisão**. Conjur. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-31/andrea-marighetto-apologia-acordo-colaboracao-rescisao>>. Acesso em: 01 Abr 2018.

de informações etc.] necessariamente deve já ter sido apresentada pelo colaborador de Justiça “no momento da conclusão do negócio que comporta a concessão da prestação premial a favor do colaborador (sinalagma estrutural e funcional)”, deixando de fato em andamento uma relação de continua colaboração caracterizada para ser uma “área cinza”, ou seja, não definida ou definível, por se entender que o mecanismo de rescisão do acordo de colaboração tenha que — necessariamente — ser também acertado e declarado pela intervenção do juiz, após juízo sobre a efetiva culpabilidade do colaborador (inclusive verificando as condições de aplicação da teoria do adimplemento substancial).

Sobre a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial José Ricardo Alvarez Viana⁷⁶ aponta que, para sua aplicação é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: a) cumprimento expressivo do contrato; b) prestação realizada que atenda à finalidade do negócio jurídico; c) boa-fé objetiva na execução do contrato; d) preservação do equilíbrio contratual; e) ausência de enriquecimento sem causa e de abuso de direito, de parte a parte.

Certo que nem todos estes requisitos encontram correspondência quando o contrato em análise se trata de negócio jurídico processual penal, como é a colaboração premiada.

Neste trabalho proceder-se-á à análise dos requisitos que podem ser aplicáveis à hipótese da colaboração premiada.

O primeiro requisito a ser avaliado é o cumprimento expressivo do contrato. Até mesmo em matérias em que a teoria do adimplemento substancial é amplamente aceita, como no caso dos contratos de seguro, discute-se o que significaria o cumprimento expressivo do contrato.

Isto porque a relevância e o grau de cumprimento do acordo de colaboração premiada são identificados na medida em que são cumpridos os objetivos previstos no art.4º, incisos I a V.

76 VIANA, José Ricardo Alvarez, ADIMPLENTO Substancial, **REVISTA ELETRÔNICA TRT 4ª Região**, Rio Grande do Sul, Ano IV, Número 62, 1ª Quinzena de Setembro de 2008, p.4. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/80553/2008_viana_jose_adimplemento_substancial.pdf?sequence=1 (Acesso em 01/04/2018)

Essa análise somente é possível no caso concreto. No acordo de delação premiada firmado por Joesley Batista e a Procuradoria Geral de Justiça, por exemplo, a defesa do colaborador argumenta que ele ajudou a identificar vários delitos, não sendo razoável a rescisão do contrato devido às pequenas omissões.

Porém, deve-se novamente ponderar que a colaboração premiada é espécie de negócio jurídico fundamentalmente processual. Deste modo, não cumprida a principal obrigação do acordo (que é a efetiva cooperação no processo), acredita-se difícil considerar que o cumprimento do contrato ocorreu de forma expressiva.

O segundo requisito diz respeito a que a prestação realizada atenda à finalidade do negócio jurídico. A finalidade da realização da colaboração premiada é auxiliar o Estado a desvelar ilícitos. Inclusive, tal finalidade é clara se observada os objetivos específicos dispostos no art.4º, incisos I a V da lei 12.850/13.

Deste modo, pode-se afirmar que há evidente interesse social nas declarações prestadas pelo colaborador. Assim, nos casos de descumprimento por falsa imputação ou mentira, decerto que há violação da finalidade do instituto, porque tal conduta vai de encontro aos objetivos previstos em lei.

Nesses casos, mesmo que a colaboração premiada ajude a elucidar alguns delitos, não será possível admitir a teoria do adimplemento substancial, porquanto os interesses sociais foram manifestamente violados.

Diferentemente, ocorre no caso de omissões.

Discute-se se a postura do colaborador que ajudou o Estado a conhecer 99% dos crimes, deveria receber sanção tão grave como a rescisão do contrato. A finalidade do acordo somente estaria cumprida se ele colaborasse para descoberta de 100% dos ilícitos?

As obrigações previstas nos acordos de colaboração premiada são amplas e genéricas, obrigando o colaborador a entregar “todas as provas de ilícitos que tem conhecimento”.

Alguns autores apontam que essa problemática tem raízes na elaboração dos acordos de colaboração premiada, porque estes não delimitam quais crimes ou condutas estão sendo investigadas, ocorrendo verdadeira “pescaria” de ilícitos nas declarações do colaborador, não sendo possível sancionar o comportamento do delator que não esclarece

um ilícito determinado, porque nem mesmo o Ministério Público sabia da existência deste em momento anterior à colaboração⁷⁷.

Porém, deve-se ponderar que o contrato de colaboração premiada é contrato incompleto.

As partes ao assinarem o acordo pretendem obter as melhores condições para si. O contrato, então, irá estabelecer mecanismos que permitam a análise de desempenho e contingência das condutas cooperativas do colaborador, definindo o chamado “payoff” - quadro de ações que o colaborador tem que realizar para ter acesso ao prêmio.

O contrato, para ser considerado completo deveria descrever todas as hipóteses de contingência (possibilidade de que alguma coisa aconteça ou não. Ex: se trazer a prova X, receberá Y, senão, será punido com Z).

Porém, devido à impossibilidade de se prever todas as hipóteses de descumprimento de um acordo, todos os contratos são, de alguma forma, incompletos⁷⁸.

Deste modo, para maior controle da eficácia da colaboração, é necessária a delimitação mais precisa possível das obrigações a serem realizadas pelo colaborador, imputando a cada uma delas, pena pelo seu descumprimento. Neste sentido, Alexandre Morais Rosa⁷⁹ sugere:

A segunda questão: cláusulas. Qual é a importância do Direito Civil? Lá no Direito Civil, os professores ensinam uma coisa que é a cláusula penal. A cláusula penal é uma cláusula pela qual você, se descumprir o contrato, recebe uma punição. Ótimo. Lá eles estudam e mostram que a cláusula penal não pode ser única. Você tem de ter cláusulas penais: se descumprir isso, acontece isso; se descumprir isso, acontece isso; se descumprir duas, acontece aquilo. Nós temos de pensar em adimplemento substancial, nós temos de pensar em institutos civilistas nessa hora da aplicação.

77 ROSA, Alexandre Morais. **RELATÓRIO PARCIAL COLABORAÇÃO PREMIADA**. CONGRESSO NACIONAL CPMI – JBS. P.148

78 ARAUJO, Luiz Nelson Porto. Colaboração Premiada e Teoria Econômica da Barganha na Operação Lava Jato. **Delta – Economics and Finance**. Texto para Discussão. P. 34. 2017.

79 ROSA, Alexandre Morais. **RELATÓRIO PARCIAL COLABORAÇÃO PREMIADA**. CONGRESSO NACIONAL CPMI – JBS. P.149

Porém, diante da impossibilidade de que os contratos sejam totalmente completos, deve-se considerar que estes, quando homologados pelo juiz competente são obrigacionalmente completos. Isto porque para que o Magistrado os reconheça como existente e válido, ele precisa concluir que os termos pactuados são suficientemente completos para que o descumprimento possa ser verificado, ou seja, nos casos em que os juízes entenderem que existem termos incompletos, o contrato não será homologado⁸⁰.

Sobre o requisito da boa-fé na execução do contrato, este proíbe a aplicação da teoria do adimplemento substancial quando o colaborador mente em suas declarações.

Os deveres de boa fé também são lesados através de ações do colaborador que pretendem criar embaraços à investigação, ou que ainda omitem informações relevantes em seus depoimentos, posturas que também, se ocorridas, não permitirão a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Sobre o requisito da preservação do equilíbrio contratual, este visa impedir que a penalidade aplicada seja muito gravosa à parte inadimplente, desequilibrando a relação contratual previamente estabelecida.

A análise deste requisito somente é possível no caso concreto. Isto porque para se saber se a aplicação da penalidade aplicada é severa deve-se observar o grau de violação do contrato pela parte, a posição social e o acesso à informação que a parte possua, sua intencionalidade, dentre outras variáveis apenas verificáveis no caso concreto.

Por fim, analisa-se se a conduta do colaborador não gerou enriquecimento sem causa ou abuso de direito. No caso da colaboração premiada esse requisito deve ser interpretado para verificar se o descumprimento do contrato trouxe ao colaborador alguma vantagem pessoal ou visou beneficiar terceiros.

Decerto que esta análise se circunscreve ao dolo da conduta do colaborador ao descumprir o acordo. Se verificada a intencionalidade na omissão da prova para beneficiar a si ou a terceiros, não poderá ser admitida a teoria do adimplemento substancial, por violação dos próprios princípios fundamentais do negócio jurídico, como o da boa fé.

Assim, a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial aos negócios jurídicos de colaboração premiada encontra dificuldades de configuração em quase todos os requisitos avaliados, o que, por sua vez, não impede sua aplicação aos acordos, por se tratarem eles de verdadeiros contratos processuais penais. Porém, essa avaliação deve ser realizada pelo Magistrado quando da análise do pedido de rescisão pelo órgão acusador,

⁸⁰ARAÚJO, Luiz Nelson Porto. Colaboração Premiada e Teoria Econômica da Barganha na Operação Lava Jato. **Delta – Economics and Finance**. Texto para Discussão. P. 35. 2017

devendo levar em consideração os objetivos do instituto e os efeitos da declaração de rescisão.

5 EFEITO DA RESCISÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA.

Os efeitos da rescisão do acordo de colaboração premiada, embora não estejam previstos de forma expressa na Lei 12.850/1381, encontram-se presentes em todos os termos de colaboração premiada firmados entre a Procuradoria Geral de Justiça e os acusados da operação lava jato.

A cláusula nº27 do acordo firmado entre a PGR e Joesley Batista⁸² assim dispõe sobre os efeitos da rescisão do acordo:

Cláusula 27 - Em caso de rescisão do acordo por sua responsabilidade exclusiva, o COLABORADOR perderá automaticamente direito aos benefícios que lhe forem concedidos em virtude da cooperação com o Ministério Público Federal, permanecendo hígidas e válidas todas as provas produzidas, inclusive depoimentos que houver prestado e documentos que houver apresentado, bem como válidos quaisquer valores pagos ou devidos a título de multa.

Cláusula 28 - Se a rescisão for imputável ao Ministério Público Federal, o COLABORADOR poderá, a seu critério, fazer cessar a cooperação, preservados os benefícios já concedidos e as provas já produzidas.

No mesmo sentido prevê o acordo firmado entre a PGR e Lúcio Bolonha Funaro⁸³:

81 BRASIL. Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. DF, 2013. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm > Acesso em: 06 de junho 2018.

82 **TERMO DE ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA ASSINADO ENTRE JOESLEY MENDONÇA BATISTA E A PGR**, 2017. Disponível em <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/05/joesley-PET_7003_APENSO_1-1.pdf>. Acesso em 06 de junho de 2018.

83 **TERMOS DE ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA ASSINADO ENTRE LÚCIO FUNARO E A PGR**. Brasília, 2017. Disponível em <<https://www.poder360.com.br/wp-content/uploads/2017/10/Termo-de-Acordo-Lu%CC%81cio-Funaro.pdf>>. Acesso em:06 de junho de 2018.

Cláusula 26. Rescindido o Acordo por responsabilidade exclusiva do COLABORADOR, todos os benefícios pactuados em seu favor no presente Acordo, deixarão de ter efeito, permanecendo hígidas e válidas todas as provas produzidas, inclusive depoimentos que houver prestado e documentos que houver apresentado, bem como mantidos quaisquer valores pagos a título de multa nos termos deste Acordo.

Cláusula 27. Rescindido o Acordo por responsabilidade exclusiva do MPF, o COLABORADOR poderá, a seu critério, cessar a colaboração, assegurada a manutenção dos benefícios já concedidos e provas já produzidas. (TERMO DE ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA ASSINADO ENTRE LÚCIO BOLONHA FUNARO E A PGR, 2017, p.12)

A mesma previsão ocorre, nos acordos firmados entre a Procuradoria Geral da República e Paulo Roberto Costa⁸⁴, Alberto Youssef⁸⁵, e Ricardo Ribeiro Pessoa⁸⁶. Supremo Tribunal Federal homologou todos os precitados termos de acordo de colaboração premiada.

Como cedição, a homologação do termo de colaboração premiada significa que aqueles estão de acordo com os padrões de legalidade e validade admitidos pela Corte Superior sendo, portanto, contratos aptos a produzir os efeitos neles prescritos – inclusive no que diz respeito aos efeitos rescisórios.

Desta forma, pode-se compreender que o efeito da rescisão dos acordos, como previsto de forma expressa nos termos assinados entre a PGR e os colaboradores, é a continuidade da validade e hígidez da prova produzida, que continua podendo ser utilizada para embasar a condenação criminal, inclusive de terceiros – desde que corroborada por outras provas (art. 4º, §16 da lei 12.850/2013).

A rescisão, ainda, devido ao seu caráter sancionador, permite que as provas produzidas possam ser utilizadas contra o próprio delator. Isto porque, com a rescisão do

84 **TERMO DE ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA ASSINADO ENTRE PAULO ROBERTO COSTA E A PGR.** Brasília, 2014, P.15, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-acordo-delacao-paulo-roberto.pdf>>. Acesso em: 31 Mar 2018.

85 **TERMO DE ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA ASSINADO ENTRE ALBERTO YOUSSEF E A PGR.** Brasília, 2014, P.15. Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>>. Acesso em: 31 Mar 2018.

86 **TERMO DE ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA ASSINADO ENTRE RICARDO RIBEIRO PESSOA E A PGR.** Brasília, 2015, p.10-11, Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/09/397_ACORDO1.pdf>. Acesso em: 31 Mar 2018.

acordo há a perda dos benefícios e imunidades adquiridos, o que possibilita seu uso contra a parte anteriormente imune pelo termo.

Sobre a perda dos benefícios previstos no contrato, ensina Frederico Valdez Pereira⁸⁷:

[o colaborador] que venha a descumprir algumas das condições dessa negociação formalizada, ou resolva, simplesmente, voltar atrás na sua opção de colaborar com a justiça, passando a refutar suas anteriores declarações sintetizadas e corporificadas no acordo, negando-se, desta forma, a prosseguir na postura colaborativa. Neste caso, é certo que o protagonista do acordo de colaboração que descumprir os termos do acordo não poderá ser beneficiado por nenhum prêmio no momento da sentença, uma vez que os efeitos premiais dependem da manutenção da postura colaborativa. Por outro lado, os elementos probatórios, os demais dados obtidos, ou as diligências realizadas a partir das revelações e informações anteriormente prestadas pelo agente seguem hígidas, com suas potencialidades de elemento investigatório, meio de pesquisa da prova ou meio de prova inteiramente preservadas.

Assim, a perda dos benefícios significa que o indiciado não terá direito à redução de pena, alteração de marcos prescricionais, e todos os outros benefícios de ordem material previstos no acordo.

Perde-se também à imunidade eventualmente adquirida. Torna-se possível que o Ministério Público utilize-se das provas trazidas pelo réu, inclusive da sua própria confissão, para fundamentar denúncia contra os réus.

A própria cláusula que determina o efeito da rescisão não insere nenhuma reserva ao uso das provas contra o próprio colaborador, como faz a lei no caso de retratação, *in verbis*: “as partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor” (art.4 § 10 da Lei 12.850/1388).

87 PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada**: Legitimidade e Procedimento. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2016. P. 149.

88 BRASIL. Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio

Inclusive, a hipótese já se verificou na prática.

A rescisão do acordo de colaboração premiada de Fernando Moura foi o primeiro contrato de delação a ser resolvido pelo juiz Sergio Moro, no âmbito da Operação Lava Jato.

Verificou-se, no contexto analisado, que o réu teria mentido em suas declarações, fato que levou a rescisão do acordo.

A partir desta rescisão, os benefícios previstos no acordo não foram concedidos.

Inclusive, o Magistrado assim dispôs em sentença⁸⁹:

Como já fundamentado nos itens 773807, não cabe a concessão, sendo esta também a posição do MPF, de benefícios ao condenado por conta do acordo de colaboração violado. Ao ali argumentado, agrego que apesar dos aparentes esforços do condenado, sequer até o momento foi depositado em Juízo o valor acordado para indenização cível. De todo modo, isso, por si só, não seria suficiente para relevar a violação do acordo ou conceder os benefícios nele previstos.

O juiz, também utilizou as informações trazidas pelo próprio acusado para fundamentar a condenação do ex-colaborador, motivo pelo qual inclusive foi reconhecida a concessão da atenuante da confissão espontânea ao colaborador⁹⁰:

Reconheço a atenuante da confissão, nos termos do art. 65, III, "d", do CP, uma vez que, apesar das idas e vindas do condenado em seus depoimentos, ele reconheceu a sua responsabilidade criminal com clareza no último depoimento, motivo pelo qual reduziu a pena para quatro anos de reclusão.

de 1995; e dá outras providências. DF, 2013. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em: 06 de junho 2018.

89 BRASIL. 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba. **PROCESSO n.º 504524184.2015.4.04.7000**. Juiz Federal: Sérgio Fernando Moro. Curitiba, 17 maio 2016. P. 256. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/denuncias-do-mpf/documentos/sentencajosedirceu.pdf>>

90 BRASIL. 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba. **PROCESSO n.º 504524184.2015.4.04.7000**. Juiz Federal: Sérgio Fernando Moro. Curitiba, 17 maio 2016. P. 255. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/denuncias-do-mpf/documentos/sentencajosedirceu.pdf>>

As declarações e provas trazidas por Fernando Moura ainda foram utilizadas, na mesma sentença, para corroborar – junto a outras provas, a condenação de outros dez réus⁹¹.

Sobre a possibilidade de utilização das provas após rescisão do contrato também já se manifestaram Raquel Dodge⁹² e Rodrigo Janot⁹³ - representantes do Ministério Público Federal envolvidos na maior parte dos acordos de colaboração premiada realizados na Operação Lava Jato.

O Supremo Tribunal Federal, em HC 127.483, também firmou entendimento de que, uma vez homologado o acordo, ele se torna existente, válido e eficaz, o que implica a preservação de seus efeitos até verificado seu descumprimento. Verificado o inadimplemento contratual, o acordo não produz mais efeitos, deixando o colaborador de ser agraciado com os benefícios que seriam alcançados na sentença penal condenatória. Porém, as provas continuam válidas, porque sua validade é pretérita ao descumprimento do acordado⁹⁴.

Lado outro, certo é que a rescisão de acordo de colaboração premiada não impede que seja realizado acordo posterior.

Como já dito, a colaboração premiada é verdadeiro contrato entre as partes. Isso significa que para sua formação é necessário que exista um acordo de vontades entre as partes – ou seja, é preciso que elas atuem com autonomia.

Desta forma, o Ministério Público, no uso de suas atribuições constitucionalmente previstas, atuando como parte na defesa de direitos e interesses da sociedade, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal (art. 129, III, da

91 BRASIL. 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba. **PROCESSO n.º 504524184.2015.4.04.7000**. Juiz Federal: Sérgio Fernando Moro. Curitiba, 17 maio 2016. P. 255. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/denuncias-do-mpf/documentos/sentencajosedirceu.pdf>>

92PEROBELLI, Amanda. **Rescisão de delação não invalida prova, diz Raquel Dodge**. Portal Isso é Notícia. 27 Set 2017. Disponível em <<https://www.issoenoticia.com.br/artigo/rescisao-de-delacao-nao-invalida-prova-diz-raquel-dodge>>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

93_MACEDO, Fausto. Janot diz ao STF que rescindiu acordo de delação com Joesley e Saud. Blogs: Fausto Macedo. Política. Jornal Estado de São Paulo. São Paulo, 14 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/janot-informa-ao-stf-rescisao-de-acordo-de-joesley-batista-e-ricardo-saud/>>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

94 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 127.483/PR**. Relator Ministro Dias Toffoli. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666> Acesso em 08/04/2018.

CR/88), deve formular proposta de colaboração premiada sempre que haja interesse na contribuição daquele indiciado.

Para esta escolha, Andrey Borges de Mendonça (2013), indica que o membro do Ministério Público deve ter cautela ao realizar a colaboração, buscar que o colaborador corrobore as informações por ele trazidas ao processo, observada também a necessidade de fazer acordos com baixos integrantes da organização criminosa para incriminar seus líderes (o que se justifica, para buscar a persecução criminal dos membros mais poderosos de uma organização) 95.

Assim, atendidos estes requisitos e verificada a ausência de informação do Estado sobre o funcionamento da organização criminosa, sobre os seus líderes e estrutura hierárquica, bem como os outros demais objetivos expressos nos incisos do art.4º da lei 12.850/1396, o Ministério Público tem liberdade para propor novo acordo de colaboração premiada.

Chama-se atenção para o fato de que o novo acordo deve versar sobre fato diverso do acordo rescindido, pois, as provas sobre o fato que versava o termo de colaboração premiada descumprido já foram entregues pelo colaborador e o Ministério Público tem liberdade para usá-las, por estas permanecerem híginas e válidas após a rescisão, conforme já demonstrado.

Ademais, essa possibilidade é confirmada pelo fato de que seja possível serem realizados vários acordos de colaboração premiada pelo mesmo indiciado, versando cada um sobre fatos distintos delimitados no termo de pré-acordo. Assim, com a superveniência de rescisão em um deles, não se afeta os outros acordos celebrados.

O que é possível, neste caso, é que o Magistrado ao aplicar o prêmio dos acordos ainda vigentes e legais, avalie a personalidade do colaborador de forma negativa, tendo em vista o descumprimento de outro acordo, conforme orienta o art.4º, §1º da lei 12.850/13.

95 MENDONÇA, Andrey Borges. A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). **Custos Legis**. Rio de Janeiro, 2013. V.4 Disponível em: <<http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view>>. Acesso em: 22 Abr 2018.

96 BRASIL. Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. DF, 2013. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em: 06 de junho 2018.

Lado outro, a reduzida confiabilidade do colaborador que já teve um contrato rescindido, não deve ser óbice a feitura de novo acordo pelo Ministério Público. Isto porque, o novo acordo também deverá ser corroborado por outras provas para ensejar condenação (art.4º, §16º da lei 12.850/13), ficando também o colaborador sujeito às penalidades da rescisão, caso haja descumprimento do acordado.

Destarte, conforme demonstrado, a hipótese de rescisão não se confunde com as hipóteses de retratação e de anulação, e assim seus efeitos também se distinguem daqueles previstos para as espécies.

Na retratação, a prova produzida embora possa ser utilizada contra terceiros não pode ser utilizada contra o colaborador, os benefícios também não são concedidos, porque não houve efetiva colaboração. Na anulação, a prova não pode ser utilizada, nem contra o colaborador, nem contra terceiro, e os benefícios também não são concedidos, pois há vício que macula o negócio jurídico.

Assim, somente na rescisão é possível a utilização da prova pelo Ministério Público, tanto contra o réu, quanto contra os demais indiciados envolvidos naquela organização criminosa, sendo determinada a perda dos benefícios anteriormente concedidos, o que não impede, por outro lado, a realização de novo acordo entre as mesmas partes, desde que versando sobre fatos diferentes dos tratados no pacto rescindido.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar os principais efeitos da rescisão dos acordos de colaboração premiada. Em que pese a lei 12.850/1397 tenha avançado em vários aspectos ao prever o procedimento da colaboração premiada como um todo, ela não inseriu, em nenhum dos seus dispositivos, a previsão dos efeitos da resolução do acordo em razão do seu descumprimento, o que é fonte de insegurança jurídica para todos que desejam realizar negócios jurídicos com o Ministério Público.

Objetivando descrever e analisar os principais efeitos da rescisão dos acordos de colaboração premiada, fez-se necessário comprovar algumas premissas. Em primeiro lugar, foi necessário enquadrar a colaboração premiada como negócio jurídico processual, uma

97 BRASIL. Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. DF, 2013. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm > Acesso em: 06 de junho 2018.

vez que a vontade das partes é determinante para que seja possível realizar o principal efeito dos pactos: a cooperação do colaborador.

Noutro sentir, a colaboração premiada, como negócio jurídico, ainda possui natureza contratual, por ser acordo firmado entre partes com interesses opostos, em que a pretensão de cada parte se satisfaz a partir da prestação da obrigação pactuada pela outra, ou seja, a vantagem do Ministério Público importa em ônus para o colaborador e vice versa.

Ainda foi necessário distinguir a hipótese de rescisão, retratação e anulação dos acordos, porque cada uma dessas gera efeitos distintos para as partes.

Somente a partir disto foi possível entender os principais efeitos da colaboração premiada, quais sejam: a) a perda de todos os benefícios pactuados; b) a manutenção da higidez e validade das provas trazidas pelo colaborador e daquelas obtidas a partir dessas.

Estes efeitos são verdadeira punição ao colaborador que descumpre os deveres inerentes aos negócios jurídicos, como os da boa-fé, lealdade, cooperação, etc.

Ressalte-se que a rescisão do acordo, não significa a impossibilidade de que seja realizado novo contrato posterior, desde que este verse sobre fatos distintos do primeiro.

Assim, o presente trabalho, a partir da análise de termos de acordos rescindidos, consulta à doutrina e à jurisprudência, buscou entender as repercussões da rescisão do efeito de colaboração premiada na vida do colaborador que descumpre o pactuado.

Sua contribuição à comunidade acadêmica, desta forma, está em esclarecer alguns conceitos, delinear a natureza jurídica do meio de obtenção de prova trazido pela lei 12.850/13, e trazer mais clareza e segurança para aplicação do instituto, de modo a garantir a segurança jurídica necessária a todos os campos do Direito, em especial, ao Direito Penal.

Por fim, destaca-se que a noção de negócio jurídico processual, antes restrita ao juízo cível, há algum tempo vêm encontrando substrato na legislação processual e material penal.

Deste modo, o Direito Penal vem sendo permeado por institutos tipicamente cíveis, sobretudo no que concerne aos negócios jurídicos. Os limites da transposição de regras aplicáveis aos negócios jurídicos cíveis para os negócios jurídicos penais ainda não são claros, sobretudo devido à diferença dos valores e garantias tutelados em cada esfera.

Assim, ainda há a necessidade de que a doutrina e a jurisprudência caminhem no sentido de melhorar as técnicas aplicáveis aos contratos realizados em âmbito penal,

sobretudo no que se refere ao instituto da colaboração premiada, de modo que sua aplicação ocorra com a máxima efetividade e segurança jurídica possível.

7 REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Nelson Porto. **Colaboração Premiada e Teoria Econômica da Barganha na Operação Lava Jato**. Delta – EconomicsandFinance. Texto para Discussão. 2017.

ARRUDA, Rejane Alves; PEREIRA, Ricardo de Souza. **Organização Criminosa** – comentário à lei 12.850/13, de 05 de agosto de 2013. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 2002.

BRASIL. 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba. **PROCESSO n.º 504524184.2015.4.04.7000**. Juiz Federal: Sérgio Fernando Moro. Curitiba, 17 maio 2016. P. 255. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/denuncias-do-mpf/documentos/sentencajosedirceu.pdf>>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

BRASIL. 13ª Vara Federal de Curitiba. **AÇÃO PENAL Nº 504524184.2015.4.04.7000/PR**. Juiz Federal Sérgio Fernando Moro. Curitiba, 17 Maio 2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/denuncias-do-mpf/documentos/sentencajosedirceu.pdf>>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

BRASIL. Decreto-Lei N.º 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.. DF, 194'. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 06 de junho de 2018.

BRASIL. Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. DF, 2013. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em: 06 de junho 2018.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. DF, 2015. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 06 de junho 2018.

BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. DF, 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm> Acesso em: 06 de junho 2018.

BRASIL. Resolução 118/2014, de 01 de dezembro de 2014. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. DF, 2014. Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_118_autocomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf> Acesso em: 06 de junho 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar 4.352 – Distrito Federal**. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 10 Set 2017. Disponível em <<https://www.jota.info/justica/leia-a-integra-da-decisao-de-fachin-10092017>>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 127.483/PR**. Relator Ministro Dias Toffoli. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 08 Abr 2018.

CABRAL, Antônio do Passo. Acordos Processuais no processo penal. In: DIDIER, FREDIE. **Repercussões do Novo CPC Processo Penal. V.13**. Juspodivm, 2016.

CACHO, Manoela Andrade. **Colaboração Premiada e o princípio da obrigatoriedade**. 2015. Tese (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

CRUZ, Flávio Antônio da. **Delação Premiada: Observações Pontuais**. Justificando, 8 Nov 2017. Disponível em <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/11/08/delacao-premiada-observacoes-pontuais/>>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Anulação e rescisão da colaboração premiada**: institutos que não se confundem. Estadão. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/anulacao-e-rescisao-da-colaboracao-premiada-institutos-que-nao-se-confundem/>> Acesso em: 26 Mar 2018.

D' URSO, Luiz Flávio Borges. Delação Premiada: proibição para quem está preso. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Brasília, Ano XI, nº66, Jun-Jul 2015.

DIDIER, Fredie Jr; BONFIM, Daniela. **Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013)**: Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Volume 62. Outubro-Dezembro, 2016.

FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. **Colaboração premiada:** contornos segundo o sistema acusatório. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2017.

FRANCO, Francisco Manoel de Mello; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Disponível em: <<https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#0>>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

GALHARDE, Lucas Tadeu Coiado. **Ministério Público e colaboração premiada.** 2016. Tese (Pós Graduação em Direito Penal e Processual Penal) – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, São Paulo.

GISCHKOW, Emílio. Gischkow. Classificação dos fatos jurídicos. **Revista dos Tribunais online.** São Paulo. Volume 53/1989, Janeiro-Março, 1989. Disponível em <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3968237/mod_resource/content/0/classifica%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Fatos%20Jur%C3%ADdicos.pdf>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

GONÇALVES, Carlos Roberto **Direito civil brasileiro:** contratos e atos unilaterais. Volume 3. Carlos Roberto Gonçalves. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** Responsabilidade Civil. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p.57.

HARTMANN, Guilherme Kronenberg. **Processo colaborativo: atuação laboriosa dos sujeitos processuais.** 2011. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro Centro de Ciências Sociais Faculdade de Direito. Rio de Janeiro.

MACEDO, Fausto. **Janot diz ao STF que rescindiu acordo de delação com Joesley e Saud.** Blogs: Fausto Macedo. Política. Jornal Estado de São Paulo. São Paulo, 14 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/janot-informa-ao-stf-rescisao-de-acordo-de-joesley-batista-e-ricardo-saud/>>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

MARIGHETTO, Andréa. **Apologia ao instituto do acordo de colaboração e sua rescisão. Conjur.** 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-31/andrea-marighetto-apologia-acordo-colaboracao-rescisao>>. Acesso em: 01 Abr 2018.

MENDONÇA, Andrey Borges. A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). **Custos Legis.** Rio de Janeiro, 2013. V.4 Disponível em: <<http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao->

[premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view>](#). Acesso em: 22 Abr 2018.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada**: Legitimidade e Procedimento. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2016.

PEROBELLI, Amanda. **Rescisão de delação não invalida prova, diz Raquel Dodge**. Portal Isso é Notícia. 27 Set 2017. Disponível em <<https://www.issoenoticia.com.br/artigo/rescisao-de-delacao-nao-invalida-prova-diz-raquel-dodge>>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; PORTO; José Roberto Sotero de Mello. Colaboração Premiada: um negócio jurídico processual? In: ESPIÑERA, Bruno; CALDEIRA, Felipe. **Delação Premiada**: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

ROSA, Alexandre Morais. **Relatório Parcial de Colaboração Premiada. Congresso Nacional CPMI – JBS**. Brasília, sem data.

TERMO DE ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA ASSINADO ENTRE ALBERTO YOUSSEF E A PGR. Brasília, 2014. Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>>. Acesso em: 31 mar 2018.

TERMO DE ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA ASSINADO ENTRE JOESLEY MENDONÇA BATISTA E A PGR, 2017. Disponível em <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/05/joesley-PET_7003_APENSO_1-1.pdf>. Acesso em 06 de junho de 2018.

TERMO DE ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA ASSINADO ENTRE PAULO ROBERTO COSTA E A PGR. Brasília, 2014. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-acordo-delacao-paulo-roberto.pdf>>. Acesso em: 31 mar 2018.

TERMO DE ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA ASSINADO ENTRE RICARDO RIBEIRO PESSOA E A PGR, 2015. Disponível em http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/09/39_7_ACORDO1.pdf>. Acesso em: 31 mar 2018.

TERMOS DE ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA ASSINADO ENTRE LÚCIO FUNARO E A PGR. Brasília, 2017. Disponível em <<https://www.poder360.com.br/wp->

content/uploads/2017/10/Termo-de-Acordo-Lu%CC%81cio-Funaro.pdf>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

TÓRTIMA, Fernanda. **Direitos e Deveres na Delação Premiada**. Cotidiano. O Paraná – Jornal de Fato. 02 Ago 2016. Disponível em: <<https://www.oparana.com.br/noticia/direitos-e-deveres-na-delacao-premiada>>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

VIANA, José Ricardo Alvarez, ADIMPLEMENTO Substancial, **REVISTA ELETRÔNICA TRT 4ª Região**, Rio Grande do Sul, Ano IV, Número 62, 1ª Quinzena de Setembro de 2008, p.4. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/80553/2008_viana_jose_adimplemento_substancial.pdf?sequence=1>. Acesso em: 01 Abr 2018.

STARTUPS, INOVAÇÕES DISRUPTIVAS E NOVOS MERCADOS À LUZ DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA

RENATO DE ASSIS PINHEIRO:

Advogado, professor, escritor, debatedor, conferencista. Graduado em Direito pela Universidade FUMEC-MG. Pós-graduado em Direito Processual pela PUC-MG. Pós-graduado em Direito Médico pela Universidade de Araraquara/SP. Pós-Graduando em MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas/RJ.⁹⁸

Resumo: O presente capítulo possui o objetivo de analisar os impactos da Lei de Liberdade Econômica na atuação e no desenvolvimento dos novos negócios e dos novos mercados no Brasil, sobretudo das *startups* inovadoras e tecnológicas, que trazem inovações disruptivas ao mercado nacional. Conforme será demonstrado, o ambiente de negócios já foi diretamente impactado pela Lei, indicando a criação no Brasil de condições nunca vistas para o desenvolvimento de novos negócios e direcionando o país para o alcance de condições de igualdade com os principais do mundo, no quesito liberdade de negócios. A perspectiva de impacto da Lei não se limita aos novos mercados, apontando também para os mais ultrapassados e arcaicos, como, por exemplo, grande parte dos mercados regulados na segunda metade do século passado, mediante regras criadas com o claro objetivo de travar o ambiente de negócios e tornar o Estado o único protagonista, em todos os ambientes. Neste estudo, notar-se-á que a lei elevou o país a um nível de liberdade e de favorecimento de negócios nunca visto em sua história e que grande parte de seu conteúdo tratou essencialmente de simplificar o ambiente de negócios, retirando o peso do Estado das pequenas empresas, sobretudo as inovadoras.

Palavras-chave: Liberdade econômica. Inovações Disruptivas. Novos mercados. *Startups*.

Abstract: This chapter aims to analyze the impacts of the Economic Freedom Law, in the performance and development of new businesses and new markets in Brazil, especially of

⁹⁸ Professor do curso de Direito Médico e Odontológico da UCA (Universidade Corporativa da ANADEM). Professor do curso de Direito da Regulação da UCA (Universidade Corporativa da ANADEM). Especialista em Terceiro Setor. Coautor do livro "Direito Processual e o Constitucionalismo Democrático Brasileiro" – 2009. Autor do livro "Socorro Mútuo: Como a Proteção Veicular revolucionou o mercado de Proteção Patrimonial e de Seguros do Brasil" – 2019. Conselheiro Jurídico e Científico da ANADEM – Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética. Acadêmico Efetivo e Vitalício na área de Ciências Jurídicas da Academia Latino-Americana de Ciências Humanas. Secretário Geral da Unidade Brasil da ASOLADEME – Asociación Latinoamericana de Derecho Médico. E-mail: renato@renatoassis.com.br

innovative and technological startups, which bring disruptive innovations to the national market. As will be demonstrated, the business environment was directly impacted by the law, creating conditions in Brazil never seen before for the development of new businesses, and placing our country on an equal footing with the main ones in the world in terms of business freedom. The impact of the law was not limited to the new markets, but also acted on the most archaic, such as, for example, a large part of the regulated markets in the middle of the last century, through rules created with the clear objective of halting the business environment and making the state protagonist in all environments. In this study, we note that the law has elevated our country to a level of freedom and favoring business that has never been seen in our history, and that much of its content has essentially tried to simplify the business environment, removing the weight of the state of small companies, especially innovative ones.

Keywords: Economic freedom. Disruptive Innovations. New markets. Startups.

Sumário: 1 As inovações disruptivas. 2. A liberdade econômica e as inovações de mercado no mundo. 3. A deficiente regulação no Brasil. 4. A Lei da Liberdade Econômica e as *Startups*. 5. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Um dos principais índices de medição do desenvolvimento dos países atualmente utilizado é seu grau de liberdade econômica. Tal métrica possui relação direta com a capacidade de geração de riqueza do país, o seu desenvolvimento social e econômico, os seus níveis de empreendedorismo e as dificuldades impostas pelo Estado à inovação, a dependência dos cidadãos à máquina pública e diversos outros índices de medição de desenvolvimento social e econômico.

O Brasil sempre esteve mal colocado no ranking de desenvolvimento econômico dos países, figurando eternamente na sua metade inferior. Fato justificado não só pela inexistência de diploma sobre o tema, mas também pelo papel historicamente exercido pelo Estado ante o particular, sendo protagonista de toda a atividade econômica e travando a iniciativa privada de todas as formas possíveis.

Contudo, a recente publicação da Lei da Liberdade Econômica, criada com vistas às mais modernas leis acerca do tema em todo o mundo, trouxe o tema à baila, acendendo a discussão acerca da assertividade dos termos da nova Lei e a perspectiva de melhora do ambiente econômico nos próximos anos. Afinal, a Lei da Liberdade Econômica irá de fato favorecer o ambiente de negócios para as *startups* que trazem as inovações disruptivas?

Por óbvio, tal análise deve ser feita com base em casos de outros países, onde as leis que tratam do tema encontram-se em vigor há mais tempo. Tal análise pode indicar a efetividade do novo diploma brasileiro, sobretudo se favorecer de forma inédita o ambiente de negócios para os novos mercados, onde atuam as *startups* que trazem as inovações disruptivas. Mas pode também expor que a superficialidade da Lei não é suficiente para diminuir o peso do Estado ante as pequenas empresas e os novos negócios.

Para desvendar o tema com assertividade, analisar-se-ão todos os aspectos da Lei, prevendo seus impactos no ambiente de negócios e confrontando tais percepções com métricas internacionais acerca dos impactos da aprovação dos referidos diplomas em países de todo o mundo.

1 AS INOVAÇÕES DISRUPTIVAS

O conceito de *inovação disruptiva* foi desenvolvido por Clayton M. Christensen, em sua obra "O Dilema do Inovador", publicada no ano de 1997. Tal fenômeno econômico-social é descrito pelo autor como inovações tecnológicas, serviços ou produtos que causam grandes rupturas aos padrões estabelecidos e, até então, consolidados no mercado. Esses fenômenos mercadológicos estão cada vez mais presentes no ambiente corporativo e no dia a dia das pessoas em todo o mundo nas últimas décadas. É uma grande marca da quarta revolução industrial (vivenciada neste exato momento) e que possui como força motriz a inteligência artificial e a automação.

Esse processo, também chamado de *uberização*, popularizou-se em praticamente todos os segmentos devido também à proximidade trazida pela tecnologia e às infinitas possibilidades de negócios *peer-to-peer* (P2P) e *business-to-consumer* (B2C), quebrando padrões estabelecidos desde a época da primeira revolução industrial.

Entre aqueles que empreendem com sucesso nos dias atuais, é consenso que, para administrar qualquer negócio (sobretudo os disruptivos), é necessária uma boa dose de dinamismo. Pode-se ilustrar a questão, citando um interessante paradigma acerca da distribuição de produtos e serviços no decorrer das décadas. O automóvel demorou mais de 60 anos para atingir 50 milhões de usuários, enquanto o cartão de crédito levou menos de 30 anos para tanto. Já o celular levou somente 12 anos, enquanto a internet levou 7 anos para tal marca. O Facebook demorou somente 3 anos! E, anos depois, o jogo *Pokemon Go* precisou de meros 19 dias.

Essas inovações sempre causaram impacto na população, mas é inegável o enorme desconforto trazido aos modelos de negócio até então dominantes (e em processo de obsolescência) e até mesmo ao próprio poder público, pela quebra de paradigmas e padrões há muito estabelecidos na regulação do mercado.

Assim, tão logo surgem, esses negócios inovadores veem-se em uma grande batalha contra os atuais *players* do mercado, que se posicionam de forma patriarcal na defesa de sua reserva de mercado. Contudo, o mais absurdo (e inesperado) é que, além de enfrentar tal batalha, as regulamentações e exigências governamentais frequentemente se erguem como gigantes na estrada para o crescimento desses pequenos negócios, trazendo porventura regras de regulação que desvirtuam ou até inviabilizam a consolidação das inovações no mercado. O apoio, que deveria vir do Estado em prol de mais oferta no mercado e benefícios inovadores para a sociedade, vem em sentido totalmente contrário. Um absurdo paradoxo.

É incontroverso que as regras legais devem existir minimamente, de forma que a inovação no mercado não dependa da morosidade do Estado para cada passo dado. Mas as regulamentações de novos mercados e inovações no Brasil, que ocorrem, em regra, de forma imposta e não negociada, possuem um diabólico histórico. Costumam visar mais à perpetuação de monopólios e interesses de minorias do que ao bem social.

Por esse motivo, a maior batalha entre os empresários tradicionais (ou ultrapassados) e os inovadores (e visionários) ocorre no campo da burocracia, visto que os novos disruptivos são péssimos burocratas, e velhos burocratas são péssimos na arte da inovação.

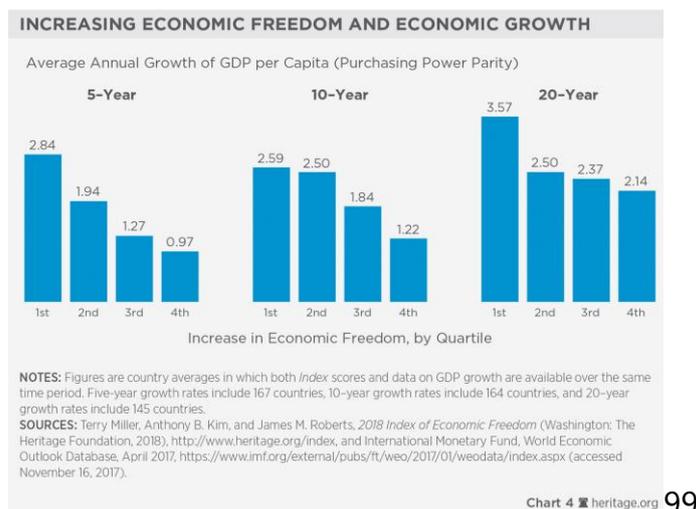
Dada essa realidade histórica, o Governo Federal tem trabalhado junto ao Congresso Nacional de forma ativa para promover uma importante mudança, no intuito de levar o Brasil à era da economia digital, junto a tantos outros países do mundo, com um ambiente positivo para o nascimento e o desenvolvimento das famosas *startups*, das quais se falará mais adiante. Para tanto, a desburocratização do mercado faz-se imprescindível, visando a uma evolução à altura dos números que serão vistos a seguir.

2 A LIBERDADE ECONÔMICA E AS INOVAÇÕES DE MERCADO NO MUNDO

Diversos estudos internacionais apontam para os inegáveis benefícios gerados em países por todo o mundo pelo aumento da liberdade econômica, assim como os impactos negativos ao desenvolvimento em outros que contam com mais restrições nesse sentido. O gráfico mais abaixo retrata com extrema clareza a ligação entre o grau de liberdade econômica e a capacidade de geração de riqueza para a população de países em todo o mundo.

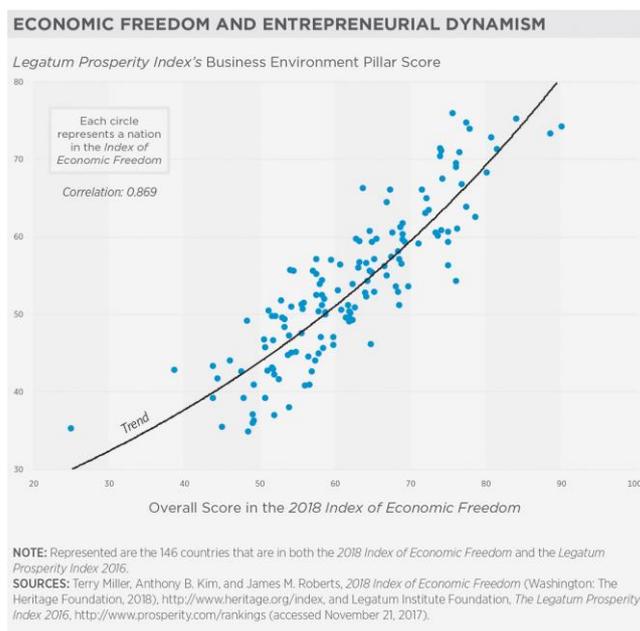
Esse gráfico retrata as taxas de crescimento médio anual *per capita* do PIB em curto (5 anos), em médio (10 anos) e em longo prazo (20 anos), com base nos registros do FMI (Fundo Monetário Internacional), sendo que cada um dos três grupos divide os países em quatro categorias (dos mais livres aos menos livres). Nota-se o extremo favorecimento da

liberdade econômica no ambiente de negócios, o que impacta diretamente os negócios inovadores criados pelas *startups*.



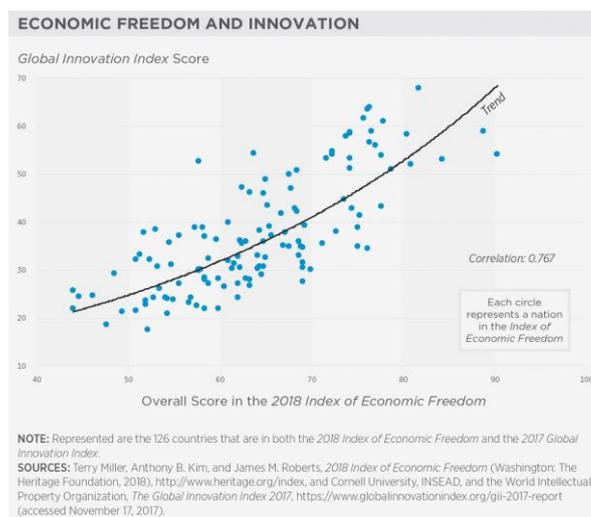
Como o foco deste capítulo é especificamente os novos mercados, assim como as diversas inovações disruptivas trazidas pelas milhares de *startups* espalhadas pelo país, apresenta-se o gráfico mais abaixo, que retrata o nível de empreendedorismo em diversos países pelo mundo. A linha horizontal do gráfico representa o nível de liberdade econômica no Índice da *Heritage Foundatio*; e a vertical, a liberdade econômica conforme o *Índice de Prosperidade* (<http://www.prosperity.com/rankings>) do *Legatum Institute* (<https://li.com>). Cada ponto retrata um país e a ascensão diagonal ascendente representa claramente o quanto a liberdade econômica favorece o empreendedorismo de forma incontestável.

99 Disponível em: <https://www.heritage.org/index/book/chapter-2> Acesso em: 30/11/2020.



100

Na mesma esteira, tem-se outro gráfico que apresenta a relação da liberdade econômica com um conceito que caminha lado a lado com o empreendedorismo e é a base sólida dos objetos deste estudo que trata das *startups* e dos novos mercados: a inovação.



101

O gráfico acima corrobora totalmente os conceitos comprovados anteriores, atestando que a tendência segue no sentido diagonal ascendente, tendo como base, em sua coluna vertical, o índice da *Global Innovation Index*

100 Disponível em: <https://www.heritage.org/index/book/chapter-2> Acesso em: 30/11/2020.

101 Disponível em: <https://www.heritage.org/index/book/chapter-2> Acesso em: 30/11/2020.

(<https://www.globalinnovationindex.org/analysis-indicator>) dos países representados no gráfico, frente ao índice de liberdade econômica do Índice da *Heritage Foundation* na linha horizontal.

Nota-se, pois, que o favorecimento de uma maior liberdade econômica no ambiente de novos negócios (representados tanto pelas inovações disruptivas trazidas pelas *startups* nos novos, quanto nos negócios tradicionais) é inegável.

Contudo, voltando à realidade brasileira, nota-se que um ano após a publicação da Lei em estudo, o Brasil ganhou apenas uma posição no ranking de 162 países e territórios incluídos no *Economic Freedom of the World: 2020 Annual Report*, divulgado pelo Centro Mackenzie de Liberdade Econômica em conjunto com o *Fraser Institute* do Canadá, subindo para a 105ª posição. Conforme o relatório de 2020, o país segue atrás de diversos países vizinhos teoricamente mais atrasados economicamente, tais como: Chile (14º), Panamá (26º), Peru (29º), Guatemala (35º), Costa Rica (39º), República Dominicana (46º) e El Salvador (56º). Uma realidade tão decepcionante quanto reveladora.

O avanço registrado no ranking em curto prazo ainda é pequeno, mas já se vê que a melhora no ambiente econômico é um dos principais caminhos para o desenvolvimento econômico, visto que, em países com essa característica (pouca burocracia, máquina estatal enxuta, primazia das leis e reduzidos graus de corrupção), a única forma de as organizações atingirem seus objetivos econômicos é ofertando, no mercado, bens e produtos que as pessoas queiram adquirir, com as melhores condições possíveis.

Mesmo com a aprovação da Lei em questão no presente estudo, o desafio ainda é grande, pois o empreendedor encontra, no Brasil, uma série de barreiras ao desenvolvimento de seus negócios e um dos principais motivos é o formato da regulação no país, com grande interferência estatal e elevados níveis de corrupção, conforme se verá a seguir.

3 A DEFICIENTE REGULAÇÃO NO BRASIL

Chegar a um ponto de equilíbrio entre as inovações trazidas pelos novos entrantes no mercado e o controle de riscos aos administrados é uma missão por demais penosa para o Estado na maioria dos países do mundo. Mesmo se, em determinado setor sensível à sociedade, o mercado funcionasse em perfeitas condições, ainda assim haveria a necessidade de regulação, entendida nesse prisma como a intervenção do Estado na economia, para a garantia do bem-estar social. É o Estado, literalmente, supervisionando o jogo econômico e estabelecendo as regras, para alcance e manutenção do equilíbrio das forças e interesses do mercado.

Contudo, embora tal intervenção possua teoricamente o caráter de meio para a promoção e a garantia de direitos, vive-se uma realidade bem diferente na prática. Indubitavelmente, pode-se afirmar que o Brasil é um verdadeiro caos regulatório. E o motivo passa pela história da regulação no país, conforme será explicado a seguir. Tal fato só tende a se agravar, caso não haja uma revisão do modelo regulatório, pois, em regra, muitas inovações disruptivas adotam novos padrões de atuação, geralmente lançando mão de tecnologia de ponta, causando um grande desarranjo nas estruturas de produção e de regulação vigentes. Por esse motivo, o momento é de aperfeiçoamento das instituições. Mas, antes de adentrar nesse ponto, tratar-se-á do histórico da regulação no Brasil, que conduziu ao quadro atual.

As agências reguladoras são instituições relativamente novas. As primeiras agências completaram duas décadas de criação e ainda enfrentam desafios para se consolidarem institucionalmente e para se articularem com outros organismos que atuam de forma complementar, como é o caso dos órgãos de defesa do consumidor.

Com os movimentos de privatização e de concessão de serviços públicos ocorridos na Europa e na América Latina, nas décadas de 1980 e 1990, a regulação econômica das empresas ganhou maior destaque. Contudo, a privatização dos serviços públicos no Brasil não foi precedida pela criação e instalação de agências reguladoras autônomas, com a missão de fiscalizar a oferta desses serviços e garantir a sua prestação com qualidade e eficiência.

Exemplificando, assistiu-se a um processo de privatização anterior ou concomitante à criação das agências reguladoras nos setores de telecomunicações e energia elétrica. Em planos de saúde, o setor agiu e cresceu sem a devida intervenção estatal. E isto possibilitou, quando do surgimento das agências, seu total “aparelhamento”, comprometendo assim sua eficiência e lisura. Nem os princípios básicos das agências, como a transparência e a participação social, foram adequadamente definidos por uma lei específica, o que ocasionou uma grande diferença entre as formas de atuação desses órgãos.

A sociedade, em especial os consumidores desses serviços, colhem ainda hoje os efeitos negativos dessa inversão processual. Verifica-se, no contexto brasileiro, uma verdadeira ausência de política regulatória que considere os interesses dos administrados como prioritários. As agências brasileiras estão focadas em demonstrar uma economia estável e uma regulação de mercado atraente ao investimento privado, além, é claro, de perpetuar os privilégios a que assistimos todos os dias, garantindo a reserva de mercado dos atuais *players*, que muitas vezes prestam serviços sofríveis e ainda assim mantêm seu monopólio.

Embora a visão deste estudo seja altamente crítica face à forma de regulação e à legislação vigente, o que se percebe atualmente é um cenário favorável às mudanças. Em um ambiente de inigualável volatilidade e de inovação, como nunca antes visto no país, o favorecimento do ambiente de negócios por parte das medidas empregadas na nova Lei é inegável, mesmo considerando as barreiras impostas desde o início de 2020 pela pandemia da COVID-19.

Novas leis, como a Lei n. 12.965/14 (Marco Civil da Internet) e a Lei n. 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados) deixam clara a crescente preocupação do Estado com a normatização do mundo virtual e sua adequação a novas tecnologias. Contudo, é imprescindível que se tenha uma grande reforma no setor de regulação, para que se alcance o tão sonhado equilíbrio entre as forças do mercado.

Certo é que as inovações disruptivas atuais modificam em demasia o mercado, que demanda como solução uma disrupção regulatória, para adequação às rupturas havidas no processo econômico até então vigente. Principalmente, quando o processo afetado pela ruptura é o próprio esquema regulatório em si, passando a reinar no mercado a assimetria, a incerteza e a complexidade. Pois, com o surgimento das inovações trazidas pelas *startups*, não surge tão somente a necessidade de regulação da nova atividade em si, mas também do modo como esta se encaixa na estrutura de regulação vigente. Ou seja, a regulação em vigor torna-se obsoleta e estranha ao novo mercado, demandando com urgência, em mínimo senso, sua atualização.

Caso o modelo atual não seja reformado, o que se terá é o surgimento de cada vez mais demandas legislativas e judiciais, e estas nem sempre são “julgadas” com a devida isenção, visto que sofrem grandes influências dos “velhos e bilionários” *players*, do mercado, da mídia, da população e de várias outras forças envolvidas, desvirtuando a análise e a decisão do Estado e piorando ainda mais o caos regulatório que se vivencia atualmente.

Nesse prisma, a Lei da Liberdade Econômica brinda com uma série de mudanças positivas para o desenvolvimento dos novos negócios disruptivos, conforme se verá a seguir, melhorando sensivelmente o ambiente de negócios e abrindo caminho para a necessária reforma do modelo atual de regulação.

4 A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA E AS *STARTUPS*

A Lei n. 13. 874/2019 - conhecida como a Lei da Liberdade Econômica - veio com a finalidade de cumprir uma promessa de campanha do atual Presidente da República e sua liberal equipe econômica: a de melhorar o ambiente de atuação das empresas e diminuir

a burocracia, por meio de alterações pontuais nas legislações trabalhista, empresarial e civil.

Trata-se de um verdadeiro marco, um importante atalho para uma economia mais moderna, representando a facilitação e a expansão de novos negócios em terras brasileiras, propiciando um cenário favorável a empreendimentos, como forma de gerar mais empregos e renda para a sociedade.

Seu foco primordial, conforme já asseverado, é o de facilitar a abertura e o desenvolvimento de negócios de baixo risco, estabelecendo garantias de livre mercado e a intervenção subsidiária mínima e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas. E, sem dúvida, o modelo mais favorecido pelas mudanças promovidas é o das *startups*.

Já, em seu artigo 2º, estão expostos os princípios que nortearam essa Lei, abrindo caminho para a proposição das mudanças.

Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:

- I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;
- II - a boa-fé do particular perante o poder público;
- III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e
- IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado

As tão faladas *startups* podem ser definidas como empresas com estágio de desenvolvimento incipiente e com um modelo de negócio ainda não totalmente definido. Tais empresas são geralmente associadas a algum produto ou serviço inovador, com base tecnológica ou científica, em fase de adaptação ou testes no mercado, e que possui grandes possibilidades de se tornar um negócio lucrativo.

Analisando a Lei de forma mais objetiva, nota-se que esta trata dos direitos dos agentes econômicos e impõe diversos limites à atuação do Estado, conferindo maior liberdade para o desenvolvimento de novos negócios, o que certamente virá a favorecer, sobretudo, os mais disruptivos.

Quando da conversão da Medida Provisória n. 876/2019 em lei (na forma do artigo 62 §3º da CF/88), foram vetados quatro pontos que seriam muito importantes para as *startups*, mas que foram entendidos como atentatórios ao interesse público e à segurança nacional, dentre outros fatores.

Um deles foi o inciso VII do art. 3º, que previa testes e oferecimento de novos produtos sem requerimento ou ato público de liberação. O entendimento foi de que, ainda que os protótipos fossem oferecidos e testados por pessoas capazes e mediante livre consentimento, poderiam colocar em risco a saúde e a segurança dessas pessoas, o que implicaria em grave violação do dever estatal de defesa do consumidor, insculpido no art. 5º da CF/88:

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:

(...)

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

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

(...)

V - defesa do consumidor.

Também foram vetados outros pontos de menor relevância, como a alínea "a" do inciso XI do art. 3º (por ausência de sentido e clareza), o § 9º do art. 3º (por violação ao dever de prevenção ambiental), o inciso IV do art. 19 que revogaria o inciso IV do caput do art. 1.033 do Código Civil (por insegurança jurídica), além do inciso I do art. 20 que previa a vigência da nova Lei após 90 dias da publicação.

No aspecto regulatório, pode-se destacar, *a priori*, a regra exposta no inciso I do art. 3º, que trata da dispensa de atos públicos de liberação para desenvolver atividade econômica considerada de baixo risco.

Art. 3º: São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País,

observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

I - desenvolver atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica

Conforme acima exposto, não é mais necessário obter alvarás, licenças e outras documentações de autorização prévia ao abrir uma empresa que exerça uma atividade de baixo risco (classificação que é feita por leis municipais, distritais e estaduais da localidade do negócio). Essa regra facilita imensamente o início e continuidade das atividades das *startups*, visto que historicamente tais empresas principiam suas atividades “na garagem de casa”, como foi o caso das gigantes da tecnologia Apple e Microsoft.

Mais um ponto de reforço às *startups*, ante o abuso do Estado, é a aprovação tácita de pedidos de liberação de atividades econômicas, caso não sejam analisados dentro do prazo máximo estipulado pela autoridade, conforme art. 3º inciso IX (com exceção das matérias tributária e ambiental e de alguns registros de patentes).

Art. 3º:

(...)

IX - ter a garantia de que, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitam ao disposto nesta Lei, apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, o particular será cientificado expressa e imediatamente do prazo máximo estipulado para a análise de seu pedido e de que, transcorrido o prazo fixado, o silêncio da autoridade competente importará aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei

Com essa disposição, os órgãos federais responsáveis passaram a ter uma data limite para analisar os pedidos de licenças, alvarás e outras liberações ainda obrigatórias. Passado esse tempo, a autorização será tácita, com algumas restrições (excluídas as licenças de atividades de risco, por exemplo).

Outro ponto interessante está incluso nos incisos II e III do art. 3º, que conferem maior liberdade aos particulares na organização de suas atividades econômicas quanto no

horário ou dias de funcionamento e na determinação dos preços de seus produtos e serviços.

Art. 3º:

(...)

II - desenvolver atividade econômica em qualquer horário ou dia da semana, inclusive feriados, sem que para isso esteja sujeita a cobranças ou encargos adicionais, observadas:

a) as normas de proteção ao meio ambiente, incluídas as de repressão à poluição sonora e à perturbação do sossego público;

b) as restrições advindas de contrato, de regulamento condominial ou de outro negócio jurídico, bem como as decorrentes das normas de direito real, incluídas as de direito de vizinhança; e

c) a legislação trabalhista;

III - definir livremente, em mercados não regulados, o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda

Com as medidas, as *startups* passam a contar com uma ampla liberdade para precificação de seus produtos e serviços, já que o governo só poderá interferir em preços não regulados em casos excepcionais (calamidades ou emergências). Uma medida que deixa ainda mais claro o óbvio, mas que em muitos casos era ignorado pelo Estado.

Lado outro, a flexibilidade para determinar os horários de funcionamento (respeitados critérios legais) facilita igualmente a atuação das empresas, desburocratizando seu ambiente interno de funcionamento no que se refere à sua força de produção, possibilitando melhor adequação às necessidades pontuais e peculiares que eventualmente surgirem no decorrer do desenvolvimento do negócio.

Mais uma medida de peso para as *startups* é a garantia de isonomia no tratamento por parte do Estado, conferindo maior segurança jurídica no que tange à liberação da atividade econômica, como uma forma de combater o protecionismo e favorecimento tão peculiares das instituições brasileiras na tratativa com diferentes administrados.

Art. 3º:

(...)

V - receber tratamento isonômico de órgãos e de entidades da administração pública quanto ao exercício de atos de liberação da atividade econômica, hipótese em que o ato de liberação estará vinculado aos mesmos critérios de interpretação adotados em decisões administrativas análogas anteriores, observado o disposto em regulamento

Obviamente o artigo acima por si só não cessará todas as ilegalidades com as quais se convive antes da lei, contudo é mais um forte alicerce para o combate aos privilégios e para a busca da isonomia que deveria ser regra na regulação do Estado.

Vale citar ainda o benefício da garantia de igual valor jurídico e probatório do documento original aos documentos públicos digitalizados (art. 3º inc. X e art. 10).

Art. 3º:

(...)

X - arquivar qualquer documento por meio de microfilme ou por meio digital, conforme técnica e requisitos estabelecidos em regulamento, hipótese em que se equiparará a documento físico para todos os efeitos legais e para a comprovação de qualquer ato de direito público;

Art. 10. A Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 2º-A:

“Art. 2º-A. Fica autorizado o armazenamento, em meio eletrônico, óptico ou equivalente, de documentos públicos ou privados, compostos por dados ou por imagens, observado o disposto nesta Lei, nas legislações específicas e no regulamento.

§ 1º Após a digitalização, constatada a integridade do documento digital nos termos estabelecidos no regulamento, o original poderá ser destruído, ressalvados os documentos de valor histórico, cuja preservação observará o disposto na legislação específica.

§ 2º O documento digital e a sua reprodução, em qualquer meio, realizada de acordo com o disposto nesta Lei e na legislação específica, terão o mesmo valor probatório do documento original, para todos os fins de direito, inclusive para atender ao poder fiscalizatório do Estado.

§ 3º Decorridos os respectivos prazos de decadência ou de prescrição, os documentos armazenados em meio eletrônico, óptico ou equivalente poderão ser eliminados.

§ 4º Os documentos digitalizados conforme o disposto neste artigo terão o mesmo efeito jurídico conferido aos documentos microfilmados, nos termos da Lei nº 5.433, de 8 de maio de 1968, e de regulamentação posterior.

§ 5º Ato do Secretário de Governo Digital da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia estabelecerá os documentos cuja reprodução conterà código de autenticação verificável.

§ 6º Ato do Conselho Monetário Nacional disporá sobre o cumprimento do disposto no § 1º deste artigo, relativamente aos documentos referentes a operações e transações realizadas no sistema financeiro nacional.

§ 7º É lícita a reprodução de documento digital, em papel ou em qualquer outro meio físico, que contiver mecanismo de verificação de integridade e autenticidade, na maneira e com a técnica definidas pelo mercado, e cabe ao particular o ônus de demonstrar integralmente a presença de tais requisitos.

§ 8º Para a garantia de preservação da integridade, da autenticidade e da confidencialidade de documentos públicos será usada certificação digital no padrão da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil)

Com a regra, a burocracia do Estado passa a respeitar a “digitalização” das *startups*, que, ao contrário das empresas “analógicas”, estão mais presentes no ambiente digital do que em grandes escritórios físicos, não possuindo estrutura física para lidar com toda a burocracia física até então exigida pelo Estado brasileiro.

Ainda acerca do aspecto regulatório, o art. 4º trata especificamente das garantias à livre iniciativa, condenando o abuso de poder regulatório que ocorre quando a administração pública, indevidamente, edita alguma norma que possa prejudicar uma atividade econômica. A regra reforça a possibilidade de questionamento judicial das exigências regulamentadoras, cassando medidas abusivas e arbitrárias.

Conforme abordado inicialmente, são comuns os casos nos quais as agências e autarquias atuam para favorecer a concentração de mercado; exigir uma especificação

técnica que não seja necessária para o objetivo do negócio, impedindo assim a adoção de novas tecnologias ou a entrada de novos concorrentes no ambiente de negócios.

Veja o que dispõe a nova regra trazida pelo art. 4º:

Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente:

I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes;

II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado;

III - exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado;

IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco;

V - aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios;

VI - criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros;

VII - introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas;

VIII - restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal; e

IX - exigir, sob o pretexto de inscrição tributária, requerimentos de outra natureza de maneira a mitigar os efeitos do inciso I do caput do art. 3º desta Lei

Ao condenar o abuso do poder regulatório, a fim de evitar a edição de regras que afetem a exploração da atividade econômica ou prejudiquem a concorrência, o art. 4º inova de forma fantástica e inédita na legislação, positivando regras e boas práticas globais em terras brasileiras, apontando de fato um ambiente fértil para os novos negócios disruptivos das *startups*.

No que tange ao impacto regulatório, a Lei traz a regra incursa no art. 5º, que, assim como o artigo anterior, regula de forma ímpar algo que, até então, corria ao bel-prazer das entidades de regulação e suas aparelhadas diretorias.

Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada

Infelizmente, a edição de normas por parte das agências passava por uma análise de impacto não do mercado como um todo, mas da fatia reservada aos *players* já consolidados, criando condições perfeitas para a atual concentração de mercado. Com a nova regra, contudo, essa realidade tende a mudar.

No aspecto societário, temos assim como no regulatório, uma série de benefícios às *startups* e às suas inovações no mercado. Em primeiro lugar, temos a regra de interferência mínima do Estado em negociações privadas e paritárias.

Art. 3º:

(...)

VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública

No mesmo sentido, o art. 7º da lei alterou a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), com a finalidade de reforçar a liberdade contratual. Uma das principais mudanças foi a do art. 421 do CC:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (NR)

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada

Cumpra ainda chamar a atenção ao parágrafo único do art. 421, que destaca a prevalência da intervenção mínima, com a revisão do contrato por parte do poder público tão somente em caráter excepcional (reforçando o inciso VIII do art. 3º).

Tal regra, de tão ampla, ultrapassa em muito o âmbito das *startups*, trazendo benefícios para todo o mercado em geral. Envolve até mesmo os negócios entre particulares, trazendo todos os negócios jurídicos para dentro da redoma da intervenção mínima.

Mais um aspecto vital da nova Lei trata acerca do polêmico Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Seu art. 7º alterou diversos artigos do Código Civil, com a separação do patrimônio de sócios, associados, instituidores ou administradores do patrimônio da pessoa jurídica, vinculando objetivamente a desconsideração à ocorrência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Nesse sentido, a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passou a vigorar com o seguinte formato:

Art. 49-A. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores.

Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica

Nota-se que, mais uma vez, a Lei foi cirúrgica em trazer para o ordenamento jurídico uma ferramenta importante e necessária para todo o mercado (e não somente dos novos negócios e mercados), visto que o instituto jurídico da desconsideração vinha sendo paulatinamente objeto de mal uso, sobretudo por parte do Poder Judiciário.

O art. 7º trouxe ainda mais uma importante inovação: a autorização de constituição de sociedades de responsabilidade limitada por apenas um sócio, por meio da alteração do art. 1052 do Código Civil.

Art. 7º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1.052.

§ 1º A sociedade limitada pode ser constituída por 1 (uma) ou mais pessoas.

§ 2º Se for unipessoal, aplicar-se-ão ao documento de constituição do sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social

Com a criação da Sociedade Limitada Unipessoal, passou a ser possível a criação de uma empresa sem a necessidade de buscar sócios, mantendo, contudo, a importante proteção do patrimônio particular (por se tratar de uma LTDA) e sem a necessidade do investimento de capital mínimo de alto valor (EIRELLI). Claramente, uma medida que facilita de forma ímpar o empreendedorismo, simplificando o caminho para a fundação e o desenvolvimento de novos negócios, sobretudo os inovadores.

Por fim, no aspecto trabalhista, também houve uma série de inovações, muitas delas que impactam diretamente as *startups* que desenvolvem negócios disruptivos. Em primeiro lugar, pode-se citar a regra insculpida no art. 15:

Art. 15. A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

Art. 74. O horário de trabalho será anotado em registro de empregados.

(...)

§ 2º Para os estabelecimentos com mais de 20 (vinte) trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções expedidas pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, permitida a pré-assinalação do período de repouso.

(...)

§ 4º Fica permitida a utilização de registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho

Com o novo formato, apenas as empresas com mais de vinte funcionários deverão fazer o registro de suas entradas e saídas do trabalho (o limite anterior era de dez empregados e ainda havia a exigência da fixação do quadro com os horários dos trabalhadores em um local visível). Mais uma medida que desburocratiza e simplifica a vida das novas e pequenas empresas, sobretudo as “digitais”.

No mesmo sentido, foi também criado o “registro de ponto por exceção”, não sendo mais necessário marcar as entradas e saídas diárias dos funcionários e sim somente registrar as exceções (se há horas extras, atrasos, faltas, licenças, férias e folgas em geral). A medida, contudo, depende de acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

Na mesma esteira, a criação da carteira de trabalho eletrônica vem para desburocratizar e digitalizar o dia a dia das empresas, diminuindo seu investimento em burocracia e possibilitando cada vez mais empresas 100% digitais.

Por fim, um último apontamento no que tange à desburocratização das empresas é o fim do e-Social.

Art. 16. O Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial) será substituído, em nível federal, por sistema simplificado de escrituração digital de obrigações previdenciárias, trabalhistas e fiscais

O art. 16 estabelece a substituição do sistema com a finalidade de simplificar ainda mais a vida do empreendedor. Com a mudança, espera-se ainda mais facilidade no ambiente administrativo das empresas, no que tange ao cumprimento de diversas obrigações com seus funcionários e com o Estado.

5 CONCLUSÃO

A Liberdade Econômica torna-se com a Lei uma realidade no Brasil e aponta para o futuro. Em termos práticos, o caminho para o nascimento e o desenvolvimento de negócios disruptivos, modernos e digitais foi facilitado. Com isso, o Brasil tem tudo para se tornar um terreno ainda mais fértil tanto para o desenvolvimento de novos e pequenos negócios, quanto para o surgimento dos famosos unicórnios, *startups* com altíssimo potencial disruptivo.

Mesmo que em vigor há pouco tempo e em meio à pandemia da COVID-19, a Lei já promoveu grandes mudanças no mercado, que agora carece de uma sinalização positiva do Estado no que tange ao ambiente regulatório e, é claro, da menor interferência e ingerência possível por parte do Poder Judiciário, que, em muitas oportunidades, “enterrou” iniciativas inovadoras e importantes para o progresso e evolução do país, como a reforma trabalhista.

As mudanças promovidas pela Lei, conforme demonstrado, afetam diretamente e de forma positiva o ambiente de negócios das *startups*, sobretudo as que trazem inovações disruptivas, e que antes enfrentavam todas as dificuldades possíveis para seu desenvolvimento. Hoje, sem dúvida, o ambiente de negócios é o mais favorável da história do país, cabendo à sociedade lutar por ainda mais medidas que tornem o Brasil e suas empresas cada vez mais competitivos no mercado global.

REFERÊNCIAS

15 GRÁFICOS QUE MOSTRAM POR QUE A LIBERDADE ECONÔMICA IMPORTA. *Gazeta do povo*, 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/instituto-politeia/por-que-a-liberdade-economica-importa/> Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL SOBE SÓ UMA POSIÇÃO EM RANKING DE LIBERDADE ECONÔMICA. *6 minutos*, 2020. Disponível em: <https://6minutos.uol.com.br/economia/brasil-sobe-so-uma-posicao-em-ranking-de-liberdade-economica/> Acesso em: 10 nov. 2020.

KORMANN, Maria Eduarda. *Novas tecnologias e regulação*: Inovações disruptivas e os desafios ao direito da regulação. UFPR, 2020. Disponível em:

<https://www.prppg.ufpr.br/siga/visitante/trabalhoConclusaoWS?idpessoal=78428&idprograma=40001016017P3&anobase=2020&idtc=166> Acesso em: 20 set. 2020.

MOREIRA, Elen. Principais inovações advindas da lei da liberdade econômica. *Direito Real*, 2020. Disponível em: <https://direitoreal.com.br/artigos/principais-inovacoes-advindas-da-lei-da-liberdade-economica> Acesso em: 10 set. 2020.

A OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL DOS MAIORES DE SETENTA ANOS: UMA ANÁLISE ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.641, I, DO CÓDIGO CIVIL À LUZ DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIAS

GABRIEL RABI MENDES CHAVES:

Assessor de Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Maranhão. Formado em Direito pela Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão.¹⁰²

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar a (in)constitucionalidade da imposição legal do regime de separação de bens no casamento e na união estável dos maiores de setenta anos à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. Para tanto, foram utilizadas pesquisas jurisprudenciais e revisão bibliográfica da doutrina brasileira acerca do tema, com o emprego do método dedutivo. Inicialmente, será apresentada a origem da imposição do regime de separação legal de bens aos maiores de setenta anos ainda sob a vigência do Código Civil de 1916 e os avanços legislativos sobre o assunto. Em seguida, far-se-á a uma análise doutrinária acerca da (in)constitucionalidade da imposição do regime de separação absoluta de bens aos maiores de setenta anos, arrematando-se, por fim, com uma exposição do posicionamento da jurisprudência brasileira sobre a temática ao longo do tempo, e os limites que os tribunais superiores têm traçado sobre a matéria.

Palavras-chave: Casamento; Regime de bens; Separação de bens; Imposição; Maiores de setenta anos; (In)constitucionalidade; Entendimentos doutrinário e jurisprudencial.

1 INTRODUÇÃO

O casamento ainda tem sido, em termos formais, a principal via de constituição da família e, como uma instituição jurídica de tamanha relevância social, implica em uma série de direitos e deveres entre os cônjuges, dentre os quais se destaca o regime de bens, conceito que também é aplicado às uniões estáveis. O regime de bens é o conjunto de normas que disciplina as relações patrimoniais decorrentes do casamento, podendo ser escolhido pelos nubentes antes ou durante a constância da união conjugal, dentre as modalidades previstas pelo Código Civil de 2002. Contudo, o legislador civil estabeleceu algumas hipóteses em que o regime de bens se constitui como uma verdadeira imposição legal aos cônjuges, isto é, independentemente vontade dos nubentes, como forma de proteger interesses de terceiros ou da própria sociedade. Uma dessas hipóteses é a do art.

¹⁰² E-mail: gabrielrabichaves@gmail.com.

1.641, II, do Código Civil, que determina a aplicação compulsória do regime de separação de bens aos nubentes maiores de setenta anos.

Sucedese que tal imposição em abstrato é inconstitucional por violar os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade individual, da igualdade, além de uma série de outros direitos fundamentais das pessoas idosas. Trata-se de uma norma discriminatória, etarista e paternalista, que presume a incapacidade dos cônjuges septuagenários para gerir seu próprio patrimônio e escolher o regime de bens que melhor atenda aos seus interesses e expectativas. Além disso, a norma em questão representa uma intromissão estatal indevida na autonomia privada dos cônjuges, que devem ter plena liberdade para regular as relações patrimoniais decorrentes do casamento, sem a interferência do Estado.

Nessa perspectiva, objetivo primordial deste trabalho é debater e ampliar ideias com vistas a analisar o art. 1.641, II, CC/02 à luz da Constituição Federal de 1988, e a forma como tal dispositivo é compreendido e interpretado pela doutrina e jurisprudência pátrias, em especial, se tal artigo ofende os princípios da dignidade da humana, da liberdade individual, da igualdade, dentre outros, e, por consequência, acabe por violar a própria Constituição Federal, de modo a maculá-lo de inconstitucionalidade.

Como já adiantado, a hipótese defendida neste estudo é a de que a norma em questão é inconstitucional por violar princípios constitucionais e direitos fundamentais das pessoas idosas, bem como por representar uma intromissão estatal indevida na autonomia privada dos cônjuges septuagenários, que devem, em condição de igualdade com as demais pessoas, ter plena liberdade para escolher o regime de bens que melhor atenda aos seus interesses e expectativas.

2 A ORIGEM DA SEPARAÇÃO DE BENS EM RAZÃO IDADE NO BRASIL E A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA AO LONGO DOS ANOS

A imposição do regime da separação de bens em razão da idade no Brasil tem a sua origem no Código Civil de 1916, que inaugurou tal regramento ao discriminar o homem maior de 60 anos e a mulher maior de 50 anos, impondo-lhes, no artigo 258, parágrafo único, II, um regime patrimonial que não decorria de sua livre escolha.

O citado artigo, revela, de acordo com Farias e Rosenvald (2023), que a natureza Código de 1916 era essencialmente patrimonialista, de modo que os indivíduos eram tratados em suas relações jurídicas a partir de um vetor interpretativo de caráter precipuamente patrimonial.

Todavia, com promulgação da Constituição Federal de 1988, houve a inauguração de um novo constitucionalismo, baseado na dignidade da pessoa humana e na igualdade,

o que fez com o que o Código Civil de 1916, ainda vigente à época, ficasse obsoleto e tivesse que ser revisto.

Após intensas discussões, foi publicada, no dia 10 de janeiro 2002, a Lei 10.406/2002, que instituiu o atual Código Civil, cujo conteúdo, todavia, continuou a impor o regime de separação de bens em razão da idade, mas passou a igualar o homem e a mulher no que tange ao critério etário, estabelecendo a obrigatoriedade do regime de separação de bens para o homem ou para a mulher com idade superior a 60 anos.

Como era de se esperar, a simples equivalência de idade do homem e da mulher não satisfaz a doutrina e nem mesmo os membros do Poder Legislativo, o que resultou na publicação de uma nova Lei (Lei 12.344/2010), que alterou o art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, e passou a prever a obrigatoriedade do regime de separação de bens apenas os maiores de 70 anos. Segue abaixo um trecho da justificativa mencionada no PL 108/2007:

Em decorrência dos avanços da ciência e da engenharia médica, que implicou profundas transformações no campo da medicina e da genética, o ser humano passou a desfrutar de uma nova e melhor condição de vida, resultando em uma maior longevidade. Tais mudanças induziram o legislador a aperfeiçoar o Código Civil de 1916, por intermédio da redação que substituiu o antigo Art. 256 pelo inciso II do Art. 1.641, que trata do Regime de Bens entre os cônjuges. Tal alteração estipulou que homens e mulheres, quando maiores de 60 anos, teriam, obrigatoriamente, de casar-se segundo o Regime de Separação de Bens. Hoje, no entanto, em pleno Século XXI, essa exigência não mais se justifica, na medida em que se contrapõe às contemporâneas condições de vida usufruídas pelos cidadãos brasileiros, beneficiados pela melhoria das condições de vida urbana e rural, graças aos investimentos realizados em projetos de saúde, saneamento básico, educação, eletrificação e telefonia. Iniciativas que se traduzem em uma expectativa média de vida, caracterizada pela higidez física e mental, superior a 70 anos. Em virtude dessa realidade, impõe-se seja alterado o inciso II do Artigo 1.641 do Código Civil Brasileiro, com o objetivo de adequá-lo a uma nova realidade, para que o Regime Obrigatório de Separação de Bens só seja exigível para pessoa maior de 70 anos (BRASIL, 2007).

Apesar do aumento de 10 anos, a doutrina não vislumbrou a ocorrência do avanço legislativo necessário para tutela do direito à igualdade. Nesse sentido, Maria Berenice, em seu artigo "Lei sobre regimes de bens é retrógada", manifesta o seguinte entendimento:

Apesar de ter sido festejada, este é o real alcance da nova lei que tem um conteúdo dos mais retrógrados. Chancela um absurdo. Quem sabe para não frustrar a expectativa de eventuais herdeiros, que avizinham a possibilidade de receber os bens do parente que, afinal, já está velho e não tem o direito de ser feliz. Venceu a ganância dos parentes, que tem mais valor do que o amor (DIAS, 2010, p.2).

Diante desse quadro, diversos projetos de lei chegaram a ser apresentados no Congresso Nacional para revogar a atual redação do art. 1641, II, do Código Civil, especialmente em razão de parte considerável da doutrina sustentar a sua inconstitucionalidade.

Um dos mais recentes é o PL 189/2015, de autoria do Deputado Federal Cleber Verde Cordeiro, que defende a revogação do art. 1641, II, do CC/2002, com base em uma série de argumentos. Entre eles, destaca-se a violação ao princípio da liberdade e da autonomia da vontade, que garante ao indivíduo o direito de definir seu futuro pessoal, familiar e patrimonial sem a interferência do Estado. Além disso, o projeto denuncia o preconceito à pessoa idosa, que é tratada como incapaz ou vulnerável ao atingir determinada idade.

Nesse sentido, os professores Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2023) também sustentam que a Lei 12.344/2010, que elevou a idade para a imposição do regime da separação de bens para setenta anos, não representou o avanço desejado, uma vez que manteve a ofensa a princípios fundamentais da Constituição Federal, em especial, os da igualdade e da dignidade humana.

3 POSICIONAMENTO DA DOUTRINA

O princípio da liberdade de escolha do regime de bens pelos cônjuges assegura aos nubentes o direito de optarem pelo regime que melhor atenda aos seus interesses, respeitando a autonomia da vida privada dos envolvidos. O Estado, portanto, não deve interferir nessa escolha, salvo em casos excepcionais. No entanto, o legislador infraconstitucional violou esse princípio ao impor aos maiores de setenta anos o regime da separação de bens, veja-se: "Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens do casamento: (...); II – da pessoa maior de 70 anos".

Apesar de a intenção da norma seja a de afastar o casamento fundado em motivação patrimonial, de uma pessoa jovem com outra mais idosa, Tartuce (2023) ensina assertivamente que dispositivo em comento tenta proteger não os interesses patrimoniais do idoso, mas sim de seus herdeiros, presumindo a incapacidade do maior de setenta anos em dirigir sua própria vida.

Lobo (2023), que também comunga desse posicionamento, e acrescenta que o regime de separação de bens se consubstancia em um ônus inconstitucional que as pessoas maiores de setenta anos devem suportar caso decidam contrair matrimônio.

Basta que apenas um deles supere essa idade, ainda que o outro ainda não a tenha atingido, na data da celebração do casamento. Entendemos que essa hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo a tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. Conseqüentemente, é inconstitucional esse ônus (LOBO, 2023, p.152)

Nesse mesmo sentido se posiciona Gonçalves (2023), ao reconhecer que dispositivo sob análise é incompatível com as cláusulas constitucionais da igualdade e da dignidade humana previstas, respectivamente, nos artigos 5º, I e 1º, III, ambos da Constituição Federal.

Além disso, assevera que a tutela excessiva do Estado sobre a pessoa idosa maior e capaz é impertinente e não possui justificativa, pois os septuagenários aportam extrema maturidade e capacidade de tomar suas próprias decisões.

Nesse sentido convém citar, apenas a título de exemplo, que o atual presidente dos Estados Unidos, Joe Biden, apesar de ditar os rumos da maior economia do mundo, caso optasse por se casar sob a vigência das leis brasileiras, sequer poderia escolher o próprio regime de bens, o que evidencia verdadeira incongruência da norma em questão. Isso porque, apesar de conservar o seu caráter formal como norma jurídica, o dispositivo sob análise se encontra completamente divorciado da realidade, usurpando a liberdade e a isonomia constitucionalmente asseguradas.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2023), acrescentam que o art. 1641, II, do Código Civil, presume, ainda, uma incapacidade absoluta das pessoas idosas em razão da senilidade, transformando-se em uma interdição indevida e compulsória sem que haja qualquer processo através do qual a plena capacidade do indivíduo seja auferida no caso concreto. Ambos os autores qualificam o dispositivo em estudo como manifestamente inconstitucional por violar a dignidade do idoso e introduzir preconceitos, o que deve ensejar, inclusive, o reconhecimento dessa inconstitucionalidade de ofício em sede de controle difuso pelo magistrado, veja-se:

É caso, certamente, de controle de constitucionalidade difuso, impondo-se aos juízes, no julgamento das mais variadas causas e

quando tiverem de atuar em procedimentos de habilitação para o casamento, reconhecerem, de ofício ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, a inconstitucionalidade do dispositivo codificado. E, por que não dizer, é caso também de atuação do controle de constitucionalidade concentrado, provocado pelos legitimados constitucionalmente, pois o atentado aos valores constitucionais é evidente ao se presumir, de forma absoluta, uma incapacidade inexistente (FARIAS; ROSENVALD, 2023, p. 311).

Maria Berenice Dias, por sua vez, entende que a imposição do art. 1.641 funciona como verdadeira sanção patrimonial:

Trata-se, nada mais, nada menos, de mera tentativa de limitar o desejo dos nubentes mediante verdadeira ameaça. A forma encontrada pelo legislador para evidenciar sua insatisfação frente a teimosia de quem desobedece ao conselho legal e insiste em realizar o sonho de casar é impor sanções patrimoniais (DIAS, 2023, p. 324).

Em meio a essa celeuma em torno do artigo 1641, II, do Código Civil, houve intensa discussão sobre o mencionado dispositivo nas Jornadas I e II de Direito Civil, o que resultou na edição do enunciado 125, da I Jornada, cujo conteúdo propõe a revogação da norma sob análise:

Enunciado 125 - A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses (I JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2002).

Para Flavio Tartuce (2023, p.94) o enunciado está em consonância com os anseios sociais, uma vez que o artigo 1641, II, do Código Civil se mostra absolutamente discrepante da realidade contemporânea, que põe a salvo a autonomia privada do indivíduo, sendo direito do septuagenário casar-se com quem quiser e escolher o regime de bens que mais atenda aos seus interesses pessoais.

Por conseguinte, em 2004, durante a III Jornada de Direito Civil, houve a aprovação do enunciado 261, agora com o objetivo de mitigar a regra do o artigo 1641 em relação

àqueles que iniciarem união estável ante da idade-limite estabelecida pelo citado dispositivo, veja-se:

Enunciado 261 - Artigo 1.641, Código Civil/02: A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade (III JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2004).

Por outro lado, embora o enunciado acima aduza que a obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de 70 anos quando o casamento for precedido de união estável, Lobo (2023) ensina não há impedimento legal para que o septuagenário, sob regime de separação obrigatória, faça doação de bens ao outro, desde que observada a legítima, preservando-se, assim, os interesses dos herdeiros necessários.

Não obstante a doutrina majoritária se incline pela inconstitucionalidade da imposição do regime de separação obrigatória aos septuagenários, é necessário destacar que há vozes em sentido contrário. Nesse sentido, Washington Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares (2016), manifestando-se pela regularidade do dispositivo em apreço, preceituam que o princípio da liberdade familiar não é absoluto, o que justifica tal limitação.

Para os mencionados autores, a mitigação da liberdade familiar vai desde os impedimentos matrimoniais (art. 1.521, CC), até os deveres conjugais (art. 1.566, CC), de modo que não haveria razão para uma interpretação distinta quanto ao dispositivo que institui o regime de separação de bens aos maiores de 70 anos (art. 1.641, II, CC).

Isso porque, segundo os autores (2016, p. 218), o dispositivo sob análise evidencia, na verdade, legítima “prudência legislativa em favor das pessoas idosas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes”. Além disso, alega também que com o avançar da idade os idosos se tornam mais carentes afetivamente e correm mais riscos de se sujeitarem a um casamento ou união estável nos quais o outro cônjuge tenha interesses eminentemente econômicos.

4 POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o advento do neoconstitucionalismo, alguns tribunais brasileiros passaram a entender que a imposição do regime de separação de bens em função do critério etário não havia sido recepcionada pelo texto constitucional.

Um das primeiras e mais conhecidas decisões, proferida ainda sob a vigência do Código Civil de 1916, foi relatada pelo então desembargador Antônio Cesar Peluso, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação Cível nº 007.512-4/2-00, oportunidade em que restou firmado o entendimento de que o art. 258, § único, II, do Código Civil vigente à época era incompatível com a Constituição Federal:

CASAMENTO. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO LEGAL OBRIGATÓRIA. NUBENTE SEXAGENÁRIO. DOAÇÃO À CONSORTE. VALIDEZ. Inaplicabilidade do art. 258, § único, II, do Código Civil, que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual. Norma jurídica incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da Constituição Federal em vigor. Improcedência da ação anulatória. Improvimento aos recursos. É válida toda doação feita ao outro pelo cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (substantive due process of law), já não vige a restrição constante do art. 258, § único, II, do Código Civil (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 007.512-4/2-00. Relator: Des. Cesar Peluso. Julgamento: 18/8/98. 2ª Câmara de Direito Privado).

A apelação foi interposta por um filho de um dos cônjuges com intuito de invalidar as doações realizadas pelo genitor ao outro consorte antes e depois do casamento. Naquela ocasião, o apelante alegou a nulidade das doações sob o argumento de que a liberalidade feita pelo pai violaria os artigos 312 e 258, II, ambos Código Civil de 1916, os quais estabeleciam a proibição de doações antes do casamento ao outro cônjuge no regime de separação obrigatória de bens, além da imposição do regime de separação de bens ao nubente homem com mais de sessenta anos e à nubente mulher com mais de cinquenta.

Peluso fundamentou o seu voto afirmando, em síntese, que o art. 258, § único, II, do Código Civil de 1916 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e que refletia valores sociais de outra época, perpetrando, assim, discriminação desarrazoada e injusta. Ademais, advogou pela tese de que a vigência da norma perpetuava verdadeira degradação a dignidade humana ao privar o ser humano de exercer a liberdade jurídica de dispor de seus bens e de pautar as suas ações por razões de foro íntimo.

Diga-se, a bem da verdade, que o voto do eminente desembargador se impôs como verdadeiro marco jurisprudencial, razão pela qual merece aqui transcrição, ainda que de modo parcial, *in verbis*:

Reduzir, com pretensão de valor irrefutável e aplicação geral, homens e mulheres, considerados no ápice do ciclo biológico e na plenitude das energias interiores, à condição de adolescentes desvairados, ou de neuróticos obsessivos, que não sabem guiar-se senão pelos critérios irracionais das emoções primárias, sem dúvida constitui juízo que afronta e amesquinha a realidade humana, sobretudo quando a evolução das condições materiais e espirituais da sociedade, repercutindo no grau de expectativa e qualidade de vida, garante que a idade madura não tende a corromper, mas a atualizar as virtualidade da pessoa, as quais constituem o substrato sociológico da noção de capacidade jurídica. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 007.512-4/2-00, p.6. Relator: Des. Cezar Peluso)

Posteriormente, com a publicação do Código Civil de 2002, cujo conteúdo manteve a obrigatoriedade do regime de separação de bens dos maiores de setenta anos (art. 1641, II), foram várias as decisões de tribunais de justiça locais, por todo o país, reconhecendo a inconstitucionalidade incidental dessa obrigatoriedade.

Cite-se, a título de exemplo, decisão do pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, de relatoria do desembargador Osório Ramos Filho, nos autos do Incidente de Inconstitucionalidade de nº 2010107802/2010, *in verbis*:

EMENTA: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO LEGAL OBRIGATÓRIA. NUBENTE SEXAGENÁRIO. INCISO II, DO ART. 1.641, DO CÓDIGO CIVIL. DISPOSITIVO QUE FERE O DIREITO FUNDAMENTAL DO CÔNJUGE DE DECIDIR QUANTO À SORTE DE SEU PATRIMÔNIO DISPONÍVEL. PRESUNÇÃO DE INCAPACIDADE POR IMPLEMENTO DE IDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. - O disposto no inciso II, do art. 1.641, do CC exprime exigência legal que irradia afronta à dignidade humana abarcando sem critérios válidos cidadãos plenamente capazes e com extrema carga de experiência de vida, igualando-os às pessoas sem capacidade civil (SERGIPE. Tribunal de Justiça. Incidente de Inconstitucionalidade nº 2010107802. Julgamento: 17/11/2010 – Relator: Des. Osório de Araújo Ramos Filho – Tribunal Pleno).

De igual modo, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no ano de 2014, reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 258,

parágrafo único, do CC/16, vigente à época do casamento dos apelantes, na Arguição de Inconstitucionalidade de nº 10702096497335002, veja-se:

EMENTA: CASAMENTO CELEBRADO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS POR IMPLEMENTO DE IDADE. UNIÃO ESTÁVEL ANTERIOR AO CASAMENTO. DIREITOS SUCESSÓRIOS. Afronta a Constituição Federal o tratamento desigual conferido aos cônjuges e companheiros relativamente aos direitos sucessórios, bem como a adoção do regime da separação obrigatória de bens por implemento de idade. Dessa forma, à cônjuge supérstite casada pelo regime da separação obrigatória de bens e que viveu em união estável no período que antecedeu ao casamento conferem-se os direitos hereditários previstos no art. 1.829, inciso I, cumulado com art. 1.832 do Código Civil, concernentes ao regime da comunhão parcial de bens. Apelo provido (Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70017318940, Sétima Câmara Cível, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 20/12/2006).

Mais recentemente, em setembro de 2021, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a decisão do Juízo de 1º grau que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil, afastando a obrigatoriedade do regime de separação de bens aos maiores de 70 anos, e aplicou à união estável o regime da comunhão parcial de bens, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. ART. 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL. INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL DECLARADA PELO JUÍZO A QUO. RECURSO DA INVENTARIANTE E DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS DO DE CUJUS.

1. Ação de inventário em que se discute o regime de bens aplicável à união estável mantida entre a inventariante e o falecido, que tinha mais de 70 anos quando iniciou o relacionamento.
2. O juízo a quo declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil, que impõe o regime da separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos, e aplicou à união estável o regime da comunhão parcial de bens.
3. Recurso da inventariante e dos herdeiros necessários do de cujus, sustentando a constitucionalidade e a aplicabilidade do art. 1.641, II, do Código Civil à união estável.

4. Não provimento do recurso. O art. 1.641, II, do Código Civil viola os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da autonomia da vontade, ao restringir indevidamente a capacidade civil dos maiores de 70 anos e interferir na escolha do regime de bens mais adequado à sua realidade afetiva e patrimonial.

5. A norma em questão também ofende o princípio da igualdade entre os cônjuges e os companheiros, ao impor um tratamento diferenciado aos idosos que optam pela união estável em relação aos que optam pelo casamento.

6. Precedentes do STJ e deste Tribunal que reconhecem a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil e aplicam à união estável o regime supletivo da comunhão parcial de bens.

7. Matéria submetida à repercussão geral pelo STF no ARE 1.309.642/SP (Tema 1.236), pendente de julgamento.

8. Recurso desprovido.

(TJSP - Apelação Cível nº 1000003-94.2019.8.26.0505 - Relator: Desembargador Carlos Alberto de Salles - Data de julgamento: 15/09/2021).

Nesse ponto, é necessário destacar que o enunciado nº 261, da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, também influenciou algumas decisões por parte dos tribunais de justiça locais, no sentido de que a obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de setenta anos quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade.

Nesse sentido, destaca-se o julgamento da Apelação Cível nº 70004348769, de relatoria da então desembargadora Maria Berenice Dias, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

EMENTA: CASAMENTO CELEBRADO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS POR IMPLEMENTO DE IDADE. UNIÃO ESTÁVEL ANTERIOR AO CASAMENTO. DIREITOS SUCESSÓRIOS. Afronta a Constituição Federal o tratamento desigual conferido aos cônjuges e companheiros relativamente aos direitos sucessórios, bem como a adoção do regime da separação obrigatória de bens por implemento de idade. Dessa forma, à cônjuge supérstite casada pelo

regime da separação obrigatória de bens e que viveu em união estável no período que antecedeu ao casamento conferem-se os direitos hereditários previstos no art. 1.829, inciso I, cumulado com art. 1.832 do Código Civil, concernentes ao regime da comunhão parcial de bens. Apelo provido (Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70017318940, Sétima Câmara Cível, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 20/12/2006).

A demanda que resultou na prolação do julgado acima foi ajuizada pela cônjuge viúva em busca de seu reconhecimento como herdeira dos bens deixados pelo cônjuge falecido, sob justificativa de que viveram em união estável, entre 1980 até 2000, quando, então, se casaram pelo regime da separação obrigatória de bens, pois o seu falecido esposo já contava com mais de 70 (setenta) anos. Na ocasião, a demandante alegou que se não fosse a imposição da norma em apreço, o regime de bens escolhido seria o da comunhão parcial, devido à constância da união estável por aproximadamente 20 (vinte) anos.

A sentença reconheceu a união estável da autora com o falecido esposo, assegurando-lhe a meação dos bens adquiridos durante a união estável e o casamento. Porém, não a reconheceu como herdeira, nos termos do art. 1.829, I, do Código Civil, motivo pelo qual a cônjuge supérstite interpôs o recurso de apelação em estudo.

A relatora do acórdão, a eminente autora Maria Berenice Dias, além de reconhecer a recorrente como herdeira, deixou claro em seu voto o seu posicionamento contrário à imposição do regime de separação de bens em função do critério etário. Ademais, consignou que hodiernamente as pessoas sem casam por afeto, num espírito de liberdade e igualdade reconhecido pela Constituição Federal, de sorte que a mencionada imposição seria inconstitucional.

Expôs, ainda, que a redação em vigor do artigo 1641, II, do Código Civil, está em dissonância do atual contexto do ordenamento jurídico e social, já que a adoção de um regime legal de bens pela superveniência de determinada idade, resulta na condenação - e com data marcada - da perda da dignidade da pessoa idosa, de modo a retirar-lhe o próprio direito a uma vida independente, livre e plena.

Necessário destacar que o tema sob análise não passou despercebido aos olhos dos tribunais superiores, que chegaram a se posicionar, ainda que de modo parcial, sobre alguns pontos específicos.

Apesar de não ter declarado a inconstitucionalidade da atual redação do art. 1641, II, do Código Civil, o Supremo Tribunal Federal chegou a editar o enunciado sumular de nº 377, segundo o qual "No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos

na constância do casamento”, garantindo, assim, a comunicação dos aquestos adquiridos na constância do casamento dos maiores de setenta anos, bens que, a princípio, seriam comunicáveis.

Acontece que, segundo o entendimento prevalente nos tribunais superiores, a partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento ou união estável só ocorrerá quando comprovado esforço comum na sua aquisição, o que coloca novamente as pessoas idosas em situação de desigualdade, já que não poderão, na prática, usufruir da plenitude do regime de comunhão parcial e tampouco escolher o regime que melhor satisfaça os seus interesses pessoais.

Confira-se, a propósito, elucidativo precedente do STJ103 sobre o tema:

No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.689.152/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 24/10/2017.

Nesse mesmo sentido104:

No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição.

STJ. 2ª Seção. EREsp 1.623.858-MG, Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), julgado em 23/05/2018 (Info 628).

Apesar de os tribunais superiores não terem se posicionado de modo integral e definitivo sobre o tema, a validade da regra do artigo 1.641, II, do Código Civil de 2002, que impõe o regime da separação de bens no casamento de pessoas maiores de 70 anos, está sendo questionada perante o STF nos autos do Agravo em Recurso Extraordinário nº

103

104 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). 2ª Seção. Embargos de divergência em recurso especial nº 1.623.858-MG. Relator: Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região). Brasília, DF, 23 de maio de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1756303&num_registro=201601297462&data=20180604&formato=PDF. Acesso em: 15 mai. 2023.

1.309.642-SP105, cuja repercussão geral já foi reconhecida, mas ainda se encontra pendente de julgamento.

Sabe-se, até agora, que a tese proposta pelo relator, ministro Dias Toffoli, é a de que é inconstitucional a imposição do regime da separação obrigatória de bens no casamento de pessoas maiores de 70 anos (artigo 1.641, II, do Código Civil), bem como a aplicação dessa regra às uniões estáveis (artigo 1.723, §1º, do Código Civil).

Segundo o relator, a norma em questão é fruto de um paternalismo estatal injustificado e desrespeita a capacidade civil plena das pessoas idosas, que devem ter liberdade para escolher o regime patrimonial mais adequado aos seus interesses e afetos.

O recurso foi interposto por uma mulher que se casou com um homem de 77 anos sob o regime da separação obrigatória de bens e que foi excluída da partilha dos bens adquiridos na constância do casamento após a morte dele. A recorrente alega que a norma viola os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade, tese que encontra ressonância na doutrina majoritária sobre o tema, como visto no tópico anterior.

Assim, a tendência, pelo menos até o momento, é a de que a norma seja declarada inconstitucional, resguardando-se os direitos fundamentais à dignidade, à igualdade e à liberdade das pessoas idosas, conforme tese capitaneada pela doutrina familiarista brasileira.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como escopo analisar a constitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil de 2002, que impõe o regime da separação obrigatória de bens no casamento de pessoas maiores de 70 anos e a aplicação dessa regra às uniões estáveis. A problemática suscitada é se tal norma viola os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da liberdade, a autonomia privada, dentre outros.

Para tanto, buscou-se apresentar o entendimento da doutrina civilista brasileira sobre o tema, oportunidade em que restou evidenciado que o posicionamento majoritário advoga contra a aplicação do artigo 1.641, II, do Código Civil, em razão de tal dispositivo afrontar princípios e direitos fundamentais estatuídos pela Constituição Federal de 1988.

De outro norte, foi possível verificar que uma pequena parcela da doutrina tem se posicionado em sentido contrário, isto é, pela regularidade na aplicação do artigo 1.641, II, do Código Civil, sob o argumento de que o princípio da liberdade familiar não é absoluto,

105 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Plenário. Agravo em recurso extraordinário nº 1.309.642-SP. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 29 de setembro de 2022. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE1309642.pdf>. Acesso em: 30 out. 2021.

o que legitimaria a cautela legislativa em favor das pessoas idosas e de suas famílias, considerando que as pessoas idosas podem ter uma carência afetiva eventualmente maior conforme o avançar da idade, muitas vezes tornando-as vulneráveis a relacionamentos conjugais com interesses eminentemente patrimoniais.

Ademais, se pôde constatar a partir da análise de diversos julgados, que muitos tribunais brasileiros têm decidido pela inconstitucionalidade incidental do artigo 1.641, II, do Código Civil, em especial, porque o referido dispositivo carrega consigo discriminação e preconceito contra as pessoas idosas, pois revela, sob um viés etarista e paternalista, a influência de um contexto social já ultrapassado, ao possibilitar que o Estado interfira indevidamente nas relações privadas, ditando o regime de bens que deve ser escolhido em função do simples avançar da idade.

Por fim, concluiu-se que a imposição do regime de separação de bens aos maiores de setenta anos é rechaçada pela doutrina majoritária e por boa parcela da jurisprudência brasileira, uma vez que, além de inconstitucional, tal imposição faz uma presunção indevida de incapacidade dos maiores setenta anos, o que vai de encontro à alteração da teoria geral das incapacidades promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), em especial, pela nova redação dada pela referida Lei ao art. 3º, do Código Civil.

5 REFERÊNCIAS

BRASIL, **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 15 janeiro de 2023.

BRASIL, **Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, 6 de julho de 2015. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm> Acesso em 15 janeiro de 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 15 de janeiro de 2023.

BRASIL. Câmara dos deputados. **Projeto de Lei 108 de 2007**. Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=434685&filename=PL+108/2007> Acesso em 15 janeiro de 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 189 de 2005**. Revogar o inciso II, do art. 1.641, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com redação dada pela Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945886>>. Acesso em 15 janeiro de 2023.

BRASIL. **Apelação Cível nº 007.512-4/2-00**. 2ª Câmara de Direito Privado. Tribunal de Justiça de São Paulo. Des. Cezar Peluso. Julgado em 18 de agosto de 1998. Disponível em: <Http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?jsessionid=BCE983D62296070905510C9366B4984B.cjsg2?cdAcordao=1224658&cdForo=&vIcAptcha=nDJbR>. >. Acesso em 17 de janeiro de 2023.

BRASIL. **Apelação Cível Nº 70017318940**. Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Maria Berenice Dias. Julgado em 20 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=TribunaI+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70017318940&num_processo=70017318940&codEmenta=17105>. Acesso em 17 de janeiro de 2023.

BRASIL. **Arguição de Inconstitucionalidade nº 10702096497335002**. Órgão Especial. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator: José Antonino Baía Borges. Julgado em 12 de março de 2014. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119528602/arg-inconstitucionalidade-arg-10702096497335002-mg/inteiro-teor-119528708>>. Acesso em 17 de janeiro de 2023.

BRASIL. **Incidente de Inconstitucionalidade nº 2010107802**. Tribunal Pleno. Tribunal de Justiça de Sergipe. Relator: Des. Osório de Araújo Ramos Filho. Julgamento: 17 de novembro de 2010. Disponível em: <https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18120797/incidente-de-inconstitucionalidade-iin-2010107802-se-tjse> 86>. Acesso em 06 de fevereiro de 2023.

BRASIL. **Recurso Especial nº 154896**. Quarta turma. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 20 de novembro de 2003. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/226574/recurso-especial-resp-442629-rj-2002-0076185-286>>. 06 de fevereiro de 2023.

BRASIL. **Recurso Especial: 1403419 MG 2013/0304757-6**. Terceira Turma. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado 11 de novembro de 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153675501/recurso-especial-resp-1403419-mg-2013-0304757-6> >. Acesso em 06 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Informativo nº 628**. Brasília, DF: STJ, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Agravo em recurso extraordinário nº 1.309.642-SP**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF: STF, 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 15. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

JORNADA DE DIREITO CIVIL. **I Jornada de Direito Civil**: CJF/STJ/Brasília/DF, 11 a 13 de setembro de 2002. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2002.

JORNADA DE DIREITO CIVIL. **II Jornada de Direito Civil**: CJF/STJ/Brasília/DF, 27 e 28 de outubro de 2004. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2005.

JORNADA DE DIREITO CIVIL. **III Jornada de Direito Civil**: CJF/STJ/Brasília/DF, 11 a 13 de março de 2007. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil, volume 5: famílias**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 43. ed. Atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal** – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, volume 5: direito de família**. 18. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

PROTEÇÃO AOS DADOS PESSOAIS E A PANDEMIA COVID-19: UMA ANÁLISE FRENTE A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954/2020

LUCAS SAPHA SILVEIRA DE ALMEIDA LEITÃO:
Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense¹⁰⁶

RESUMO: Sabe-se que as consequências trazidas pela pandemia de COVID-19 deixarão marcas permanentes na sociedade. Com medidas como a do isolamento social, o fluxo de dados e informações de forma eletrônica tiveram um aumento significativo, o que pode resultar em violações a Direitos Fundamentais. No Brasil, o direito à privacidade é resguardado pela Constituição Federal, ganhando papel de destaque em uma sociedade com a preocupação cada vez mais voltada a proteção desses dados pessoais. Assim, a Lei Geral de Proteção de Dados representa um marco no empoderamento ao titular. O presente artigo tem como objetivo realizar uma análise acerca dos desdobramentos Judiciais da Medida Provisória nº 954/.2020, que prevê o compartilhamento de dados pessoais por empresas de telefonia com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) a fins de controle do fluxo populacional e das aglomerações nas principais cidades brasileiras e as possíveis consequência dessas decisões no âmbito da proteção dos Direitos Fundamentais.

Palavras-chave: lei geral de proteção de dados; Supremo Tribunal Federal; direitos fundamentais; covid-19.

1.INTRODUÇÃO

Com a Pandemia do COVID-19, alguns debates vêm ganhando maior destaque no que diz respeito às medidas para a contenção e minimização de seus possíveis impactos. Com o maior fluxo de informação em uma sociedade hiperconectada, a preocupação com a segurança e a regulamentação dessas relações se mostram essenciais, o que recrudescer no tocante à violação de Direitos Fundamentais, como o da privacidade. Dentro desta preocupação, está o que diz respeito ao tratamento adequado dos dados, assim como, as consequências da Lei Geral de Proteção de Dados.

O presente artigo tem como objetivo realizar uma análise acerca dos desdobramentos Judiciais da Medida Provisória nº 954/.2020, que prevê o compartilhamento de dados pessoais por empresas de telefonia com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) a fins de controle do fluxo populacional e das

¹⁰⁶ E-mail: saphalucas@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5492012127454842>

aglomerações nas principais cidades brasileiras, tendo sido contra a mesma ajuizadas cinco ações de declaração de inconstitucionalidade¹⁰⁷ perante o Supremo Tribunal Federal.

A temática envolvendo a medida provisória e a questão da proteção de dados, ganhou destaque em razão dos grandes debates, nos quais, estes vem sendo entendidos como um direito fundamental. Vale ressaltar que até pouco tempo, a proteção de dados estava inserida no ordenamento jurídico brasileiro de maneira pontual e espalhada em diversos diplomas legais.

No entanto, em maio de 2018, foi aprovada e sancionada a primeira lei geral brasileira voltada especificamente para o tema. Dentro do artigo inicial da Lei nº 13.709/2018, é colocado como objetivo do tratamento de dados pessoais, a proteção de direitos fundamentais como a liberdade, a privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade humana.

Dessa forma, no contexto dessa proteção deve-se levar em consideração o objetivo de tal proteção que é justamente conferir ao indivíduo a ingerência e a administração dos seus dados pessoais. Nessa perspectiva, a Lei nº 13.709/2018, traz em seu artigo 5º os denominados dados sensíveis, para tais, são necessários que o indivíduo, além de ter que autorizar de forma expressa o tratamento, deve saber exatamente a finalidade de uso daqueles enquadrados como sensíveis. E é justamente aqui que mora a problemática envolvendo a Medida Provisória nº 954/2020, isso porque os dados pessoais gozam de proteção constitucional.

Além da pesquisa bibliográfica, também foi utilizada como instrumento a pesquisa jurisprudencial, principalmente do Supremo Tribunal Federal, assim como, precedentes de Cortes Internacionais. Sendo assim, é evidente a necessidade de se debruçar sobre o tema tendo em vista as possíveis consequências dessas decisões no âmbito da proteção dos Direitos Fundamentais

2.A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E O DIREITO À PRIVACIDADE

A sociedade atual, encontra-se cada vez mais modernizada e conseqüentemente informatizada devido ao amplo avanço tecnológico que possibilita um aumento massivo na transmissão de dados e conteúdo, sendo denominada como sociedade da informação. Nesse cenário de inclusão de tecnologias disruptivas nas mais variadas áreas, existem diversos debates acerca do tema, principalmente no que diz respeito à sua regulamentação, vide:

¹⁰⁷ADIs nº 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393

Levando em consideração o quão recente é esse cenário digital de hiperconectividade e de IoT baseado na relação estreita entre objetos inteligentes (sensores), big data e inteligência computacional, ou, ainda, entre o chamado ABC das tecnologias da informação e comunicação (analytics + big data + cloud computing), ainda não temos consciência plena de seus potenciais benefícios e riscos. (MAGRANI, 2018, pág. 25)

Diante disso, de um lado tem-se um enorme fluxo de informações, podendo ser acessado democraticamente por diversos usuários e por outro lado essa democratização do acesso tem como consequência a exposição, cada vez maior dos dados pessoais ligados indo de encontro ao direito de privacidade garantido pela Constituição Federal de 1988.

Engana-se quem pensa que o debate acerca do direito à privacidade e da tutela de dados pessoais enquanto bem jurídico surgiu em meio à sociedade contemporânea, de forma que se trataria de uma controvérsia tecnológica. Data de 1886, o *leading case* estadunidense no qual se afirma o direito à privacidade, este visto, na doutrina norte americana, como sendo parte do direito de personalidade. Trata-se da controvérsia que deu origem ao julgamento na Corte Suprema de *Boyd v. US (JUSTIA)*, no qual se constatou que a liberação de documentos fiscais da empresa Boyd sem o devido consenso da companhia seria inconstitucional no país. Já na Academia, desde 1890, com a publicação de “The Right to Privacy” (O direito à privacidade, em tradução nossa) pelos professores Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis (WARREN, BRANDEIS, 1890), o assunto tem sido tema de relevantes debates no cenário jurídico.

No Brasil, o direito à privacidade é resguardado pela Constituição Federal, mais especificamente no Artigo 5º, inciso X, sendo também assegurado expressamente pelo artigo 220 da Carta Magna Nacional, sendo assim considerado como um Direito Fundamental. Interessante notar que o conteúdo trazido pelo dispositivo mencionado não traz o termo “privacidade”, mas sim “vida privada”, denunciado que não há clareza sobre seu significado e há uma falta de conceito unitário adequado sobre privacidade (LEONARDI, 2012, p. 46).

A fim de introduzir a questão da privacidade e sua proteção, Luís Roberto Barroso (2010, p. 61) afirma que todo indivíduo conserva uma intimidade personalíssima, na qual se refere como um espaço inacessível da vida das pessoas. O autor também afirma que o homem conserva ainda um domínio reservado, o da sua privacidade ou vida privada, na qual se estabelecem suas relações protegidas do mundo exterior pelo domicílio. Ele completa explicando que, neste caso, o direito já interfere nessas relações, mas com o intuito de fortalecê-las e preservá-las, e que a intimidade e a vida privada formam o núcleo do espaço privado. Logo, o direito à privacidade é um direito de personalidade contra

intromissões na vida privada e intimidade, onde sua proteção se mostra essencial garantia da dignidade humana.

Dentro dos desdobramentos desse direito, emergem de forma crescente os debates acerca do tratamento adequado dos dados pessoais, principalmente dado ao fluxo informacional massivo que se verifica com o processo de informacionalização da sociedade. Seus reflexos impactam diretamente as relações jurídicas e, até mesmo, a atuação do próprio Estado, que, além de criar e consumir informação, controla o fluxo de informações (BOFF, 2018). Fica claro, portanto, a necessidade de regulamentação jurídica relativa ao uso e à disponibilidade de dados civis no Brasil, assim como as sanções previstas para suas respectivas transgressões.

Assim, a Lei de Proteção Geral de Dados (nº 13.709/2018) foi sancionada em 14 de agosto de 2018, tendo como objetivo principal sua proteção. Pode-se verificar diversos valores utilizados como fundamentação da LGPD, como o respeito à privacidade, à liberdade de expressão, de informação, comunicação e de opinião, à inviolabilidade da intimidade e da imagem, entre outros direitos fundamentais que permeiam o ordenamento jurídico brasileiro.

Em seu artigo 3º é previsto seu escopo de aplicação, sendo qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, não importando meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados, desde que tenham relação com o território nacional, seja com o tratamento de dados de indivíduos ou a sua coleta localizados no território nacional.

A LGPD, em seu texto, define dado pessoal como uma informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável, determinando que os mesmos devem ser adequados, pertinentes e limitados às finalidades para os quais são tratados (PINHEIRO, 2020), promovendo assim um empoderamento ao titular.

Este é definido como pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento, sendo toda operação realizada, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

Se faz importante elencar que há uma preocupação ainda maior com os denominados Dados Sensíveis, com seu conceito previsto no texto legal, consistindo em um dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa

natural, presente no art. 5º, II, do referido diploma legal. Em relação as definições doutrinárias, é definido como "uma espécie de dados pessoais que compreendem uma tipologia diferente em razão de o seu conteúdo oferecer uma especial vulnerabilidade, discriminação" (BIONI, 2018, p. 84).

Sendo assim, após essa breve explanação, fica ainda mais cristalino que a LGPD significa um marco no que diz respeito a proteção e garantia da efetividade de Direitos Fundamentais basilares que perpassam ao longo do texto legal.

3.A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954/2020

Com o atual cenário político econômico do Brasil e do mundo, em razão da pandemia do COVID-19¹⁰⁸, diversas medidas executivas estão indo de encontro aos direitos protegidos pela LGPD e ferindo, portanto, o direito fundamental da privacidade que é garantido a todos os indivíduos. A lei em comento já permeia o ordenamento jurídico atual, tendo em vista que tutela direitos presentes no cotidiano da sociedade como um todo. Com medidas como o isolamento social e a necessidade de seu controle para fins de desenvolvimento de políticas públicas adequadas e planos de contenção de aglomerações, parcerias entre o Governo e empresas privadas vem se intensificado.

Um dos casos de grande relevância no atual cenário brasileiro é a Medida Provisória nº 954 editada no dia 17.04.2020. Esta medida prevê o compartilhamento de dados pessoais por empresas de telefonia com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). A finalidade precípua da medida seria dar suporte à produção das estatísticas oficiais enquanto perdurarem a situação de emergência causada pela pandemia do COVID-19. A MP obrigava as empresas de telefonia fixa e móvel a disponibilizar à Fundação IBGE a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, englobando tanto pessoas físicas quanto jurídicas. De acordo com o previsto no texto legal, os dados compartilhados, visavam a utilização para a produção de estatística oficial através de entrevistas domiciliares não presenciais.

Com a edição da medida excepcional, diversas críticas foram feitas, embasadas principalmente no argumento de que o ato editado restaria por violar o direito fundamental da privacidade, a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da intimidade e o sigilo dos dados, entre outros, tendo sua proteção garantidas na Constituição Federal de 1988.

Dada essas questões, a MP 945/2020 foi objeto de cinco ações direta de inconstitucionalidade¹⁰⁹ perante o Supremo Tribunal Federal. Dentro dessas a ADI nº

¹⁰⁸ Em 11.03.2020, a Organização Mundial da Saúde declarou a pandemia do COVID-19 (Sars-Cov-2).

¹⁰⁹ ADIs nº 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393

6387, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, teve como pedido liminar a suspensão da medida provisória em voga.

4. ANÁLISE DA DECISÃO DO STF EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ABSTRATO

A ADI nº 6397 ao ser distribuída para a ministra relatora Rosa Weber teve a sua liminar deferida, de modo a determinar a suspensão da eficácia da MP 945. Em sua decisão, a eminente ministra afirmou que a matéria tratada na medida provisória é objeto de proteção constitucional, estando inserida no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, responsável por amparar o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

A então ministra relatora aduziu que a medida provisória deixou de instituir a exigência de mecanismos e procedimentos que assegurassem de forma eficaz o sigilo e o anonimato dos dados compartilhados, de modo a violar a Constituição Federal. Salientou ainda a ausência de interesse públicos no compartilhamento das informações dos usuários dos serviços em questão. Dessa forma, não seria possível a avaliação do cumprimento dos requisitos de relevância e urgência previstos para instituição de medida provisória, isso porque não ficou definida a forma e o objetivo preciso da utilização dos dados que seriam coletados.

Insta salientar, que o plenário do Supremo Tribunal, no dia 07.05.2020 referendou a decisão da liminar no sentido de suspender a eficácia da MP 954/2020, e restou vencido o ministro Marco Aurélio, o qual foi o único a votar de forma contrária a suspensão. Segundo o entendimento do ministro, a sociedade perderia com a impossibilidade do IBGE realizar as pesquisas para a implementação de políticas públicas durante a pandemia. Ressaltou também que o uso dos dados seria de exclusividade do IBGE, não tendo que se falar possíveis interceptações telefônicas e como consequência não haveria violação ao direito à intimidade e à vida privada.

Uma das principais preocupações envolvendo a medida provisória, como visto alhures, é justamente com o fato de a MP não ter delimitado de forma exata a sua finalidade. Logo, a ministra relatora deferiu a liminar para suspender a MP, por vislumbrar danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de milhares de usuários. O julgamento em comento se faz histórico tendo em vista que tornou expressa a tutela dos dados pessoais como direito fundamental.

A grande preocupação do Colendo STF, foi no sentido de que a vigilância, à primeira vista necessária em tempos de crise sanitária, pudesse de algum modo se estender para além desse momento, fazendo com que haja uma limitação as liberdades

conquistadas atualmente. Isso porque, uma vez estabelecida a sistemática de vigilância, há grande perigo de que as medidas não retrocedam e que os dados já coletados sejam usados em contextos muito diversos daquele que justificaram a sua coleta inicial.

Salienta-se três aspectos centrais da decisão que determinou a suspensão da medida. Primeiramente, a superação da falácia de que existiriam dados pessoais neutros desprovidos de proteção, consolidando o dado pessoal como merecedor de tutela jurisdicional. Isso porque, qualquer dado que leve à identificação de uma pessoa pode ser usado para formação de perfis informacionais de grande valia para o mercado e para o Estado e, portanto, merece proteção constitucional. Com isso, a finalidade da coleta e o destinatário da informação são mais decisivos para avaliação da constitucionalidade do processamento de dados do que a sua classificação em privados e íntimos.

Em segundo lugar, pode-se observar um reconhecimento de um direito autônomo à proteção de dados pessoais, bem como, o seu duplo efeito sobre os deveres do Estado. Ou seja, o Estado possui um dever negativo de não interferir indevidamente no direito fundamental e um dever positivo de adotar medidas que visem a proteção desse direito. Os Ministros Rosa Weber, Gilmar Mendes e Luiz Fux, trataram de um direito fundamental à proteção de dados pessoais pela Constituição Federal, com isso percebe-se indícios de um direito autônomo que se diferencia da proteção à intimidade e privacidade.

Com isso, os riscos decorrentes da MP 954/2020, tais como generalidade, ausência de medidas de segurança e coleta excessiva de dados, se agravam frente à debilidade atual do quadro normativo-institucional brasileiro de sua proteção. Essa, passou a ser um elemento essencial para manutenção da confiança dos cidadãos nas estruturas de comunicação e informação e diante da decisão do Supremo Tribunal Federal de manter a vitalidade da Constituição Federal frente aos desenvolvimentos tecnológicos apresenta-se como um passo rumo ao fortalecimento da proteção de dados no Brasil.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na legislação pátria, o direito à privacidade é resguardado constitucionalmente, sendo tema de relevante importância, assim como, suas formas de proteção para que seja efetivamente protegido. Diante da universalidade de dados pessoais existentes no mundo virtual, e das novas consequências impactantes na sociedade, foi necessário a criação de legislações específicas sobre o tema.

Nesse panorama, a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei n.º 13.709/2018 foi editada, objetivando a proteção dos direitos fundamentais como a liberdade e privacidade, de modo a garantir que os indivíduos possam gerir e administrar os seus dados pessoais. Com isso surgiram novos desafios, especialmente para quem os manuseia, por exemplo, as empresas privadas.

Essa proteção adequada e o tratamento emerge como ainda mais essencial no período da Pandemia COVID-19, principalmente no que diz respeito aos seus impactos e consequências jurídicas, devendo ser apresentadas soluções satisfatórias para a sociedade. Dentre as inúmeras questões que vêm sendo debatidas, há a relacionada com a Medida Provisória nº 954/2020, que prevê o compartilhamento de dados pessoais por empresas de telefonia com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que como visto alhures, foi objeto de cinco Ações de Declaração de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

No referido caso, o plenário do STF entendeu por suspender liminarmente os efeitos da MP em comento. A ministra relatora das ações, Rosa Weber, entendeu que a MP não demonstrou o interesse público legítimo na troca de tais informações. Além disso, a generalidade trazida pela medida foi amplamente criticada, tendo em vista que “ao não definir apropriadamente como e para que serão usados os dados coletados, a Medida Provisória não oferece condições para avaliação da sua adequação e necessidade.

Tendo em vista que o tratamento envolve matérias que estão permeadas de valores e garantias fundamentais, resta-se clara a importância da proteção de dados pessoais, sendo a sua tutela de vital importância para a estabilidade da ordem constitucional em vigência. Isso porque, o tratamento de maneira irregular, permite como consequência que todos os direitos constitucionais citados, como por exemplo, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, liberdade, privacidade, dentre outros, possam ser vulnerados no chamado '*chilling effect*'. Sendo este entendido como uma inibição ou desencorajamento do exercício legítimo de direito legais.

Diante do quadro exposto, é possível chegar a conclusão de que o direito à proteção de dados pessoais está intimamente ligado à proteção existencial do indivíduo, disposta no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, em face do reconhecimento de que a dignidade da pessoa humana é vista como a estrutura central do Estado Democrático de Direito contemporâneo.

Logo, conclui-se que por ser um tema que vem ganhando cada vez mais espaço dentro das relações jurídicas e contratuais, tendo como consequência um tsunami de litigiosidade, se faz importante maior análise e produções acadêmicas sobre o tema a fim de servir como norte interpretativo para os operadores de Direito e dos demais âmbitos que são impactados, visando assim principalmente a proteção e garantia dos Direitos Fundamentais previstos Constitucionalmente.

6.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Lei n ° 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais . Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 ago. 2018.

_____. **Medida Provisória n °954, de 17 de abril de 2020**. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 abr. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento**. Forense, 10/2018.

BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. **Proteção de dados e privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

JUSTIA. **Boyd v. united states, 116 u.s. 616**. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/>>. Acesso em: 26 jan. 2019.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e Privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018 -LGPD**. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2020.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D., **The Right to Privacy**, Harvard Law Review, Vol. 4, N. 5, Dezembro de 1890, pp. 193-220. Disponível em: <<https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>> Acesso em 08 mai. 2020.

RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA EXTRAJUDICIAL

WILEI MARCOS PINHO DE SOUZA:
bacharelado em Direito pela
Universidade Brasil, campus
Fernandópolis – SP¹¹⁰.

ARIANE DE CARVALHO PORTELA VATANABE

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a evolução dos direitos de família e filiação, demonstrando uma reorganização na estrutura jurídica da família, e a possibilidade do reconhecimento extrajudicial dos filhos afetivos, contribuindo para a preservação da dignidade da pessoa humana. A filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que têm como sujeitos os pais com relação aos filhos. Com a humanização do conceito de família, houve uma grande mudança, garantindo os direitos fundamentais de seus integrantes, conferindo-lhes dignidade e ressaltando os laços de afeição e solidariedade. A pesquisa demonstra que é possível o reconhecimento extrajudicial perante o Oficial do Registro Civil da paternidade socioafetiva conforme o provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça e as atualizações que o sucederam no provimento 83/2019, salientando que a família hoje em dia não tem como base apenas o critério biológico, mas sim uma relação de afeto, amor e carinho.

Palavras-chave: Direito de Família. Filiação Socioafetiva. Dignidade da Pessoa Humana. Provimentos do Conselho Nacional de Justiça.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente a família é vista principalmente como um grupo social que através de laços de afinidade ou sanguíneos se juntam para juntos conviverem entre si. E naturalmente tal convivência acaba criando atritos, que muitas vezes não se resolvem de forma natural e consciente entre o grupo.

Ai a necessidade do surgimento do Direito de Família, que visa exatamente tutelar as pessoas inseridas nos grupos familiares, garantindo a concretização das normas legais existentes.

Normas estas que evoluem juntamente com a sociedade, necessitando sempre de atualizações para assim garantirem que os princípios sejam sempre seguidos. A filiação por

110 E-mail: wileim16@gmail.com

exemplo é uma das áreas do direito de família que mais evoluiu e se modificou ao longo dos anos.

Existem atualmente alguns tipos de filiações reconhecidas pelo ordenamento jurídico, sendo por exemplo a biológica que advém da relação natural entre o casal, a presumida quando se presume natural o filho gerado na constância do casamento e a filiação socioafetiva tema central deste artigo.

Com o passar dos anos, a formação da família através dos laços de afinidade foi se tornando cada vez mais comum o que levou a necessidade da criação legal de meios mais simples para o reconhecimento desta modalidade de filiação.

Inicialmente, aqueles que tivessem interesse em registrar um filho como seu, deveria ingressar com uma ação de reconhecimento de filiação afetiva ou ação declaratória de filiação, tendo em seguida sido criado o provimento nº 16/2012 do Conselho Nacional de Justiça, autorizando o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva. Em 14 de novembro de 2017 entrou em vigor o provimento 63 do CNJ atualizando o anterior, sendo este o tema central deste artigo.

No primeiro capítulo, foi demonstrada os aspectos do conceito de família, sua origem de forma geral e no Brasil, incluindo sua evolução legal na legislação brasileira.

No segundo capítulo, foi abordado a importância dos princípios existentes no direito de família, bem como exemplificados os princípios da proteção da dignidade da pessoa humana e o da igualdade, voltados aos filhos de uma relação.

Finalmente, segue no terceiro capítulo uma análise mais profunda do termo filiação socioafetiva e do reconhecimento extrajudicial da socioafinidade.

2 OBJETIVO(S)

O presente artigo busca analisar o conceito família, bem como o conceito de filiação, de forma explicar as mudanças que o provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça trouxe para o reconhecimento da filiação socioafetiva extrajudicial e posteriormente as atualizações do provimento 83/2019.

3 CONCEITO DE FAMÍLIA

Difícil a missão de conceituar o que é família já que até mesmo o Código Civil não a define. Doutrinariamente vários autores a descrevem de diferentes formas, como por exemplo Silvio Venosa (2009, p. 1), que a vê como “a expressão social e econômica mais importante que existe”.

De qualquer forma, contemporaneamente a família hoje não mais segue os padrões tradicionais, formando-se principalmente através de laços afetivos.

3.1 ORIGEM DA FAMÍLIA

A família surge juntamente com a formação da civilização, naturalmente ligada ao extinto e necessidade do ser humano de estar junto a outros. Assim, aos poucos as sociedades foram se formando e os vínculos afetivos começaram a se manifestar de forma natural e clara entre cada um, formando muitas vezes grupos separados por estas afinidades.

De início conforme explica Maria Berenice Dias (2016, p. 34) em seu livro, “Manual de Direito de Família”, as famílias, enquanto baseadas em zonas rurais, eram extensas, hierarquizadas e patriarcais. Era dado estímulo ao matrimônio e à procriação, já que a família representava a força econômica e produtiva.

Com o processo de industrialização, as famílias migraram para os centros urbanos e a necessidade de que todos os integrantes trabalhassem para contribuir com o sustento familiar surgiu, mudando as “funções” originais de cada membro.

No Brasil, o modelo de organização familiar se baseava na estrutura patriarcal e conservadora vinda da colonização portuguesa, o homem era o chefe da família e o responsável por prove-la.

De início o casamento no Brasil era burocrático perante a igreja e possuía um elevado custo, o que restringia as famílias com condições para tal realização, já que estas representavam prestígio e estabilidade social. Aos mais pobres, existia uma união simples não reconhecida pela Igreja Católica, havendo aceitação dessas uniões ilegais perante a cora portuguesa, já que representavam uma multiplicação de mão-de-obra.

Com o passar do tempo, em meados do século XIX acontecimentos políticos como Independência, Proclamação da República e o desenvolvimento das produções de café contribuíram para a diminuição da importância da figura do patriarca.

Logo, as mulheres passaram a trabalhar fora do ambiente doméstico e novos valores familiares foram surgindo, enfraquecendo as antigas regras da igreja. As relações de igualdade começaram a surgir e novos conceitos de família começam a integrar a sociedade, casais homoafetivos, filhos de diversos tipos de uniões e a clara aproximação familiar por afinidade são exemplos de modernização dos relacionamentos entre os indivíduos para a formação da família.

Tal processo se resume de acordo com Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias (2016, p. 34) como:

A travessia para o novo milênio transporta valores totalmente diferentes, mas traz como valor maior uma conquista: a família não é mais um núcleo econômico e de reprodução, onde sempre esteve instalada a suposta superioridade masculina. Passou a ser muito mais um espaço para o desenvolvimento do companheirismo, do amor, e, acima de tudo, o núcleo formador da pessoa e elemento fundante do próprio sujeito.

Tais mudanças demonstraram a necessidade de modificação no Direito de Família, para que este acompanhe o desenvolvimento da sociedade e seja eficaz para resolver seus conflitos.

3.2 EVOLUÇÃO LEGAL DO CONCEITO DE FAMÍLIA

O conceito de família vem evoluindo ao decorrer dos anos juntamente com a sociedade, de forma que as mudanças na esfera da convivência social interfiram diretamente no que se entende por família.

De início o estado se submetia as regras e influência da igreja católica, pautando suas leis de acordo com o que a religião e a cultura exigiam. O artigo 337 do antigo Código de 1916 considerava como família apenas a união de duas pessoas, homem e mulher, perante os laços matrimoniais do regime civil, os filhos legítimos eram aqueles concebidos na constância do casamento, sendo os demais considerados ilegítimos.

Desta forma, os filhos concebidos fora do casamento, por parte do marido, não podiam ser reconhecidos pelo pai, pois tal reconhecimento abalaria a estrutura familiar, construída com o passar do tempo pela esposa e pelos filhos. (VENOSA, 2012, p.02). Sendo que colocaria o interesse do filho acima de qualquer outro interesse da instituição matrimonial. No entanto, se caso a mulher quem cometesse o adultério, o marido o reconhecia como filho, com base no artigo 3402, inciso I e II do antigo Código Civil de 1916. (CANEZIN; EIDT, 2012, p.10).

Aos poucos o Estado foi se afastando dessas limitações e passou a conceituar a família de acordo com os enfoques sociais, tornando a família uma peça fundamental da sociedade e o matrimônio uma parceria afetiva entre o casal.

Com a Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), algumas considerações importantes sobre a família surgiram, como a igualdade de direitos e garantias entre o homem e a mulher, desfazendo-se o pátrio poder (art. 226, § 5º), a união estável passou a ser reconhecida (art. 226, § 3º) e os filhos havidos dentro e fora do casamento passam a ter os

mesmos direitos e as mesmas qualificações, não podendo ser discriminados de qualquer forma (art. 227, § 6^a).

Desta maneira, quanto aos filhos concebidos pelo casamento, a lei estabelece uma pretensão de paternidade e as formas de impugnação; já os havidos fora das núpcias, criam-se critérios para o reconhecimento, podendo ser judicial ou extrajudicial (voluntário); e, por fim, para os adotados são estabelecidos requisitos e procedimentos para o reconhecimento. (RODRIGUES, 2008, p. 299).

4 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Todas e quaisquer áreas do direito são regidas por princípios fundamentais que as norteiam, com o direito de família não é diferente, já que estes são responsáveis pela construção e aplicação das normas jurídicas existentes na atualidade e as que ainda vão surgir.

Os princípios servem para ajudar a melhorar as relações dos indivíduos e definir padrões importantes para cada caso em que o direito de família precise intervir.

Deve-se entender que os princípios não são leis, e sim mecanismos que facilitam a criação das leis. Além disso, não devem ser utilizados de forma individual, mas sim em conjunto para uma melhor eficácia.

No direito de família, os princípios podem ser divididos em princípios gerais e princípios especiais.

Os princípios gerais são aqueles aplicáveis ao direito de família de forma mais relevante, são os mais invocados nas doutrinas e jurisprudências para uma melhor interpretação da legislação nas relações familiares.

Já os princípios especiais são aqueles voltados as normas específicas e peculiares ao direito de família.

Embora sejam muitos os princípios voltados ao direito de família, será abordado os dois principais, sendo a proteção da dignidade da pessoa humana e o da igualdade.

4.1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Prevê o art. 1^o, inciso III da CF (Brasil, 1988), que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Sendo este princípio considerado um dos mais importante, já que se encontra voltado para a importância do ser humano e dispensabilidade do patrimônio.

É difícil conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana dada sua grande abrangência que não se limita a poucas palavras, mas que basicamente se refere a um valor fundamental à existência humana, indispensável para as relações de proteção.

Este princípio visa assegurar o direito coletivo de se viver plenamente já que tal dignidade não se relaciona a um ser, mas a toda a sociedade, devendo principalmente ser observado para uma eficácia plena, nas relações de família.

4.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Sem sombra de dúvidas nas relações de família a igualdade entre homens e mulheres é uma das maiores premissas. A busca para que tal igualdade seja concretizada é longa, entretanto gradualmente a mulher ao longo da história foi conquistando seu lugar.

No que diz respeito ao direito de família, os artigos 1.511 e 1.565 do Código Civil, preveem respectivamente:

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro.

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas (Brasil, 2002).

Destacando-se que tal legislação também se aplica na união estável e em qualquer arranjo familiar que não tenha um regime de subordinação. Além da igualdade entre homens e mulheres, a legislação em seu art. 1.596 do C.C (Brasil, 2002), traz a igualdade entre os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, sendo que em qualquer dos casos, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias entre eles.

5 FILIAÇÃO

A filiação se define como sendo a relação jurídica existente entre ascendentes e descendentes de primeiro grau, como por exemplo, pais e filhos, ou seja, é a relação de

parentesco consanguíneo ou não o qual une uma pessoa àquelas que a geraram ou àquelas que receberam em seus lares, como se a tivessem gerado.

No ordenamento jurídico atual, várias são as formas de filiação, estendendo-se além da consanguínea, já que podem ser utilizadas técnica de inseminação ou filiação decorrente de adoção.

5.1 FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E O INÍCIO DO SEU RECONHECIMENTO

Interligado diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, a moderna filiação socioafetiva representa o reconhecimento dos afetos familiares que vão além dos laços biológicos.

Para Aduz Rolf Madaleno (2006, p. 138), “a filiação socioafetiva é a real paternidade do afeto e da solidariedade: são gestos de amor que registram a convivência de interesses entre o filho registral e o seu pai de afeto”.

No que desrespeito a este tipo de filiação, dispõe o art. 1.593 do Código Civil (Brasil, 2002) que o parentesco é natural ou civil, conforma resulte de consanguinidade ou outra origem. Essa “outra origem” abrange todas as novas formas de parentescos existentes na atualidade.

O exemplo mais comum da filiação socioafetiva está na situação em que o homem registra como seu, o filho que seu (a) atual parceiro (a) teve em um relacionamento anterior.

Diante de tais casos, o ordenamento jurídico reconheceu a possibilidade de facilitar tal reconhecimento, inicialmente com o ajuizamento de uma ação de reconhecimento de filiação afetiva ou ação declaratória de filiação. Que após sentenciada procedente, era encaminhado mandado de averbação ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, para a realização da filiação no registro do filho reconhecido.

Entretanto, diante da grande demora processual surgiu-se a necessidade de que o reconhecimento a filiação socioafetiva fosse diretamente no Cartório de Registro, surgindo assim o provimento nº 16/2012 do CNJ que dispõe sobre a recepção pelos Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais, de indicações de supostos pais de pessoas que já estiverem registrados sem paternidade estabelecida, bem como o reconhecimento espontâneo de filhos perante os registradores.

6. PROVIMENTO 63/2017 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Posteriormente, através do Conselho Nacional de Justiça surgiu o provimento nº 63/2017, que modernizou aquele já existente de forma acrescentar o reconhecimento da

maternidade socioafetiva, com as mesmas formalidades da paternidade socioafetiva, conforme dispõe o art. 11 do referido provimento:

Art. 11. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento [...] (Brasil-CNJ, Provimento 63,2017).

De acordo com tal provimento, as regras para o registro extrajudicial são as seguintes:

Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

§ 1º O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade será irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação.

§ 2º Poderão requerer o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva de filho os maiores de dezoito anos de idade, independentemente do estado civil.

§ 3º Não poderão reconhecer a paternidade ou maternidade socioafetiva os irmãos entre si nem os ascendentes.

§ 4º O pretense pai ou mãe será pelo menos dezesseis anos mais velho que o filho a ser reconhecido. (Brasil-CNJ, provimento 63,2017).

Para o registro, o oficial deverá reclamar documento oficial e original de identificação com foto do requerente, bem como da certidão original de nascimento do filho.

O procedimento será submetido a análise mediante coleta de termo próprio, conforme modelo disponibilizado no provimento, que conterá as devidas informações necessárias. Lavrado o termo, lido pelas partes, será formalizado o reconhecimento extrajudicial de filho socioafetivo e uma nova certidão de nascimento será expedida, sem quaisquer informações da origem da filiação.

Caso a criança for menor de doze anos, a mãe deverá dar anuência, e se a criança ou adolescente for maior de doze anos, deverá ele próprio dar seu consentimento. Toda e qualquer anuência deverá ser coletada pessoalmente perante o Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais ou por seus prepostos (SALOMÃO; HAHN,2018, p.10).

Caso exista uma suspeita de má-fé, fraude ou dúvida, deverá o registrador fundamentar a recusa da solicitação e encaminhar ao juízo competente.

6.1 ATUALIZAÇÃO PELO PROVIMENTO 83/2019 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Trazendo alterações significativas para o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva, o provimento 83/2019 do CNJ prevê que apenas pode ser reconhecido a filiação socioafetiva extrajudicial para os maiores de 12 (doze) anos, aos menores, é necessário o ingresso judicial.

Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais. (Brasil-CNJ, provimento 83, 2019)

Tendo sido acrescido no provimento 63 o art. 10 – A, que dispõe sobre os meios de prova que deverão ser apresentados para o reconhecimento da paternidade/maternidade socioafetiva.

Art. 10-A. A paternidade ou a maternidade socioafetiva deve ser estável e deve estar exteriorizada socialmente.

§ 1º O registrador deverá atestar a existência do vínculo afetivo da paternidade ou maternidade socioafetiva mediante apuração objetiva por intermédio da verificação de elementos concretos.

§ 2º O requerente demonstrará a afetividade por todos os meios em direito admitidos, bem como por documentos, tais como: apontamento escolar como responsável ou representante do aluno; inscrição do pretense filho em plano de saúde ou em órgão de previdência; registro oficial de que residem na mesma unidade domiciliar; vínculo de conjugalidade - casamento ou união estável - com o ascendente biológico; inscrição como dependente do requerente em entidades associativas; fotografias em celebrações relevantes; declaração de testemunhas com firma reconhecida.

§ 3º A ausência destes documentos não impede o registro, desde que justificada a impossibilidade, no entanto, o registrador deverá atestar como apurou o vínculo socioafetivo.

§ 4º Os documentos colhidos na apuração do vínculo socioafetivo deverão ser arquivados pelo registrador (originais ou cópias) juntamente com o requerimento. (Brasil-CNJ, provimento 83,2019).

Uma outra mudança significativa foi a exigência de haver um representante do Ministério Público que deverá informar seu parecer, e só aí será realizado o registro de socioafetividade.

§ 9º Atendidos os requisitos para o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva, o registrador encaminhará o expediente ao representante do Ministério Público para parecer.

I – O registro da paternidade ou maternidade socioafetiva será realizado pelo registrador após o parecer favorável do Ministério Público.

II - Se o parecer for desfavorável, o registrador não procederá o registro da paternidade ou maternidade socioafetiva e comunicará o ocorrido ao requerente, arquivando-se o expediente.

III – Eventual dúvida referente ao registro deverá ser remetida ao juízo competente para dirimí-la. (Brasil-CNJ, provimento 83,2019).

A última mudança se refere ao acréscimo dos §§ 1º e 2º do artigo 14, que prevê a possibilidade de apenas ser reconhecido um ascendente socioafetivo, diferente do antigo provimento que trazia a possibilidade de inclusão de dois ascendentes por procedimentos independentes.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, as novas regras trazidas pelos provimentos do Conselho Nacional de Justiça objetivam facilitar o reconhecimento da filiação paterna e materna socioafetiva, de forma rápida e célere no campo extrajudicial.

Garantindo o princípio da dignidade da pessoa humana e principalmente o princípio da igualdade, de forma não diferenciar os filhos de uma relação por conta da origem desta filiação.

Embora com a nova resolução 83/2019 do CNJ tenha burocratizado novamente o reconhecimento da paternidade/maternidade socioafetiva, há de se reconhecer que todas estas mudanças no direito de família trazem o sentimento de superação de uma antiga legislação arcaica, para uma nova, representativa e inclusiva legislação voltada às ideias da sociedade moderna.

REFERÊNCIAS

ALVES, Roosenberg. **Família Patriarcal e Nuclear: Conceito, características e transformações**. Disponível em https://pos.historia.ufg.br/up/113/o/IISPHist09_RoosembergAlves.pdf. Acesso em 15 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm. Acessado em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acessado em 15 nov. 2022.

BRASIL. Provimento nº 83, de 14 de agosto de 2019. Altera a Seção II, que trata da Paternidade Socioafetiva, do provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017 da Corregedoria Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975>. Acessado em 10 mar. 2023.

BORGES, G.C. **Os tipos de filiação no ordenamento jurídico brasileiro**. 2017. Jus.com.br. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56161/os-tipos-de-filiacao-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em 01 fev. 2023.

CAMARGO NETO, M. C.; SALAROLI, M. **Registro civil das pessoas naturais**. 2. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

CRUZ, C. **A parentalidade socioafetiva a partir do provimento 83 do CNJ**. 2022. Disponível em: <https://comissaofamiliasucessoesabarj.jusbrasil.com.br/artigos/1437191489/a-parentalidade-socioafetiva-a-partir-do-provimento-83-do-cnj#:~:text=A%20altera%C3%A7%C3%A3o%20do%20Provimento%2063,filhos%20menores%20de%2012%20anos>. Acesso em: 22 fev. .2021.

DIAS, M. B., **Manual de Direito das Famílias**, 11ª. Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 34.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Novo Curso de Direito Civil - Direito de Família**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/789181>. Acesso em: 4 mar. 2023.

GARCIA, Felícia Zuardi Spinola. **A evolução do direito das famílias e da condução de seus conflitos: novos desafios para a sociedade.** 2018. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1273/A+evolu%C3%A7%C3%A3o+do+direito+das+fam%C3%ADlias+e+da+condu%C3%A7%C3%A3o+de+seus+conflitos:+novos+desafios+para+a+sociedade>. Acesso em 18 jan. 2023.

GENTIL, C. L. L. **Reconhecimento Extrajudicial da Filiação Socioafetiva.** 2022. Disponível em: <https://comissaofamiliasucessoesabarj.jusbrasil.com.br/artigos/1424464502/reconhecime nto-extrajudicial-da-filiacao-socioafetiva>. Acesso em: 1 mar. 2023.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil brasileiro: direito de família.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAL, A. C. D. R. F. D.; MALUF, C. A. D. **Curso de Direito de Família.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/774379>. Acesso em: 4 mar. 2023.

MADALENO, Rolf. Paternidade alimentar. *Revista Brasileira de Direito de Família*: ano VIII, n. 37, p. 138, ago./set. 2006.

NORONHA, M. M. S; Parron, S. F. **A evolução do conceito família.** 2019. Trabalho Acadêmico (Curso de Direito) – Faculdade de Ciências Contábeis de Nova Andradina – FACINAN, Nova Andradina. 2019. Disponível em: http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170602115104.pdf. Acesso em: 01 mar. 2023.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo.** 2.ed. ver. e atual. Salvador: JusPODIVIM, 2016.

SANTOS, G. T. **Reconhecimento de filiação socioafetiva extrajudicial conforme provimento 63 do conselho nacional de justiça.** 2018. Monografia Final (Graduação em Direito) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ, Santa Rosa. 2018. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/5408/Greice%20Tatiele%20dos%20Santos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 jan. 2023.

SALOMÃO, Marcos Costa. **A Filiação Socioafetiva pela Posse de Estado de Filho e a Multiparentalidade no Provimento 63 do CNJ.** Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwibtLU7I_ZAhWLEZAKHdwMDqUQFgg7MAM&url=http%3A%2F%2Fwww.portaldori.com.br%2Fwp-

content%2Fuploads%2F2017%2F12%2FARTIGOSALOMA%25CC%2583O-PROV-63.pdf&usg=AOvVaw02ktITikWEL-rDvfwKrqS_. Acesso em: 27/12/2017.

SANTOS, G.T. **Reconhecimento de filiação socioafetiva extrajudicial conforme provimento 63 do conselho nacional de justiça**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Santa Rosa, 2018. Disponível em:

<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/5408/Greice%20Tatiele%20dos%20Santos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 jan. 2023.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: direito de família, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, v. 6, p. 1.

RESSOCIALIZAÇÃO DE DEPENDENTES QUÍMICOS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: ENTRE A OMISSÃO ESTATAL E A INSUFICIÊNCIA DA LEI PENAL

KAROLAYNE LIMOEIRO BERNARDO:
graduanda em Direito pela Universidade
Federal do Amazonas¹¹¹

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo discorrer sobre as dificuldades sociais para a ressocialização de dependentes químicos frente a responsabilidade estatal. E especificamente, compreender a incidência da função da pena com base nos princípios da execução da pena, bem como entender a relação entre a criminalidade e a ressocialização de presos, identificar a eficácia de normas que regulam a ressocialização de apenados dependentes químicos; e compreender as dificuldades de aplicação de medidas públicas destinadas à ressocialização de presos dependentes químicos. Esta pesquisa tem caráter qualitativo e foi realizada através de levantamento bibliográfico e documental, cuja características são descritiva-analítica. A ressocialização de dependentes químicos no sistema carcerário brasileiro é uma questão que envolve fatores como a superlotação das prisões, a falta de investimentos em políticas efetivamente públicas, a recuperação da lei penal, entre outros. Contudo, não se trata apenas de uma questão de justiça social, mas também de segurança pública, já que a reincidência criminal pode ser reduzida por meio de medidas efetivas de ressocialização. Além disso, é necessário que a lei penal seja mais adequada à realidade dos adictos, para que as penas sejam proporcionais à gravidade do delito e considerem a situação de vulnerabilidade dos presos. Ainda, tendo em vista tratar-se de uma questão de saúde, que afeta a integridade física e psicológica do usuário e daqueles que estão ao seu redor. Então, para garantir a continuidade da ressocialização de dependentes químicos no sistema carcerário brasileiro, é preciso que o Estado assuma sua responsabilidade e implemente políticas públicas eficazes.

Palavras-chave: Dependentes Químicos. Presos. Ressocialização.

ABSTRACT: This study aims to discuss the social difficulties for the resocialization of drug addicts in the face of state responsibility. And specifically, to understand the incidence of the function of the sentence based on the principles of the execution of the sentence, as well as to understand the relationship between criminality and the resocialization of prisoners, to identify the effectiveness of norms that regulate the resocialization of drug addicts; and understand the difficulties of applying public measures aimed at the resocialization of drug-dependent prisoners. This research has a qualitative character and was carried out through a bibliographical and documental survey, whose characteristics are descriptive-analytical. The resocialization of drug addicts in the Brazilian prison system is an issue that involves factors such as prison overcrowding, lack of investment in effectively

¹¹¹ E-mail: Karolaynelbern@gmail.com

public policies, the recovery of criminal law, among others. However, it is not only a question of social justice, but also of public safety, as criminal recidivism can be reduced through effective resocialization measures. In addition, it is necessary that the criminal law is more adequate to the reality of addicts, so that the penalties are proportional to the seriousness of the crime and consider the vulnerable situation of the prisoners. Still, considering that it is a health issue, which affects the physical and psychological integrity of the user and those around him. So, to guarantee the continuity of the resocialization of chemical dependents in the Brazilian prison system, it is necessary that the State assumes its responsibility and implements effective public policies.

Keywords: Chemical Dependent. Stuck. Resocialization.

1. INTRODUÇÃO

A ressocialização de dependentes químicos no sistema carcerário brasileiro é uma temática de grande repercussão, uma vez que, o país enfrenta um grave problema de superlotação nas prisões e de aumento do número de pessoas presas por envolvimento com drogas. Além do mais, envolve diversas questões complexas e discutidas, principalmente no que diz respeito à omissão estatal e à insuficiência da lei penal.

De acordo com Oliveira (2015), essa problemática ocorre devido à falta de políticas públicas e a superlotação das prisões que dificultam a implementação de medidas eficazes de prevenção e tratamento da dependência química. Logo, é fundamental discutir a evolução das políticas públicas de prevenção e tratamento da dependência química no ambiente prisional, bem como a necessidade de programas de ressocialização que contemplem a assistência social, psicológica e médica aos presos.

Nesse sentido, Valois (2020) faz uma breve recapitulação a um momento de sua vida profissional como Juiz de execução, onde um jovem chamado Keneth sofreu uma execução peculiar em Manaus. Em resumo, o jovem de 22 anos declarou ser dependente químico, sendo este o motivo do descumprimento das condições impostas a ele de dormir na Casa do Albergado, local de recolhimento diário de todos os presos, como determina a Lei de Execução Penal (VALOIS, 2020).

Prontamente, a solução encontrada pelo juiz para amenizar a pena evitando sua regressão, seria enviar Keneth para o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, para elaboração de um laudo onde comprovasse a dependência química do apenado, para depois converter a pena em medida de segurança na forma de tratamento

ambulatorial. Porém, antes do laudo sair, um mês depois da sentença, o local incendiou, levando a vida de quatro internos, estando entre eles Keneth (VALOIS, 2020).

Ocorre que, essa é a realidade de muitos jovens que hoje estão ligados a prática do consumo de drogas lícitas e ilícitas, muitas vezes se envolvendo até mesmo com a prática criminosa do tráfico de drogas. Para tanto, usaremos o termo adictos para essas pessoas que tem a vida associada a substâncias que mais causam dependência como o álcool, o tabaco e as drogas ilícitas.

Conforme a Lei de Execução Penal (Lei nº 7210/1984) define em seu art. 1º que a norma de execução penal busca proporcionar a harmônica integração social do condenado e internado (BRASIL, 1984), a pena deve ter, além do caráter punitivo da pena, meios para que o condenado seja reintegrado à sociedade, para evitar que este cause mais danos aos bens jurídicos tutelados.

Contudo, a realidade que se encontra no sistema carcerário brasileiro é divergente, em que os presos sobrevivem em condições precárias e dificilmente têm acesso às medidas de ressocialização, tais como o trabalho e a educação (AZEVEDO, 2016). Conforme Gomes (2016), o estigma de ex-apenado ainda se encontra enormemente atrelado ao viés punitivista da sociedade brasileiro, o que dificulta a reinserção do ex-recluso.

Assim, quando se trata de dependentes químicos, há ainda maior complexidade, tendo em vista a carência de programas de tratamento no sistema carcerário, além da ausência de legislação que observe as necessidades especiais dos adictos durante e após o cumprimento da pena.

O presente trabalho justifica-se na necessidade de se efetivar os direitos fundamentais dos apenados dependentes de substâncias entorpecentes, bem como refletir o papel do Direito Penal na busca pela diminuição da criminalidade através da ressocialização, abandonando o viés meramente punitivista da pena, buscando políticas públicas eficazes para amenizar a realidade atual dos dependentes de substâncias entorpecentes, e assim, influenciando direta e indiretamente no sistema carcerário brasileiro.

Do ponto de vista social, a pesquisa se justifica por se tratar de um tema de grande culto para a sociedade brasileira, uma vez que o país enfrenta um cenário preocupante de superlotação nas prisões e de aumento do número de pessoas presas por envolvimento com drogas. Nesse contexto, é fundamental compreender as dificuldades enfrentadas pelos dependentes químicos para se reintegrarem à sociedade após cumprir sua pena e as políticas públicas necessárias para garantir a passagem da

ressocialização. Além disso, a pesquisa pode contribuir para a melhoria das políticas públicas e para a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Já do ponto de vista acadêmico, a pesquisa se justifica por se tratar de um tema complexo e multidisciplinar, que envolve diversas áreas do conhecimento, como direito, psicologia, assistência social, saúde, entre outras. Além disso, a pesquisa pode contribuir para o desenvolvimento de teorias e metodologias relacionadas à ressocialização de dependentes químicos no sistema carcerário brasileiro, bem como para a produção de conhecimento científico sobre as políticas públicas e a responsabilidade estatal em relação a esse tema.

Portanto, o presente artigo tem como objetivo discorrer sobre as dificuldades sociais para a ressocialização de dependentes químicos frente a responsabilidade estatal. E especificamente, compreender a incidência da função da pena com base nos princípios da execução da pena, bem como entender a relação entre a criminalidade e a ressocialização de presos, identificar a eficácia de normas que regulam a ressocialização de apenados dependentes químicos; e compreender as dificuldades de aplicação de medidas públicas destinadas à ressocialização de presos dependentes químicos.

Esta pesquisa tem caráter qualitativo e foi realizada através de levantamento de referencial teórico e documental acerca do tema, assim como coleta de dados contextualizando a problemática, cumprindo, dessa forma, os parâmetros da pesquisa bibliográfica, com o objetivo de elucidar os aspectos referentes à ressocialização de dependentes químicos. A pesquisa teórica se deu de maneira descritiva dos dados, mas também analítica, proporcionando aprofundamento nas reflexões conceituais inerentes ao tema.

2. PRISÃO EM FLAGRANTE, FUNÇÃO DA PENA E O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

2.1 Os verdadeiros destinatários do sistema carcerário brasileiro

A Lei 11.343/2006, em seu art. 28, § 2º, o juiz determinará se o entorpecente é para consumo pessoa, observando a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como as condições em que se desenvolveu a ação e a conduta e antecedentes do agente (BRASIL, 2006).

Em análise, Moraes (2021, p. 32) compreende que o parlamento não teve eficácia ao elencar esses critérios, posto que, na prática, há um enorme subjetivismo do

juiz ao analisar o caso concreto, o que abre margem para inúmeras discriminações sociais.

Nessa perspectiva, Valois (2020) nos traz o cerne da análise subjetiva do magistrado quanto a diferenciação de quem é usuário e quem é traficante, estando pautada exclusivamente na visão dos policiais que realizam a prisão em flagrante. Em suas palavras:

O inquérito policial está exclusivamente na mão da polícia e, quando se trata dessas substâncias, as testemunhas são também quase sempre policiais, deixando aquela pessoa presa, indicada, indiciada pela polícia como traficante, praticamente sem defesa (VALOIS, 2020 p. 326).

Sendo assim, o Estado Brasileiro contribui para a a cultura do encarceramento como a resultante de um modelo de política criminal do três poderes de Estado, centrando o combate à criminalidade na perspectiva da prisão em flagrante delito, atuando no contexto de um sistema penal voltado para a repressão dos crimes com menor capacidade organizacional, ao final voltando-se para indivíduos socialmente fragilizados. Diante disso, grupos com mais chance de serem capturados com maior facilidade, os quais já sofrem enorme estigma pelo sistema, acabam sofrendo por consequência de um padrão de atuação policial fortemente segregacionista (MELO, 2018, p. 37).

Valois (2020), por exemplo, expõe essa hipocrisia do estado brasileiro, *in verbs*:

Seria um poder arbitrário se o policial pudesse escolher entre entrar em uma mansão dos Jardins, em São Paulo, ou em um apartamento na Vieira Souto, no Rio de Janeiro, ao invés de em uma casa pobre, mas ele não pode. Ou ao menos não pode da forma como entra nos barracos da periferia. A arbitrariedade está na capacidade de escolha arbitrária, o que o policial não tem. Há, portanto, uma discricionariedade, mas uma discricionariedade que se exerce entre a camada pobre da população. As drogas continuam sendo vendidas e sempre continuarão, os presos são os que tiveram o azar de cair na malha fina e esfarrapada no poder punitivo, os bodes expiatórios necessários (VALOIS, 2020, p. 326).

Conclui-se, portanto, que o público destinatário deste artigo é, não somente, mas predominantemente, a camada carente da sociedade, visto que, o sistema penitenciário brasileiro está "lotado de pobres e miseráveis" (VALOIS, p. 326), sendo estes os receptores das penas previstas no ordenamento jurídico que servem, em uma visão utópica, para correção do que está errado.

2.2 A função da pena conectada ao fracasso da ressocialização de dependentes químicos no sistema carcerário brasileiro

O direito penal é a *última ratio*, assim, busca, em última instância, restringir e impor, por meio do preceito primário que o ilícito não se repita, ao passo que a pena é a sanção proveniente da confirmação da existência do crime e de seu autor, com rigor punitivo e finalidade ressocializadora (NUCCI, 2019).

No decorrer da sua disposição, o Código Penal Brasileiro estipula três espécies de pena: a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos e a pena de multa (BRASIL, 1940).

Ademais, o art. 59 do referido Código atribui como função do juiz o dever de observar a medida necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime quando fixar as penas aplicáveis, sua duração, regime e possível substituição (BRASIL, 1940). Assim, extrai-se que a pena possui um viés duplo: a reprovabilidade e caráter preventivo, ou seja, ao mesmo passo em que se pune o autor pelo crime cometido, busca-se evitar que novas violações aconteçam.

Entretanto, as funções reais da pena nos mostram como o sistema utiliza um discurso de salvação, mas na prática, inserem os apenados em uma escola onde formam criminosos e contribuir para a esteira de ciclo da violência que sofre o estado brasileiro. Nessa interim, em vez de reduzir a criminalidade ressocializando o condenado, produz efeitos contrários a reintegração do apenado a sociedade, ao final consolidando verdadeiras carreiras criminosas cunhadas pelo conceito de "*desvio secundário*" (DE ANDRADE, 2021, p. 15).

Segundo Ezeokeke (2011, p. 132) o modelo de administração prisional brasileiro é tecno burocrático-coercitivo, fundado em uma combinação de tecnoburocracia violenta. Tal modelo não possui o intuito de erradicar a criminalidade, justamente porque se retroalimenta da existência do crime, estruturando-se num viés claramente punitivista, buscando atribuir uma sensação de segurança à população através do afastamento social daqueles que afetaram o convívio público.

De forma mais objetiva, podemos extrair dos números obtidos pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN, que a população carcerária do Brasil, em junho de 2022, é de 837.443, sendo 331.680 presos no regime fechado (39,3%), e 172.551 no regime semiaberto (20,6%) (DEPEN, 2022). Ademais, em junho de 2012, a população carcerária era de 549,577, sendo 216,075 presos em regime fechado, e 75,549 no regime semiaberto (DEPEN, 2012).

Ao mesmo passo em que houve mais prisões, o sistema carcerário não sofreu grandes melhorias e reformas, tampouco o sentimento de segurança cresceu na sociedade. Assim, o Estado foca na punição pelos atos já cometidos, atribuindo pena com função retributiva, e poupa esforços na produção de medidas preventivas, incluindo a ressocialização dos condenados com o fim de evitar novos delitos.

Não só houve aumento no número de condenados, como também houve uma elevação no número de brasileiros usuários de substâncias entorpecentes, certamente sendo um ponto diretamente proporcional ao superlotação das celas brasileiras, pois, como sabidamente Masson pontuou:

Como se sabe, o simples fato de o agente afirmar ser usuário de drogas não descaracteriza a traficância, pois é possível a coexistência desta qualidade com a de traficante, a exemplo do que se verifica quando alguém vende maconha inclusive para, com o dinheiro recebido, continuar usando a droga (MASSON, MARÇAL, 2019).

Nesse interim, vários são os caminhos que levam o jovem a se envolver com as drogas, seja ela lícita ou ilícita, podendo ser para custear sua sede de entorpecentes, entrando no mercado onde tem maior facilidade de obter lucro rápido, ou, ainda que fora do sistema prisional, sendo o fornecedor, estando meramente na companhia deste e, até que se prove sua inocência, já adentra no ambiente onde a criminalidade é ainda maior. Acaba que no final, até o indivíduo que nunca se envolveu com o uso dos entorpecentes acaba se envolvendo com organizações criminosas por adentrar no ambiente do cárcere, mesmo que por pouco tempo.

Infelizmente, não há relatórios disponíveis demonstrando quantos apenados são usuários de substâncias entorpecentes, noutro bordo, conforme levantamento realizado pela Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz, em parceria com outras instituições, o número absoluto estimado nas capitais brasileiras, em 2015, de usuários regulares de maconha chegou a mais de um milhão e noventa mil, cerca de 670 mil usuários regulares de substâncias ilícitas (exceto maconha) e aproximadamente 380 mil usuários regulares de crack e/ou similares (BASTOS, 2017, p. 208).

Adentrando nos números de presos envolvidos por tráfico internacional de drogas e associação para o tráfico, em junho de 2022, temos um total de 215.466, equivalente a 25,7% dos apenados (DEPEN, 2022). Cabe ressaltar, que nesse rol não necessariamente todos são usuários, como também não estão incluídos os usuários apenados por outros tipos penais.

D'Urso (2020) afirma que, as drogas estão presentes no sistema prisional como forma de os custodiados lidarem com as mazelas do encarceramento, como a

superpopulação, condições de insalubridade, exposição à violência, falta de assistência à saúde e o rompimento dos laços familiares.

O artigo 84 da Lei de Execução Penal, dispõe que o preso provisório deveria ficar separado do condenado por sentença transitada em julgado. Ainda, em seu §1º, do mesmo dispositivo, determina que o preso primário cumpra pena em seção distinta daquela reservada para os presos reincidentes (BRASIL, 1984). Isto está ligado ao princípio da individualização da pena, porém os dados são evidentes, o sistema carcerário brasileiro sofre de superlotação, visto que a capacidade de vagas disponíveis sofre um déficit de 248.998 vagas (DEPEN, 2022).

Devido a esta lotação de presos no sistema prisional brasileiro, há uma enorme dificuldade na separação dos presos considerados de alta periculosidade dos que cometeram crimes mais leves, o que contribui para um contato maior e possíveis cooptações para a integração de organizações criminosas ou até mesmo em coações dentro do cárcere.

Nesse sentido, percebe-se que são inúmeras as definições na literatura jurídica para subsidiar a condição de um indivíduo como sujeito de direitos, por exemplo, para o direito processual penal um estado que respeita às liberdades individuais e de alegar seus direitos perante os Tribunais de Justiça, efetivando a defesa em seu sentido mais amplo, é um dos pilares do Estado Democrático de Direito (CARNEIRO, 2022).

Assim, percebe-se uma enorme contradição entre os textos e princípios legais com a realidade construída por meio das instituições, que em vez de tentar minimizar as desigualdades, contribuem para o aprofundamento das desigualdades sociais com a mera aplicação fria do texto legal.

3.A QUESTÃO DA RESSOCIALIZAÇÃO COMO CERNE PRIMORDIAL PARA A SUPERAÇÃO DO CAOS DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

A ressocialização dos apenados é essencial, sobretudo para os que cumprem pena privativa de liberdade em regime fechado e semiaberto.

Na perspectiva jurídica, a Lei de Drogas, em seu art. 1º, parágrafo único adota o conceito de droga como substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União (BRASIL, 2006).

Na atualidade, não se ignora que a prisão, em vez de regenerar e ressocializar o delinquente, degenera-o e dessocializa-o, além de pervertê-lo, corrompê-lo e embrutecê-lo. A prisão é, por si mesma, criminógena, além de fábrica de reincidência. Já foi cognominada, por isso mesmo, de escola primária, secundária e universitária do crime. Enfim, a prisão é uma verdadeira sementeira da criminalização (TRINDADE, 2003, p.5).

A ressocialização busca compreender as circunstâncias envolvidas que fizeram o autor praticar determinado delito e possibilitar o suporte necessário para reintegrá-lo à sociedade, para que seus atos criminosos fiquem apenas no seu passado (GONZALEZ et al, 2016, p. 248). A pena cumprida no ambiente penitenciário é repleta de situações degradantes, como a violência, falta de higiene básica, alimentação e superlotação nas celas. Depois de solto, o indivíduo sofre o estigma de ex-presidiário e, sozinho, encontra diversas dificuldades para se afastar dos motivos que o levaram anteriormente a cometer crime.

A principal dificuldade enfrentada por esses indivíduos é ingressar no mercado de trabalho, pois além da marca de ex-presidiário, a maioria deles não possuem ensino fundamental completo e nem experiência profissional, sendo praticamente impossível serem admitidos em algum emprego. Esse conjunto de fatores dificulta a necessária e humanitária reinserção do detento ao convívio social, auxiliando de forma direta o aumento da reincidência no país que já sofre com os altos índices de criminalidade (GONZALEZ et al, 2016, p. 249-250).

Tratando-se de usuários de drogas dependentes químicos a ressocialização torna-se ainda mais complexa. "Usuários de drogas possuem alguns aspectos psicológicos comuns. Quanto à personalidade, verifica-se fragilidade, falta de amor-próprio, busca da autodestruição, depressão, ansiedade e suas co-morbidades." (ALVAREZ, GOMES, XAVIER, 2014, p. 642)

O dependente químico tem dificuldade em conseguir desenvolver suas atividades cotidianas sem a utilização da droga, pois esta passa a servir como alívio para lidar com as mazelas da existência e dos conflitos que a constituem. Diante disso, o usuário faz da obtenção da droga seu objetivo de vida. Além disso, a quantidade de drogas existentes e a facilidade para a sua aquisição são elementos que contribuem para essa diferenciação (ALVAREZ, GOMES, XAVIER, 2014, p. 642)

Assim, a ressocialização de dependentes químicos vai além da necessidade de se quebrar o estigma de "ex-presidiário" ou fornecer profissionalização e ensino. A ressocialização desse grupo também não pode ficar restrita apenas ao cumprimento da pena, afinal, ficar um período com sua liberdade restringida não vai fazer o dependente se livrar do seu vício (MODOLON, 2015, p. 38).

Na verdade, precisa-se ter em mente que muitos presos praticam crimes sob o efeito das drogas ou cometem crimes exclusivamente para obter recursos capazes de manter o seu vício e, por isso, eles precisam de tratamento para dependência química (D'URSO, 2020).

Em todas essas definições ou metas propostas para a redução de danos tem o mesmo ponto de partida danos associados ao uso. A questão não é mais prevenir o uso de drogas, simplesmente, mas reduzir os danos associados a esse uso. A redução de danos também abrange mudanças de ordem legislativa e de ordem cultural, que vão acontecer no entendimento médico para o tratamento, na esfera da educação da mídia, enfim estimulando a mudança de percepção das pessoas quanto as drogas e seus usuários, além da própria prevenção em relação a certas doenças. (REGHLEIN,2002, p.76)

Como medidas para a ressocialização de dependentes químicos, a Lei de drogas estabelece, no at. 4º, como princípios do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD): a integração das estratégias nacionais e internacionais com adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades e prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, observando o equilíbrio entre elas.

Contudo, resta claro que a legislação atual não é suficiente para a promoção da integração social harmônica dos dependentes químicos, sendo necessário repensar não apenas a promoção de novas leis e medidas públicas, como também as dificuldades que o Estado sofre e sofrerá na sua execução, tendo em vista a questão individual de cada usuário

A prisão é uma parte de um continuum que inclui família, escola, assistência social, a organização cultural do tempo livre, preparação profissional, universidade e educação adulta. O tratamento na penitenciária e a assistência pós-penitenciária previstos pelas novas leis, são um setor altamente especializado deste continuum, tendente a recuperar os atrasos em socialização que indivíduos marginais têm sofrido, do mesmo modo como as escolas especiais ajudam a recuperar terreno aquelas crianças que provam ser inaptas para as escolas normais (TRINDADE, 2003, p. 31).

Tais políticas omissas pelos três poderes de estados contribuem paulatinamente para um verdadeiro ciclo de violência, onde o indivíduo que é dependente de entorpecentes, para saciar o seu vício, quando não possui recursos financeiros, se volta para o cometimento de delitos, o que aumenta ainda mais a insegurança da população no dia a dia.

4. DA OMISSÃO LEGISLATIVA NA REALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA DEPENDENTES QUÍMICOS

4.1 Das disposições legais para tratamento de toxicodependentes

O Art. 23 da Lei de drogas dispõe que os entes federados desenvolverão programas de atenção ao usuário e ao dependente de entorpecentes. Nesse sentido, o parágrafo único do art. 45 da mesma legislação dispõe que o magistrado poderá encaminhar para tratamento médico o agente inimputável em razão de dependência ocasionada pelo uso de entorpecentes (BRASIL, 2006).

Diante disso, em que pese às informações percebidas na legislação específica que trata sobre tráfico de drogas, é notório o fracasso do estado brasileiro em propor soluções eficazes para a ressocialização de dependentes químicos. Isso é percebido pela própria redação do art. 33 da Lei de drogas que não perfaz medida de caráter ressocializado distinta à prisão, determinando meramente o enclausuramento do apenado, o que gera diretamente na superlotação carcerária, bem como perspectivas de desintoxicação.

Gomes (2007) exara que os objetivos esculpidos no Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD buscam prevenir e reprimir os entorpecentes, *in verbis*:

Art. 5º O Sisnad tem os seguintes objetivos:

I - contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados;

II - promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país;

III - promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios;

IV - assegurar as condições para a coordenação, a integração e a articulação das atividades de que trata o art. 3º desta Lei.

Por exemplo, o art. 5º, inciso I, ao analisar a questão da vulnerabilidade preconiza que os indivíduos que usam entorpecentes são vulneráveis, o que significa que representam características sociais ou fatores que o tornam sujeitos mais propensos a assumir comportamentos arriscados (GOMES, 2007). Esses fatores podem abarcar desde a curiosidade ou até mesmo insatisfação com o contexto social em que vivem.

Desse modo, a norma acerta ao buscar as habilidades sociais, a cooperação, as habilidades para resolver problemas, os vínculos positivos com as pessoas e desenvolver a autoestima do indivíduo que possuem essas questões,

No entanto, ainda é notória a ausência de políticas públicas eficazes para a ressocialização prática e redução da reiteração delitiva de dependentes químicos.

4.2 Das Políticas públicas para os dependentes químicos

Bucci (1997, p. 90). compreende que a fundamentação das políticas públicas se estrutura na existência dos direitos sociais, os quais demandam prestações positivas do Estado. Na qual, outros agentes sociais podem participar da elaboração de políticas públicas, no momento de sua implementação ou da avaliação de seus resultados, além de admitir a atuação de organizações não governamentais ou órgãos privados na elaboração de políticas, participando em suas fases iniciais, na tomada de decisões para a formulação das políticas (SECCHI, 2013).

O cerne crucial da questão em tela reside no fato de que políticas públicas não podem ser isoladas e formuladas sob uma camada superficial que dissimula a realidade dos fatos. Aqueles que serão afetados diretamente ou potencialmente pelas políticas devem ter alguma forma de participação nessas etapas, sendo ideal que isso ocorra durante a fase de elaboração.

Contudo, como destacado por Bento (2022), a personalidade autoritária é fundamentada na convicção de que a visão de mundo de seu grupo é o epicentro de tudo, compreendendo outras perspectivas somente a partir de uma ótica etnocêntrica. Assim, aqueles que possuem o poder de fazer políticas públicas frequentemente acabam por promover projetos ineficazes que se afastam do ideal necessário.

Desse modo, em artigo publicado na Revista USP, Eduardo Bittar, em 2018, trouxe uma reflexão importante ao analisar a situação atual de políticas públicas no Brasil, ao compreender que na elaboração dessas políticas públicas o cerne principal deve ser a verificação da realidade brasileira e os desafios históricos presentes.

Ainda, imprescindível ressaltar a análise feita por Marques e Berwig (2017), ao identificarem a ideia de segurança pública proporciona à consideração de duas possibilidades – que aparentam ser contraditórias – para alcançar a concretização dos direitos humanos: a primeira delas é a manutenção da ordem pública e o outro é um modelo de segurança pública voltada à proteção dos direitos do cidadão. O primeiro modelo é considerado defasado e o responsável pela crise da segurança pública e pela ineficiência de suas políticas. Isso porque na tentativa de manter a ordem pública e combater o crime sob o pretexto de concretização do direito à segurança acaba excluindo alguns indivíduos (rotulados como perigosos ou criminosos), que por seu turno, acabam gerando mais insegurança. Torna-se, pois, um ciclo vicioso.

Já o segundo modelo, é um sistema que é capaz de prover a segurança dentro do Estado Democrático de Direito devido a sua atuação se dar pela inclusão e preservação dos direitos de todos os cidadãos, atuando de forma positiva através de uma gestão pública pautada na democracia e voltada ao interesse público, por consequência à concretização dos direitos humanos, o que seria possível através políticas públicas que possam ter um cunho social (e não repressivo). E isso é encontrado mediante o uso dos direitos humanos como ferramenta para elaboração, análise, verificação e repressão de violações e mazelas sofridas por dependentes químicos.

Nesse modelo, podemos visualizar uma possível solução para o estado brasileiro resolver o caos que abarca a ressocialização de dependentes químicos, pois é de conhecimento do legislador a omissão no tratamento dos toxicomaníacos, conforme redação do Projeto de Lei 2.546/2021, de autoria da parlamentar Rose Modesto, ao propor programa de recuperação dependentes químicos no sistema prisional, mediante a alteração e inserção do Plano Nacional de Atenção Integral às Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional – PANISP, criado para possibilitar o acesso dos reclusos as ações e serviços de saúde. Entretanto, é possível identificar que não há menções e ações para a recuperação de dependentes químicos, o que denota o flagrante descaso do poder público com esse tema.

Curioso ainda mencionar que uma das possíveis dificuldades da aplicação de políticas públicas nessa seara pode se dar ao fato de que terminologicamente indivíduos que possuem dependência química são vistos como grupos vulneráveis, mas tratados como minorias.

Esses termos embora sejam comumente considerados sinônimos, por remeterem a uma ideia de grupos de pessoas que se encontram em posição de desvantagem. Contudo, há diferenças, sendo “grupos vulneráveis” àqueles indivíduos que contam com alto grau de chance de ser ofendidos ou atacados, entretanto, não possuem um traço comum entre si. Cita-se como exemplo o caso dos consumidores,

dos sindicatos, do réu e das pessoas com deficiência (SIQUEIRA e CASTRO, 2017, p. 109-111).

Já as minorias são, segundo Siqueira e Castro (2017), indivíduos conectados, com um traço cultural comum, sendo, justamente, esse traço cultural que o difere dos demais integrantes da sociedade e, busca-se não eliminar esse traço, mas sim respeitá-lo, com fundamento na pluralidade, citando-se como exemplo, povos indígenas, homossexuais, os negros, os idosos e as crianças.

Naturalmente, embora sejam indivíduos plurais compostos por minorias, é notório que, independente da classe social, o indivíduo que possui maior poder aquisitivo terá mais aparato e apoio financeiro para desenvolver um tratamento adequado. Já que, a implementação de uma política pública voltada para um grupo vulnerável, trata-se de uma estratégia e mecanismos utilizados que devem ser traçados de forma distinta, pois a pretensão não envolve essa preservação de determinado traço cultural (LIMA, LEAL, 2022, p. 154).

Assim, é possível perceber que há inúmeras minorias presentes dentro de grupos vulneráveis, mormente aquelas que não dependem do aparelho estatal para sobressair do vício, contudo o estado brasileiro fracassa recorrentemente na aplicação e ressocialização desses indivíduos. Isso é notório especialmente quando se verifica as inúmeras minorias presentes entre os dependentes químicos.

5. CONCLUSÃO

Frente ao viés punitivista da sociedade brasileira, o sistema carcerário vem apresentando situações cada vez mais precárias, como a superlotação, falta de produtos básicos de higiene, alimentos de baixa qualidade e violência entre os presos. Não obstante, a pena cumprida pelo indivíduo com sua liberdade restringida não se limita àquela dentro dos presídios, é cumprida também dentro do convívio da sociedade, após a sua soltura, em razão dos estigmas que o condenado enfrenta e a dificuldade de se reintegrar.

Logo, a ressocialização de dependentes químicos no sistema carcerário brasileiro é uma questão complexa e desafiadora, que envolve diversos fatores, como a superlotação das prisões, a falta de investimentos em políticas efetivamente públicas, a recuperação da lei penal, entre outros. Nesse contexto, é fundamental que o Estado assuma sua responsabilidade na garantia da ressocialização dos presos, por meio da implementação de políticas públicas que contemplem a assistência social, psicológica e médica aos dependentes químicos.

É preciso compreender que a ressocialização não se trata apenas de uma questão de justiça social, mas também de segurança pública, uma vez que a reincidência criminal pode ser reduzida por meio de medidas efetivas de ressocialização. Além disso, é necessário que a lei penal seja mais adequada à realidade dos dependentes químicos, para que as penas sejam proporcionais à gravidade do delito e considerem a situação de vulnerabilidade dos presos.

Ainda, tendo em vista tratar-se de uma questão de saúde, que afeta a integridade física e psicológica do usuário e daqueles que estão ao seu redor. Então, para garantir a continuidade da ressocialização de dependentes químicos no sistema carcerário brasileiro, é preciso que o Estado assuma sua responsabilidade e implemente políticas públicas eficazes, com base em evidências científicas e em diálogo com a sociedade civil. O remanescente da lei penal deve ser revista e corrigida, a fim de garantir a proteção dos direitos humanos e a justiça social. Somente assim será possível construir um sistema prisional mais justo, humano e eficiente.

Pode-se falar que a legislação brasileira, com a Lei de Drogas, encontra-se apta para promover a ressocialização desse grupo social? O Estado possui meios suficientes para influenciar na dependência química desses sujeitos? Tais respostas, parcialmente respondidas pelo presente trabalho, identificam um caráter eminentemente omissivo do poder legislativo e do poder executivo, seja na ausência de mecanismos eficazes de ressocialização, seja na ausência de políticas públicas enfáticas, que, de fato, solucionem a questão.

É válido afirmar que, essas políticas públicas não podem ser construídas de forma isolada por indivíduos que não tem qualquer noção do dia a dia desses agentes, mas sim pela participação conjunta do Estado, organização não governamentais que tratem sobre o tema, bem como estudiosos sobre a área. Uma vez que, é possível perceber que talvez esse problema não se resolva pela multiplicidade de minorias que se encontram contidas dentro de grupo vulnerável, que são os dependentes químicos, o que torna o caso ainda mais complexo e urgente dada as inúmeras violações de direitos humanos que podem ocorrer eventualmente.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Simone Quadros; GOMES, Giovana Calcagno; XAVIER, Daiani Modernel. **Causas da dependência química e suas consequências para o usuário e a família.** Recife: Rev Enferm UFPE online, v. 8, n. 3, p. 641-648, 2014.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **A ressocialização de presos no Brasil: Uma análise crítica.** Revista de Direito Penal e Processual Penal, v. 6, n. 1, pág. 99-113, 2016.

BASTOS, Francisco Inácio Pinkusfeld Monteiro et al. (Org.). **III Levantamento Nacional sobre o uso de drogas pela população brasileira**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ/ICICT, 2017. 528 p.

BECCARIA, Cesare; **Dos delitos e das Penas**. Tradução J.Cretella JR. Agnes Cretella. 2ª Ed Ver.2 tir. São Paulo, Revista dos Tribunais.1999.

BENTO, Cida. **O pacto da branquitude**. São Paulo: Companhia das Letras, 2022.

BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia e políticas públicas de direitos humanos. Dossiê Direitos Humanos**. Revista USP, n. 119, p. 11-28, 2018. ISSN: 2316-9036. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i119p11-28>. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/151573>. Acesso em: 18 fev. 2023.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Vade Mecum, São Paulo: Rideel, 2012.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 2 de fev, 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 07 de fev, 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.546 de 13 de julho de 2021**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2290956>. Acesso em: 12 mar. 2023.

BUCCI, Maria Paula. **Políticas Públicas e Direito Administrativo**. SenadoLeg, 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198/r133-10.PDF?sequence=4>. Acesso em: 24 fev 2023.

CARNEIRO, Anna Karina Rodrigues. **Uma análise da dominação de raça e classe na política criminal brasileira a partir da guerra às drogas e do inquérito policial**. 2022.

D'URSO, Umberto Luiz Borges. **Desafios do uso de drogas à população carcerária**. Migalhas, 02.09.2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/332723/desafios-do-uso-de-drogas-a-populacao-carceraria>. Acesso em: 1e, fev de 2023.

DE ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Livraria do Advogado Editora, 2021.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL - DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)**: junho de 2012. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-jun-2012.pdf>. Acesso em: 10 de fev, 2023.

EZEOKEKE, Cornélius Okwdili. **Pena mais rígida: Justiça ou Vingança**. 2 ed. Fortaleza: Premium, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **A ressocialização dos dependentes químicos no sistema prisional brasileiro**. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais, v. 17, n. 2, pág. 109-125, 2015.

Gonzalez, Bruno et al. **Ressocialização do apenado: dificuldades no retorno ao seio social**. Jornal Eletrônico. Ano 8, ed 2, p. 243-256, 2016.

LIMA, Sabrina Santos; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DE MINORIAS E DE GRUPOS VULNERÁVEIS**. Revista de Direito Brasileira, v. 29, n. 11, p. 144-163, 2022.

MARQUES, Dieison Felipe Zanfra; BERWIG, Aldemir. **SEGURANÇA PÚBLICA E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. JURISDIÇÃO, DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS EM NOVAS PERSPECTIVAS**, p. 90.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Lei de drogas: aspectos penais e processuais**. São Paulo: Método, 2019.

MODOLON, Vanessa Gonçalves. **Dependentes químicos no sistema prisional: uma análise dos centros de reabilitação dentro dos presídios em face das teorias da finalidade da pena e dos direitos fundamentais dos presos**. Monografia (graduação em Direito) - Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Criciúma, 2015.

MORAES, Danilo. **Toxicodependência no cárcere: as políticas públicas promovidas pelo Estado para reabilitar o dependente químico intramuros**. Monografia (graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiânia, 2021.

OLIVEIRA, Marcelo Fernandes de. **Dependência química e sistema prisional: estratégias de prevenção e tratamento**. São Paulo: Saraiva, 2015.

REGHELIN, Elisangela Melo. **Redução de Danos: Prevenção ou Estímulo ao Uso Indevido de Drogas Injetáveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas, Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos**, p.3-5.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorena Roberta Barbosa. **Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social**. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, v. 5, n. 1, p. 105-122, 2017.

TRINDADE, Lourival Almeida. **A ressocialização... uma (dis) função da pena de prisão**. SA Fabris Editor, 2003.

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. Belo Horizonte: D'Placido, 2020.

ENFOQUES DIFERENCIADOS APLICÁVEIS PARA PESSOAS LGBTI PRIVADAS DE LIBERDADE: ANÁLISE DO PARECER CONSULTIVO - OC 29/22 E A FUNÇÃO CONSULTIVA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

GABRIELLA DE BARROS AFONSO FERREIRA:

Graduada em Direito pela UFPE e Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes.

RESUMO: A competência consultiva da Corte Interamericana desempenha um importante papel na construção dos Direitos Humanos no âmbito do sistema protetivo regional. Nesse contexto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com base no artigo 64.1 da Convenção Americana apresentou um pedido de Parecer Consultivo sobre "Abordagens diferenciadas às pessoas privadas de liberdade". Foi emitido o Parecer OC 29/22, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos se pronunciou sobre o contexto de extrema vulnerabilidade das pessoas pertencentes a grupos de riscos nas prisões da região - em razão da idade, sexo, gênero, etnia, orientação sexual e identidade e expressão de gênero -, que decorrem das deploráveis condições de detenção, mas, principalmente, do impacto desproporcional causado pela falta de proteção diferenciada. A Corte Interamericana ainda forneceu diretrizes para que os Estados cumpram adequadamente suas obrigações. Este trabalho estuda as abordagens diferenciadas aplicáveis às pessoas LGBTI privadas de liberdade, bem como a importância da função interpretativa do Tribunal Interamericano, através da análise da citada opinião consultiva. Palavras-Chave: Corte Interamericana. Parecer OC 29/22. LGBTI.

ABSTRACT: The consultative competence of the Inter-American Court plays an important role in the construction of human rights within the framework of the regional protective system. In this context, the Inter-American Commission on Human Rights, on the basis of Article 64.1 of the American Convention, submitted a request for an Advisory Opinion on "Differentiated Approaches to Persons Deprived of Liberty." Opinion OC 29/22 was issued, in which the Inter-American Court of Human Rights ruled on the context of extreme vulnerability of people belonging to risk groups in the region's prisons - due to age, sex, gender, ethnicity, sexual orientation, and gender identity and expression -, which result from the deplorable conditions of detention, but, mainly, the disproportionate impact caused by the lack of differentiated protection. The Inter-American Court also provided guidelines for States to adequately fulfill their obligations. This paper studies the differentiated approaches applicable to LGBTI persons deprived of liberty, as well as the importance of the interpretative function of the Inter-American Court, through the analysis of the aforementioned advisory opinion. Keywords: Inter-American Court. Opinion OC 29/22. LGBTI.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A FUNÇÃO CONSULTIVA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DA COMPETÊNCIA DA COMISSÃO PARA SOLICITAÇÃO. 3. O PARECER CONSULTIVO OC 29/22. 3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A NECESSIDADE DE ADOPTAR MEDIDAS DIFERENCIADAS PARA DETERMINADOS GRUPOS DE PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE. 3.2 ENFOQUES DIFERENCIADOS APLICÁVEIS PARA PESSOAS LGBTI PRIVADAS DE LIBERDADE. a) O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO E A DETERMINAÇÃO DA LOCALIZAÇÃO DE UMA PESSOA LGBTI NAS PRISÕES. b) PREVENÇÃO, INVESTIGAÇÃO E REGISTO DA VIOLÊNCIA CONTRA AS PESSOAS LGBTI PRIVADAS DE LIBERDADE. c) O DIREITO À SAÚDE DAS PESSOAS TRANS PRIVADAS DE LIBERDADE NO QUE DIZ RESPEITO AO INÍCIO OU CONTINUAÇÃO DE UM PROCESSO DE TRANSIÇÃO. d) VISITAS ÍNTIMAS PARA PESSOAS LGBTI PRIVADAS DE LIBERDADE. 4. CONCLUSÃO.

1. INTRODUÇÃO

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) é um órgão judicial autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA) que tem como objetivo principal promover e proteger os direitos humanos na região das Américas.

A Corte IDH tem sede na Cidade de San José, na Costa Rica, e é composta por sete juízes eleitos pelos Estados membros da OEA. Estes juízes são responsáveis por julgar casos de violações de direitos humanos apresentados por indivíduos ou organizações da sociedade civil à Comissão (CIDH), bem como por emitir pareceres consultivos sobre questões relacionadas aos direitos humanos.

O poder da Corte Interamericana consiste essencialmente em interpretar e aplicar a Convenção Americana ou outros tratados sobre os quais tenha jurisdição para, conseqüentemente, determinar, de acordo com as normas internacionais, convencionais e consuetudinárias, a responsabilidade internacional do Estado em conformidade com o Direito Internacional.

Contudo, à diferença da sua função contenciosa, no desempenho no exercício da competência consultiva, não há "partes" envolvidas no procedimento e não há disputa a ser resolvida. O objetivo central da função consultiva é obter uma interpretação judicial de uma ou mais disposições da Convenção ou de outros tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos, nos termos do artigo 62 da Convenção Americana, que dispõe:

1. Qualquer Estado Parte poderá, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação ou de adesão à presente Convenção, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como vinculativa por direito e sem convenção especial a competência do

Tribunal sobre todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da presente Convenção. [...]

3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da presente Convenção que lhe sejam submetidas, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam tal jurisdição, quer por declaração especial, conforme indicado nos parágrafos anteriores, quer por convenção especial.

É importante ressaltar que as opiniões consultivas da Corte IDH não são vinculantes, ou seja, não têm força de lei, mas são consideradas autoritativas, pois têm um impacto significativo na prática jurídica e na política dos países da região.

Destarte, as opiniões consultivas da Corte IDH são fundamentais para o fortalecimento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, pois fornecem orientações importantes para governos, organizações da sociedade civil, advogados e juízes que trabalham na defesa dos direitos humanos.

No uso dessa competência interpretativa já foram exarados 29 pareceres de importância para a construção de um sistema regional de proteção dos Direitos Humanos, sendo o mais recente denominado de opinião consultiva de número 29, de 30 de maio de 2022 – OC 29/22.

Este parecer resultou de pedido da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no uso das atribuições conferidas pelo artigo 64.1 da Convenção Americana¹¹², para que a Corte IDH emitisse parecer sobre as abordagens diferenciadas a serem adotadas pelos Estados membros para as pessoas privadas de liberdade, em razão de vulnerabilidades relacionadas a questões de idade, de identidade e expressão de gênero, de etnia e de orientação sexual.

Na decisão da Corte foram apresentados os questionamentos específicos, gerando a subdivisão do parecer do seguinte modo: em primeiro lugar, foram feitas considerações gerais sobre a necessidade de adotar medidas ou abordagens diferenciadas em relação a certos grupos de pessoas privadas de liberdade, entre esses as pessoas LGBTI privadas de liberdade; e, posteriormente, foram realizadas interpretações relativamente a cada um dos grupos levados a consulta.

¹¹²**Artigo 64. - 1.** Os Estados-Membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

A divisão temática adotada pelo Parecer OC 29/22 será seguida no presente trabalho, com a apresentação de considerações gerais sobre a necessidade da adoção de medidas ou de abordagens diferenciadas em relação a certos grupos de pessoas privadas de liberdade e, posteriormente, com o estabelecimento de interpretações relativas às pessoas LGBTI privadas de liberdade.

2.A FUNÇÃO CONSULTIVA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DA COMPETÊNCIA DA COMISSÃO PARA SOLICITAÇÃO.

A Corte IDH possui dois planos de competência atribuídos pela Convenção Americana: um contencioso e outro consultivo, conforme previsão dos artigos 62113 e 64114.

O primeiro é acionado pelos Estados signatários, que tenham aceitado a jurisdição da Corte, em face de casos concretos. Já o segundo é interpretativo, servindo a Corte como órgão de consulta para questionamentos relativos à correta aplicação da Convenção e de outros tratados de Direitos Humanos.

No que diz respeito à sua competência *ratione materiae*, a Corte IDH já decidiu que a sua função consultiva lhe permite interpretar qualquer norma da Convenção Americana, inclusive as de natureza processual¹¹⁵, bem como qualquer disposição relativa à proteção dos direitos humanos de qualquer tratado internacional aplicável nos Estados americanos, independentemente de ser um tratado bilateral ou multilateral, ou de serem partes Estados fora do Sistema Interamericano¹¹⁶.

A Corte, conforme previsão do artigo 72 de seu Regulamento, ainda pode emitir pareceres opinativos sobre a compatibilidade entre qualquer das leis internas dos Estados

113 **Artigo 62 - 1.** Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

114 **Artigo 64 - 1.** Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. **2.** A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

115 Artigo 55 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Parecer Consultivo OC-20/09 de 29 de setembro de 2009. Parecer Consultivo OC-28/21 de 7 de junho de 2021.

116 Parecer consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Parecer Consultivo OC-27/21 de 5 de maio de 2021.

membros e os mencionados instrumentos internacionais, o que pode ser considerado como um controle de convencionalidade.

Percebe-se, assim, a amplitude da competência consultiva da Corte IDH, pois esta pode analisar não somente questões referentes à Convenção, como também outros tratados e disposições de direitos humanos, demonstrando, assim, o verdadeiro escopo desse órgão jurisdicional, que é o de assegurar as garantias e os direitos inerentes à condição humana.

Registre-se, nesse ponto, que a Corte já consagrou o entendimento de que a tais consultas, nada obstante possuírem caráter abstrato, deve corresponder uma provável aplicação concreta, para atrair o interesse da região, como forma de garantir eficácia social às decisões.

O procedimento para solicitação da opinião consultiva está previsto no Título III do Regulamento da Corte que trata dos requisitos formais para o requerimento e a apreciação de pareceres consultivos pela Corte Interamericana.

Os artigos 70117 e 71118 do referido título basicamente impõem ao Estado ou ao organismo requerente os seguintes requisitos: *i)* formular as questões com precisão; *ii)* especificar as disposições a interpretar; *iii)* indicar as considerações que a originam e *iv)* fornecer o nome e o endereço do agente ou delegado.

No que tange à legitimidade para formular pedidos de opinião à Corte IDH, existe um número maior de legitimados na competência consultiva do que na contenciosa, pois nesta somente os Estados signatários da Convenção, que reconheçam expressamente a competência da Corte, e a Comissão Interamericana podem submeter casos à decisão do Tribunal. No contexto consultivo, contudo, todos os Estados membros da Organização dos

117 Artigo 70. Interpretação da Convenção - 1. As solicitações de parecer consultivo previstas no artigo 64.1 da Convenção deverão formular com precisão as perguntas específicas em relação às quais pretende-se obter o parecer da Corte. **2.** As solicitações de parecer consultivo apresentadas por um Estado membro ou pela Comissão deverão indicar, adicionalmente, as disposições cuja interpretação é solicitada, as considerações que dão origem à consulta e o nome e endereço do Agente ou dos Delegados. **3.** Se o pedido de parecer consultivo é de outro órgão da OEA diferente da Comissão, deverá precisar, além do indicado no inciso anterior, de que maneira a consulta se refere à sua esfera de competência.

118 Artigo 71. Interpretação de outros tratados - 1. Se a solicitação referir-se à interpretação de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, tal como previsto no artigo 64.1 da Convenção, deverá identificar o tratado e suas respectivas partes, formular as perguntas específicas em relação às quais é solicitado o parecer da Corte e incluir as considerações que dão origem à consulta. **2.** Se a solicitação emanar de um dos órgãos da OEA, deverá indicar a razão pela qual a consulta se refere à sua esfera de competência.

Estados Americanos (OEA) possuem titularidade, não importando se ratificaram a Convenção ou não.

O artigo 64.1 da Convenção Americana dispõe que são legitimados para a propositura de uma opinião consultiva, além dos Estados membros da OEA, todos os órgãos presentes no Capítulo X da Carta da OEA, observe-se:

Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação da presente Convenção ou de outros tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também pode ser consultado, no que lhes diz respeito, pelos órgãos enumerados no Capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, conforme alterada pelo Protocolo de Buenos Aires.

A Carta da Organização dos Estados Americanos prevê, entre os órgãos descritos no seu artigo 53¹¹⁹, a Comissão como órgão principal e autônomo da OEA, fato que o habilita, portanto, a solicitar um parecer consultivo à Corte IDH.

Ademais, a principal função da Comissão é "promover a observância e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização nessa área"¹²⁰, de modo que é evidente a existência de interesse institucional legítimo da Comissão nas consultas que tratam da interpretação e do alcance de várias disposições de direitos humanos no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

Importante registrar que, dentre os órgãos listados no artigo 53, somente a Comissão e os Estados membros da OEA podem formular consultas de forma livre, uma vez que os outros órgãos apenas poderão requerer pareceres relacionados com suas prerrogativas funcionais¹²¹.

No tocante à admissibilidade do pedido de parecer consultivo, a Corte Interamericana, nos Pareceres OC 16/99 e OC 28/21, desenvolveu critérios jurisprudenciais

¹¹⁹ **Artigo 53** - A Organização dos Estados Americanos realiza os seus fins por intermédio: a) Da Assembléia Geral; b) Da Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores; c) Dos Conselhos; d) Da Comissão Jurídica Interamericana; e) Da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; f) Da Secretaria-Geral; g) Das Conferências Especializadas; e h) Dos Organismos Especializados.

¹²⁰ **Artigo 106** - Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria. Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria.

¹²¹ Carta da Organização dos Estados Americanos, artigo 106.

relativos à admissibilidade e pertinência para o processamento ou não de um pedido de parecer consultivo, a saber: *i)* não encobrir um caso contencioso ou obter uma decisão prematura sobre um tema ou assunto que possa eventualmente ser submetido à Corte por meio de um caso contencioso; *ii)* não obter uma decisão indireta sobre um assunto em disputa a nível interno; *iii)* não ser instrumento de debate político interno; *iv)* não abranger, exclusivamente, questões sobre as quais a Corte já se pronunciou em sua jurisprudência e, *v)* não buscar a resolução de questões de fato, mas procurar desvendar o significado, a finalidade e a razão do direito internacional dos direitos humanos e, acima de tudo, ajudar os Estados membros e os órgãos da OEA a cumprir plena e efetivamente suas obrigações internacionais.

Quanto aos efeitos das opiniões consultivas, estas, ao contrário das decisões no contexto da competência contenciosa, não são vinculantes, embora possuam efeitos morais tanto no direito interno como internacional, com impacto significativo na prática jurídica e na política dos países da região.

3. O PARECER CONSULTIVO OC 29/22

Em 25 de novembro de 2019, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com base no artigo 64.1 da Convenção Americana e em conformidade com o disposto nos artigos 70.1 e 70.2 do Regulamento Interno, apresentou um pedido de Parecer Consultivo sobre "Abordagens Diferenciadas às Pessoas Privadas de Liberdade".

A Comissão expôs as considerações que deram origem à consulta, observando:

Em um contexto de extrema vulnerabilidade das pessoas pertencentes a grupos de risco especial – derivado não apenas das deploráveis condições de detenção que caracterizam as prisões da região, mas também do impacto desproporcional causado pela falta de proteção diferenciada – é pertinente e oportuno que a Corte Interamericana se pronuncie sobre essas questões e forneça diretrizes para que os Estados cumpram adequadamente suas obrigações na matéria. Em particular, neste pedido, a [Comissão] analisará os principais efeitos enfrentados pelas pessoas pertencentes aos grupos abrangidos pelo presente pedido, que decorrem do fato de o tratamento que recebem ser geralmente o mesmo que o dado ao resto da população prisional. Nesse sentido, além das deficiências e dificuldades gerais a que as pessoas privadas de liberdade estão sujeitas, há aquelas que decorrem de sua própria condição - em razão da idade, sexo, gênero, etnia, orientação sexual e identidade e expressão de gênero - e a conseqüente falta de uma abordagem diferenciada. Isso implica afetações que geram um

impacto desproporcional em sua prisão, o que, além de impedir o gozo dos direitos humanos, pode colocar as pessoas sujeitas a esse pedido em uma situação que coloca em risco suas vidas e integridade pessoal.

Neste contexto, a identificação dos direitos em causa e o respectivo desenvolvimento de normas que garantam o princípio da igualdade e da não discriminação em relação às pessoas sujeitas ao presente pedido revestem-se da maior relevância para a sua proteção. Isso permitirá abordar as particularidades dos respectivos grupos e garantir que, por meio de uma abordagem diferenciada do escopo das obrigações do Estado envolvidas, eles tenham igual acesso durante sua privação de liberdade a todos os serviços e direitos aos quais outras pessoas têm acesso.

[...] O escopo do presente pedido, [...] centra-se principalmente na privação de liberdade que ocorre no sistema prisional, sob as autoridades prisionais e que se caracteriza pela permanência prolongada da prisão. Este pedido de Parecer Consultivo, portanto, não abrange situações de privação de liberdade que ocorram em centros de detenção policial, sob autoridades administrativas que, em geral, são de caráter transitório. Em especial, os grupos de risco especial relativamente aos quais a Comissão solicita ao Tribunal de Justiça que se pronuncie no contexto do presente pedido consistem em: i) gestantes, puérperas e lactantes; (ii) pessoas LGBT; (iii) pessoas indígenas, (iv) idosos e (v) crianças que vivem com suas mães na prisão. [...] Além disso, em muitos casos, essas pessoas podem pertencer a mais de um grupo de risco especial, o que se traduz em múltiplas necessidades especiais e maior vulnerabilidade. Portanto, normas e práticas que ignoram esse impacto diferenciado fazem com que os sistemas prisionais reproduzam e reforcem os padrões de discriminação e violência presentes na vida em liberdade. [...] Neste contexto, para que os Estados cumpram o seu dever especial de proteger as pessoas sob a sua custódia e, em particular, de garantir o princípio da igualdade e da não discriminação, a Comissão entende que é uma obrigação inevitável adotar medidas que respondam a uma abordagem diferenciada que tenha em conta as condições particulares de vulnerabilidade e os fatores que podem aumentar o risco de atos de violência e discriminação no país em contextos de encarceramento, como gênero, etnia, idade, orientação sexual e

identidade e expressão de gênero. Da mesma forma, essas medidas devem levar em conta a frequente interseccionalidade dos fatores acima mencionados, o que pode acentuar a situação de risco em que as pessoas encarceradas se encontram.

[...] Consequentemente, com base no diagnóstico da situação anteriormente realizado no âmbito de suas funções de monitoramento, a Comissão considera que é imperativo ter uma interpretação da Corte que lhe permita desenvolver e aprofundar, à luz das normas interamericanas, as obrigações mais específicas que os Estados têm nessa área, com o objetivo de ajudá-los a fornecer uma resposta eficaz e mais abrangente para a proteção nesses países das pessoas privadas de liberdade, em pé de igualdade com o resto da população carcerária. Isto, tendo em conta a abordagem diferenciada que deve existir devido à situação especial de risco enfrentada por estas pessoas num contexto de privação de liberdade e do dever de fiador do Estado em relação às pessoas que se encontram sob a sua guarda.

Destarte, com base nas considerações expostas, a Comissão submeteu à Corte Interamericana as seguintes consultas acerca das pessoas LGBTI privadas de liberdade:

- I. À luz dos artigos 1.1., 4.1, 5, 11.2, 13, 17.1 e 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹²², artigo 7 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e

¹²² **Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos** - 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Artigo 4. Direito à vida - 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Artigo 5. Direito à integridade pessoal - 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. **2.** Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. **3.** A pena não pode passar da pessoa do delinqüente. **4.** Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas. **5.** Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento. **6.** As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Erradicar a Violência Contra as Mulheres e outros instrumentos interamericanos aplicáveis: que obrigações específicas os Estados têm de assegurar que as pessoas LGBT tenham condições de detenção adequadas às suas circunstâncias particulares? Em particular:

I.I. Como os Estados devem levar em conta a identidade de gênero com a qual a pessoa se identifica ao determinar a unidade na qual entrar?

I. II. Que obrigações específicas têm os Estados para prevenir qualquer ato de violência contra pessoas LGBT privadas de liberdade que não implique segregação do resto da população carcerária?

I.III. Quais são as obrigações especiais que os Estados têm em relação às necessidades médicas especiais das pessoas trans privadas de liberdade e, se aplicável, em relação àqueles que desejam iniciar ou continuar seu processo de transição?

I.IV. Que medidas especiais os Estados devem tomar para garantir o direito de visitas íntimas para as pessoas LGBT?

Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade – (...) **2.** Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão - 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideais de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. **2.** O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. **3.** Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. **4.** A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. **5.** A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Artigo 17. Proteção da família - 1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

Artigo 24. Igualdade perante a lei - Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

I.V. Que obrigações particulares têm os Estados no que diz respeito ao registro de diferentes tipos de violência contra pessoas privadas da sua liberdade LGBT?

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A NECESSIDADE DE ADOTAR MEDIDAS DIFERENCIADAS PARA DETERMINADOS GRUPOS DE PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE

A Corte IDH inicia a sua decisão a partir do argumento de que a Convenção Americana reconhece expressamente, no artigo 5º, o direito à integridade pessoal, física e mental, cuja violação "é de um tipo que tem várias conotações de grau e [...] cujas sequelas físicas e psicológicas variam em intensidade de acordo com os fatores endógenos e exógenos que devem ser demonstrados em cada situação concreta"¹²³.

E ainda, de acordo com os artigos 5.1 e 5.2 da Convenção¹²⁴, toda pessoa privada de liberdade tem o direito de viver em condições de detenção compatíveis com sua dignidade pessoal. Assim, o Estado – como responsável pelos centros de detenção – encontra-se em uma posição especial de garante dos direitos de qualquer pessoa sob a sua custódia¹²⁵.

Isso implica no dever de o Estado fornecer às pessoas sujeitas à sua custódia direitos essenciais para o desenvolvimento de uma vida digna, dado que as características do confinamento, associadas ao forte controle exercido pelas autoridades prisionais impedem que as pessoas privadas de liberdade sejam capazes de satisfazer por si próprias as suas necessidades básicas.

Ademais, é preciso levar em conta a seletividade do sistema penal, na medida em que aqueles que são submetidos a medidas de custódia são em sua maioria homens jovens, com condições socioeconômicas precárias¹²⁶ e sem condições de proverem,

123 Caso Loayza Tamayo c. Peru. Sentença de 17 de setembro de 1997. Caso de Bedoya Lima et al. v. Colômbia. Sentença de 26 de agosto de 2021.

124 **Artigo 5. Direito à integridade pessoal - 1.** Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. **2.** Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

125 Caso Neira Alegría et al. v. Peru. Sentença de 19 de janeiro de 1995. Caso dos Irmãos Gomez Paquiyauri v. Peru. Sentença de 8 de julho de 2004. Caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras. Sentença de 7 de junho de 2003. Caso "Instituto para a Reeducação de Menores" v. Paraguai. Sentença de 2 de setembro de 2004. Caso López Álvarez v. Honduras. Sentença de 1º de fevereiro de 2006. Caso Montero Aranguren et al. (Catia Hold) v. Venezuela. Sentença de 5 de julho de 2006. Caso Vélez Looor v. Panamá. Sentença de 23 de novembro de 2010.

126 De acordo com um estudo do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), 92% dos detidos são jovens que não concluíram o ensino médio e são, em sua maioria, privados de liberdade por crimes de roubo e homicídio. Além disso, "na última década, a população feminina encarcerada aumentou 52%, mais do que o dobro do que a população total encarcerada cresceu". As sub-regiões onde se observou maior

quando privados de liberdade, suas necessidades básicas de existência, por seus próprios meios ou por suas famílias.

No caso das mulheres, estudos mostram que muitas delas têm histórico de vitimização prévia e são chefes de família, de modo que, antes de sua prisão, eram as únicas responsáveis por suas tarefas e proventos domésticos e assistenciais¹²⁷.

É por isso que o Estado é obrigado a garantir todos os direitos das pessoas privadas de liberdade sob sua custódia, especialmente o direito à vida e à integridade pessoal, bem como o acesso a serviços básicos essenciais para uma vida digna.

E mais que isso, o Estado é responsável por salvaguardar o bem-estar dos reclusos e de assegurar, especialmente, que a forma e o método de privação de liberdade não excedam o nível de sofrimento inerente à detenção.

Nesse contexto, a Corte Interamericana recorda que a interdependência entre a democracia, o Estado de Direito e a proteção dos Direitos Humanos é a base de todo o sistema em que a Convenção é parte e que um dos principais objetivos de uma democracia deve ser o respeito pelos direitos das minorias¹²⁸, mormente dos direitos das pessoas privadas de liberdade.

Assim, quando a qualidade democrática de um Estado é elevada, são instituídas políticas penais e prisionais que se concentram no respeito aos direitos humanos, de modo a proporcionar as condições mínimas compatíveis com a dignidade humana em centros de detenção, a fim de proteger e garantir o direito à vida e à integridade pessoal.

Neste ponto, salienta a Corte IDH que os Estados não podem invocar a privação econômica para justificar condições de detenção que não atendam aos padrões internacionais mínimos nessa área e não respeitem a dignidade do ser humano, impondo-se, assim, obrigações positivas aos Estados, uma vez que as características do confinamento impedem as pessoas privadas de liberdade de satisfazerem por conta própria certos

aumento são o Caribe (85%) e o Cone Sul (63%). Cf. Banco Interamericano de Desenvolvimento, *Inside the Prisons of Latin America and the Caribbean: A Look at the Other Side of the Bars*, Estados Unidos da América, 2019, p. 13, disponível em: <https://publications.iadb.org/es/dentro-de-las-prisiones-de-america-latina-y-el-caribe-una-primera-mirada-al-otro-lado-de-the-bars>.

¹²⁷ Pontifícia Universidade Javeriana, Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) na Colômbia e Centro de Investigação e Docência Econômicas (CIDE), *Mulheres e prisões na Colômbia. Desafios para a política criminal a partir de uma perspectiva de gênero*, Bogotá, D.C., Colômbia, dezembro de 2018, p. 45.

¹²⁸ Parecer Consultivo OC-28/21, supra, n.º 46.

direitos ou necessidades básicas que são essenciais para o desenvolvimento de uma vida digna¹²⁹.

Na mesma linha, o Comitê de Direitos Humanos afirmou que, no que diz respeito às condições de detenção em geral, qualquer que seja o nível de desenvolvimento do Estado Parte em causa, devem ser observadas certas regras mínimas, tais como¹³⁰:

- a) Existência de superfície de ar e um volume mínimos para cada prisioneiro;
- b) Existência de instalações sanitárias adequadas;
- c) O vestuário não deve de modo algum ser degradante ou humilhante;
- d) Existência de uma cama de solteiro; e
- e) Dieta com valor nutricional suficiente para a manutenção de saúde e força.

Quanto à proibição e à prevenção da tortura e de outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, a Corte IDH também observa que certos grupos e indivíduos estão mais expostos à tortura e à violência sexual no contexto prisional, pois “embora todos os detidos estejam em situação de vulnerabilidade, diversas condições podem agravá-la, como ser mulher, jovem, membro de minorias (...)”.

Portanto, há uma demanda específica para combater todas as formas de tortura e maus tratos de certos grupos minoritários ou marginalizados dentro do contexto prisional.

Ademais, a Corte IDH interpreta, à luz do artigo 5.6 da Convenção¹³¹ e do artigo 10.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos ¹³², que a execução de penas

¹²⁹ O Comitê de Direitos Humanos em seu Comentário Geral nº 21 considerou que: "Cuidar de todas as pessoas privadas de liberdade com humanidade e respeito por sua dignidade é uma norma fundamental de aplicação universal. Portanto, tal regra, no mínimo, não pode depender dos recursos materiais disponíveis no Estado Parte. Esta regra deve aplicar-se sem distinção de qualquer gênero, como raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social; patrimônio, nascimento ou qualquer outra condição". Comitê de Direitos Humanos, Comentário Geral Nº 21, 44ª Sessão, ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 em 176, 1992.

¹³⁰ Comitê de Direitos Humanos. Albert Womah Mukong v. Camarões, Comunicação No. 458/1991, ONU Doc. CCPR/C/51/D/458/1991 (1994), parágrafo 9.3.

¹³¹ **Artigo 5. Direito à integridade pessoal - 6.** As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

¹³² **Artigo 10 - 1.** Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana. **2.** a) As pessoas processadas deverão ser separadas, salvo em circunstâncias excepcionais, das pessoas condenadas e receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoa não-condenada. b) As pessoas processadas, jovens, deverão ser separadas das adultas e julgadas o mais rápido possível. **3.** O regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo

privativas de liberdade deve garantir que a pessoa condenada possa ser reintegrada à liberdade em condições de coexistência com o resto da sociedade, sem prejudicar ninguém, ou seja, em condições de se desenvolver nela de acordo com os princípios da convivência pacífica e com respeito à lei¹³³.

Isso implica, em primeiro lugar, no comprometimento dos Estados com a premissa de que o sistema prisional não deve deteriorar a pessoa, para além do efeito inevitável de qualquer institucionalização e que, além disso, deve-se tentar minimizar ou neutralizar o máximo possível as suas consequências nocivas.

Nesta medida, as autoridades judiciárias ou administrativas, devem ter em conta, no tratamento destinado aos reclusos, a necessidade de adoção de uma abordagem diferenciada, considerando a diversidade das populações privadas de liberdade em resposta às suas necessidades específicas.

Em suma, a Corte considera que o Estado é obrigado a adotar certas medidas positivas, concretas e direcionadas para garantir não apenas o gozo e o exercício dos direitos cuja restrição não é uma consequência inevitável da situação de privação de liberdade, mas também para assegurar o cumprimento da finalidade da execução da pena privativa de liberdade, que é a reintegração na sociedade das pessoas condenadas, mitigando as barreiras e obstáculos enfrentados, decorrentes dos efeitos nocivos produzidos pelas atuais condições de privação de liberdade e pela estigmatização e deterioração associadas ao encarceramento que podem causar ostracismo tanto a nível familiar como comunitário¹³⁴.

A este respeito, a Corte IDH sublinhou que as autoridades judiciárias devem realizar *ex officio* ou a pedido do interessado, um controle judicial para verificar a garantia dos direitos das pessoas privadas de liberdade¹³⁵, destacando que a proteção judicial contra

principal seja a reforma e a reabilitação moral dos prisioneiros. Os delinqüentes juvenis deverão ser separados dos adultos e receber tratamento condizente com sua idade e condição jurídica.

133 Caso do Complexo Penitenciário do Curado relativo ao Brasil. Medidas provisórias. Despacho da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 28 de novembro de 2018, considerando 88. Da mesma forma, as Regras Nelson Mandela preveem na Regra 91: "O tratamento das pessoas condenadas a uma pena ou medida de privação de liberdade deve ter por objetivo, na medida em que a duração da pena o permita, inculcar nelas a vontade de viver de acordo com a lei e manter-se com o produto do seu trabalho e criar nelas a capacidade de o fazer. Esse tratamento destina-se a promover o autorrespeito e a desenvolver o seu sentido de responsabilidade."

134 UNODC, Guia Introdutório para a Prevenção da Reincidência e Reintegração Social dos Infratores, 2013.

135 Caso Chinchilla Sandoval et al. v. Guatemala. Sentença de 29 de fevereiro de 2016.

atos que violam os direitos humanos constitui um dos pilares básicos não apenas da Convenção Americana, mas do próprio Estado Democrático de Direito¹³⁶.

Na mesma linha, o Princípio VI dos Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas estabelece que:

o controle da legalidade dos atos da administração pública que afetem ou possam afetar direitos, garantias ou benefícios reconhecidos a favor das pessoas privadas de liberdade, bem como o controle judicial das condições de privação de liberdade e a fiscalização da execução ou cumprimento de penas, devem ser periódicos e estar a cargo dos juízes e tribunais competentes, independentes e imparciais. Os Estados membros da Organização dos Estados Americanos garantirão os meios necessários para o estabelecimento e a eficácia dos órgãos judiciais de controle e execução das sentenças e terão à sua disposição os recursos necessários ao seu bom funcionamento.

Sobre este ponto, a Corte considera imperativo que os Estados estabeleçam uma regulamentação processual e substantiva adequada dessas jurisdições especializadas e: *i)* lhes forneçam os recursos necessários para desempenhar suas tarefas com total independência e imparcialidade; *ii)* garantam a livre defesa das pessoas condenadas durante a execução das penas; e *iii)* promovam a coordenação dos operadores da justiça com a administração penitenciária.

Ademais, relembra a Corte que uma administração que não considera a necessidade de um tratamento diferenciado destinado aos diversos grupos de pessoas privadas de liberdade, fere o artigo 1.1 da Convenção¹³⁷, norma geral que prevê a obrigação dos Estados Partes de respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos e liberdades nele reconhecidos sem qualquer discriminação¹³⁸.

Isso porque a Corte IDH tem sustentado que o direito à igualdade e à não discriminação engloba duas concepções: a primeira é uma concepção negativa,

¹³⁶ Caso Castillo Páez c. Peru. Sentença de 3 de novembro de 1997. Caso Lagos del Campo v. Peru. Sentença de 31 de agosto de 2017.

¹³⁷ **Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos - 1.** Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

¹³⁸ Casos Comunidade Xákmok Kásek c. Paraguai. Sentença de 24 de agosto de 2010.

relacionada à proibição de criar diferenças arbitrárias de tratamento; a segunda é uma concepção positiva, relacionada à obrigação de os Estados criarem condições de igualdade real em relação a grupos historicamente excluídos ou que correm maior risco de serem discriminados¹³⁹.

Da concepção negativa, resulta, em primeiro lugar, que o respeito pela dignidade das pessoas privadas de liberdade deve ser garantido nas mesmas condições aplicáveis às outras pessoas que compõem a sociedade e sem qualquer tipo de discriminação, para além das inevitáveis restrições.

Nesse sentido, a Regra 24.1 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos - Regras de Nelson Mandela, concretiza a dimensão negativa do direito à igualdade e à não discriminação. Veja-se:

Regra 24 - 1. A prestação de serviços médicos aos reclusos é da responsabilidade do Estado. Os reclusos devem poder usufruir dos mesmos padrões de serviços de saúde disponíveis à comunidade e ter acesso gratuito aos serviços de saúde necessários, sem discriminação em razão da sua situação jurídica.

Em segundo lugar, em nível interno nas unidades prisionais, o princípio da não discriminação exige que não haja um tratamento diferenciado injustificado ou arbitrário por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

A esse respeito, cabe lembrar que a Corte entendeu que, a partir da cláusula "*qualquer outra condição social*" contida no artigo 1.1 da Convenção, fica claro que categorias como idade¹⁴⁰, deficiência¹⁴¹, orientação sexual¹⁴², identidade de gênero e expressão de gênero¹⁴³, são protegidas pela Convenção Americana.

139 Cf. Caso Furlan e Parentes v. Argentina. Sentença de 31 de agosto de 2012.

140 Parecer Consultivo OC-18/03. Caso Poblete Vilches et al., c. Chile. Sentença de 8 de março de 2018.

141 Caso Guachalá Chimbo et al. v. Equador. Sentença de 26 de março de 2021. Caso Vera Rojas et al. v. Chile. Sentença de 1º de outubro de 2021.

142 Caso Atala Riffo e Girls v. Chile. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Parecer Consultivo OC-24/17.

143 Parecer Consultivo OC-24/17. Caso Vicky Hernández et al. c. Honduras. Sentença de 26 de março de 2021.

No tocante à dimensão positiva do direito à igualdade e à não discriminação, esta relaciona-se ao dever de os Estados adotarem medidas para reverter ou alterar situações discriminatórias existentes em suas sociedades, em detrimento de um determinado grupo de pessoas.

Isso implica o dever especial de proteção que o Estado deve exercer em relação às ações e às práticas de terceiros que, sob sua tolerância ou aquiescência, acreditem, mantenham ou favoreçam situações discriminatórias, sendo importante a realização de distinções de tratamento, baseadas em desigualdades de fato, para fim de que constituir um instrumento de proteção daqueles que devem ser protegidos, considerando a situação de maior ou menor desvantagem em que se encontram¹⁴⁴.

Nessa linha, reconhece a Corte que, no contexto da privação de liberdade, os sistemas de dominação social vigentes nas sociedades americanas, como o patriarcado, a homofobia, a transfobia e o racismo, também são reproduzidos e exacerbados no ambiente penitenciário. Assim, certos grupos de pessoas privadas de liberdade, em razão de seus traços de identidade, de expressão de gênero, orientação sexual, etnia, entre outros, sofrem maior vulnerabilidade ou risco para a sua segurança, proteção ou bem-estar em resultado da privação de liberdade e da sua pertença a grupos historicamente discriminados.

Isso obriga o Estado a adotar medidas adicionais e particularizadas destinadas a satisfazer suas necessidades específicas na prisão e impedir com que sofram maus-tratos, tortura ou outros atos contrários à sua dignidade.

Destarte, a Corte IDH recorda que não basta que os Estados se abstenham de violar direitos, mas que é imperativo adotar medidas positivas, determináveis de acordo com as necessidades particulares de proteção do sujeito de direito, seja por causa de sua condição pessoal, seja por causa da situação específica em que ele se encontra. A adoção dessas medidas específicas não pode, em caso algum, ser considerada discriminatória.

Nesta linha, a Regra 2 das Regras Nelson Mandela especifica essa projeção do princípio da não discriminação, nos seguintes termos:

¹⁴⁴ A exemplo da decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no processo Alexandru Enache c. A Roménia, em que foi alegada uma diferença de tratamento discriminatória estabelecida na legislação, uma vez que se permitia a possibilidade de suspensão da execução da pena de prisão apenas a mães condenadas de crianças com menos de um ano de idade. O Tribunal concluiu que não tinha havido violação das normas do Tratado. Em especial, considerou que o tratamento diferenciado destinado a situações pessoais específicas, como as das mulheres grávidas, das mulheres no pós-parto e das lactentes detidas, não deve ser considerado discriminatório. TEDH, Processo Alexandru Enache c. Roménia, n.º 16986/12. Sentença de 3 de outubro de 2017.

Regra 2 - 1. Estas Regras devem ser aplicadas com imparcialidade. Não deve haver nenhuma discriminação em razão da raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, patrimônio, nascimento ou outra condição. É necessário respeitar as crenças religiosas e os preceitos morais do grupo a que pertença o recluso.

2. Para que o princípio da não discriminação seja posto em prática, as administrações prisionais devem ter em conta as necessidades individuais dos reclusos, particularmente daqueles em situação de maior vulnerabilidade. As medidas tomadas para proteger e promover os direitos dos reclusos portadores de necessidades especiais não serão consideradas discriminatórias.

A Regra 1 das Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras - Regras de Bangkok estabelece que, para implementar o princípio da não discriminação, "(...) as necessidades e realidades específicas de todos os reclusos, incluindo mulheres presas, devem ser tomadas em consideração na sua aplicação".

Por sua vez, o princípio 5.2 do Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas sob Qualquer Forma de Detenção ou Prisão determina que medidas especiais destinadas a proteger os direitos e a condição especial da mulher, especialmente da mulher grávida e da mãe com crianças de tenra idade, das crianças, dos adolescentes e idosos, doentes ou deficientes, não são consideradas medidas discriminatórias¹⁴⁵.

Além disso, os Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas estabelecem no Princípio II que as medidas destinadas a proteger exclusivamente os direitos das mulheres, em especial as mulheres grávidas ou as mães lactantes; das crianças; dos idosos; das pessoas doentes ou com infecções, como o HIV/AIDS; das pessoas com deficiência física, mental ou sensorial; bem como dos povos indígenas, afrodescendentes e minorias não serão consideradas discriminatórias.

¹⁴⁵ **Princípio 5 - I.** Os presentes princípios aplicam-se a todas as pessoas que se encontram no território de um determinado Estado, sem discriminação alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião ou convicções religiosas, opiniões políticas ou outras, origem nacional, étnica ou social, fortuna, nascimento ou de qualquer outra situação. **2.** As medidas aplicadas ao abrigo da lei e exclusivamente destinadas a proteger os direitos e a condição especial da mulher, especialmente da mulher grávida e da mãe com crianças de tenra idade, das crianças, dos adolescentes e idosos, doentes ou deficientes, não são consideradas medidas discriminatórias. A necessidade de tais medidas, bem como a sua aplicação, poderá sempre ser objeto de reapreciação por parte de uma autoridade judiciária ou outra autoridade.

Acrescenta que "as medidas serão aplicadas no âmbito do direito interno e internacional dos direitos humanos e estarão sempre sujeitas a revisão por um juiz competente e imparcial ou outra autoridade".

Em suma, levando em conta todas as fontes apresentadas e em resposta à consulta da Comissão Interamericana, a Corte IDH considera que a aplicação de uma abordagem diferenciada da política prisional permite identificar como as características do grupo populacional e do ambiente prisional condicionam a garantia dos direitos de certos grupos de pessoas privadas de liberdade, determinando os riscos específicos de violação de direitos, e permite definir e implementar um conjunto de medidas concretas que visem a superação da discriminação (estrutural e interseccional) que os afeta. E, ainda, a não adoção de uma abordagem diferenciada da política prisional resultaria na violação, por parte dos Estados, às disposições do Artigo 5.2 da Convenção Americana e de outros tratados específicos, e poderia resultar um tratamento contrário à proibição da tortura e de outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

3.2 ENFOQUES DIFERENCIADOS APLICÁVEIS PARA PESSOAS LGBTI PRIVADAS DE LIBERDADE

No Parecer Consultivo – OC 29/2022, a Corte IDH foi instada pela CIDH a determinar as obrigações específicas que os Estados têm no cuidado de lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros privados de liberdade, devido às suas características e necessidades especiais.

Inicialmente, importa registrar que, sem prejuízo do fato de que a Comissão não mencionou pessoas intersexuais na apresentação de suas perguntas, a Corte considera apropriado incluí-las, uma vez que elas podem estar expostas a condições de discriminação e violência no ambiente prisional que se assemelham às experiências de pessoas trans e pessoas com identidades de gênero não binárias¹⁴⁶.

Por conseguinte, para responder às questões suscitadas pela Comissão, a Corte utilizou a sigla LGBTI de forma intercambiável, assim como fez no seu Parecer Consultivo OC - 24/17, sem ignorar outras manifestações de expressão de gênero, identidade de gênero ou orientação sexual.

Por outro lado, a Corte esclarece que, ao se referir a pessoas LGBTI, o faz no entendimento de que, apesar de sua heterogeneidade, é uma população com experiências

¹⁴⁶ A este respeito, embora a intersexualidade não constitua uma orientação sexual ou uma identidade de gênero, quando a anatomia sexual da pessoa não está fisicamente em conformidade com as normas culturalmente definidas para o corpo feminino ou masculino, as pessoas intersexuais podem ser expostas a condições de discriminação e violência na prisão, com especial relevância no que diz respeito à sua localização dentro das prisões.

comuns de violência e discriminação no contexto prisional, em especial, que decorrem de preconceitos baseados na orientação sexual, identidade ou expressão de gênero.

No parecer OC – 24/17, a Corte IDH ainda consignou que a orientação sexual¹⁴⁷, a identidade de gênero¹⁴⁸ e a expressão do sexo da pessoa¹⁴⁹ são categorias protegidas pelo artigo 1.1 da Convenção¹⁵⁰. Consequentemente, o Estado não pode agir contra uma pessoa com base em sua orientação sexual, identidade de gênero e/ou expressão de gênero.

Ademais, em sua jurisprudência, a Corte já reconheceu que as pessoas LGBTI têm sido historicamente vítimas de discriminação estrutural, estigmatização, diversas formas de violência e de violações de seus direitos fundamentais¹⁵¹, que manifestam-se nas esferas pública e privada¹⁵².

147 Refere-se à atração emocional, afetiva e sexual por pessoas de um gênero diferente ou do mesmo sexo, ou de mais de um gênero, bem como a relações íntimas e/ou sexuais com essas pessoas. A orientação sexual é um conceito amplo que cria espaço para a autoidentificação. Além disso, a orientação sexual pode variar ao longo do tempo, incluindo atração exclusiva e não exclusiva pelo mesmo sexo ou pelo sexo oposto. Todas as pessoas têm uma orientação sexual, que é inerente à identidade da pessoa. Cf. Parecer Consultivo OC-24/17, supra.

148 Refere-se à experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo a experiência pessoal do corpo (que pode ou não envolver a modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgico ou não, desde que seja livremente escolhido) e outras expressões de gênero, incluindo vestimenta, modo de fala e maneiras. A identidade de gênero é um conceito amplo que cria espaço para a autoidentificação, e que se refere à experiência de uma pessoa de seu próprio gênero. Assim, a identidade de gênero e sua expressão também assumem muitas formas, algumas pessoas não se identificam como nem masculinas nem femininas, ou se identificam como ambas. Cf. Parecer Consultivo OC-24/17, supra.

149 Entende-se como a manifestação externa do gênero de uma pessoa, através da sua aparência física, que pode incluir a forma de vestir, o penteado ou a utilização de artigos cosméticos, ou através de maneirismos, do modo de falar, de padrões de comportamento pessoal, de comportamento ou de interação social, de nomes ou referências pessoais, entre outros. A expressão de gênero de uma pessoa pode ou não corresponder à sua identidade de gênero autopercebida. Cf. Parecer Consultivo OC-24/17, supra.

150 **Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos** - 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

151 Caso Atala Riffo e Girls v. Chile, supra. Caso Pavez Pavez v. Chile. Mérito, Sentença de 4 de fevereiro de 2022.

152 Caso Vicky Hernández et al. v. Honduras, supra.

Na opinião da Corte, uma das formas mais extremas de discriminação contra as pessoas LGBTI é aquela que se materializa em situações de violência, as quais se fundam no preconceito baseado na orientação sexual percebida ou real de uma pessoa e na identidade ou expressão de gênero. Esse tipo de violência pode ser impulsionado pelo "desejo de punir aqueles considerados desafiantes das normas de gênero"¹⁵³.

A este respeito e com base no Relatório de 2015 sobre Violência contra Pessoas LGBTI, elaborado pela Comissão Interamericana, no qual se verificou que, de janeiro de 2013 a março de 2014, ocorreram pelo menos 770 atos de violência contra pessoas LGBTI nos Estados membros da OEA, dos quais 594 vitimaram fatalmente pessoas LGBTI¹⁵⁴, a Corte observa que a violência contra pessoas LGBTI ocorre de forma generalizada em todos os países do continente americano.

Em paralelo, a Corte ressalta que há uma ligação clara entre a criminalização das pessoas LGBTI e os crimes de ódio transfóbicos e homofóbicos, o abuso policial e a estigmatização¹⁵⁵.

Nesse ponto, a Corte considera importante destacar que a imposição de sanções e/ou a criminalização de pessoas com base em sua orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero ou características sexuais é contrária ao direito internacional dos direitos humanos. Consequentemente, os Estados devem empreender um controle adequado da convencionalidade e eliminar tais regulamentos de seus sistemas jurídicos, medida esta imperativa para os Estados membros da OEA que impõem a pena de morte como resultado da criminalização de relações sexuais consensuais entre pessoas do mesmo sexo entre adultos.

Registre-se ainda que, no ambiente prisional, a violência sofrida pelas pessoas LGBTI é replicada e exacerbada¹⁵⁶, podendo "assumir várias formas e podem incluir assédio,

153 Caso Azul Rojas Marín e outro v. Peru Sentença de 12 de março de 2020. Caso Vicky Hernández et al. v. Honduras, supra.

154 CIDH. Violência contra Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais nas Américas, OEA/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36, 12 de novembro de 2015, paras. 102 e 103.

155 Relatório do Relator Especial sobre tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, Juan Méndez, A/HRC/31/57, parágrafo 15.

156 A este respeito, o Comitê das Nações Unidas contra a Tortura manifestou a sua preocupação com os abusos sexuais e físicos perpetrados pela polícia e pelo pessoal prisional contra as pessoas LGBTI em alguns países da região. Cf. Nações Unidas, Comitê contra a Tortura, Observações finais do Comitê contra a Tortura sobre a Argentina, 24 de maio de 2017, parágrafo 35; Colômbia, CAT/C/COL/CO/5, 29 de maio de 2015, parágrafo 27; Costa Rica, CAT/C/ARG/CO/5-6, 7 de julho de 2008, CAT/C/CRI/CO/2, parágrafo 11; Equador, CAT/C/ECU/CO/3, de 8 de Fevereiro de 2006, n. 17; Estados Unidos da América, CAT/C/USA/CO/2, de 25 de julho de 2006, n.º 37, e CAT/C/EUA/CO/3-5, de 19 de dezembro de 2014, n.º 21; Paraguai

assédio, violência verbal e psicológica, exploração, bem como violência sexual e física, incluindo estupro”¹⁵⁷. Além disso, os detentos trans, particularmente as mulheres trans, enfrentam uma exposição única à violência, especialmente de natureza sexual¹⁵⁸.

Assim, a ausência de políticas públicas de autoidentificação, classificação, avaliação de risco e internação contribui para que as mulheres trans sejam mantidas em presídios e outros locais, onde estão expostas a um alto risco de estupro e violência sexual.

De acordo com o Relator Especial das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes, este aumento da exposição à violência deve-se a três fatores principais, a saber: *i)* à percepção de inferioridade que outros prisioneiros têm em relação às pessoas LGBTI; *ii)* à detenção em condições piores do que as do resto da população prisional; e *iii)* à incitação e à tolerância a atos violentos de agentes penitenciários¹⁵⁹.

Acrescente-se a isso o fato de os funcionários estatais muitas vezes não serem treinados para atender às necessidades específicas dessa população, o que, por sua vez, tem impacto no aumento da violência e na falta de acesso a vários direitos na prisão. Nesse sentido, o Subcomitê da ONU para a Prevenção da Tortura (SPT) identificou que as autoridades prisionais frequentemente submetem as pessoas LGBTI à segregação, isolamento ou confinamento solitário como medidas de proteção, privando-as de oportunidades de reduzir a pena ou ter acesso a outros direitos da execução pela liberdade condicional¹⁶⁰.

Assim, a Corte IDH enfatiza que, no caso de os Estados não conseguirem cumprir plenamente essas obrigações internacionais, sempre que o caso permitir, eles devem

CAT/C/PRY/CO/4-6, 14 de dezembro de 2011, parágrafo 19; e Peru, CAT/C/PER/CO/5-6, 21 de janeiro de 2013, parágrafo 22.

¹⁵⁷ APT. Rumo à Proteção Efetiva das Pessoas LGBTI Privadas de Liberdade: Guia de Monitoramento 2019, supra, para. 63.

¹⁵⁸ Cf. Relatório do Relator Especial contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, Nigel S. Rodley, A/56/156, 3 de julho de 2001, p. 23, e Associação para a Prevenção da Tortura (APT). Rumo à Proteção Efetiva das Pessoas LGBTI Privadas de Liberdade: Guia de Monitoramento 2019, supra, p. 64.

¹⁵⁹ O Relator Especial das Nações Unidas contra a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes "recebeu informações de que membros de minorias sexuais foram vítimas na prisão de atos de grande violência, incluindo agressão sexual e estupro, perpetrados por outros prisioneiros e, às vezes, por guardas prisionais". Relatório do Relator Especial contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, Nigel S. Rodley, A/56/156, supra, parágrafo 23.

¹⁶⁰ Cf. SPT, Nono Relatório Anual, CAT C/57/4, supra, n.º 64.

substituir as penas privativas de liberdade, bem como a prisão preventiva, por outras penas ou medidas cautelares menos onerosas do que a privação de liberdade das pessoas LGBTI nas prisões.

Diante do cenário acima descrito, tendo em conta a situação histórica de violência e discriminação contra as pessoas LGBTI, bem como suas necessidades específicas durante a privação de liberdade, a Corte procederá à abordagem das questões específicas levantadas pela Comissão Interamericana.

A) O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO E A DETERMINAÇÃO DA LOCALIZAÇÃO DE UMA PESSOA LGBTI NAS PRISÕES

Vários instrumentos internacionais sobre o tratamento de pessoas privadas de liberdade reconhecem o princípio geral da separação de pessoas em razão de seu sexo. Tem-se, no entanto, que historicamente os ambientes prisionais foram pensados não apenas do ponto de vista androcêntrico, mas também a partir das lógicas dominantes da natureza binária do sexo, a saber, masculino/feminino, da cisnormatividade¹⁶¹ e de heteronormatividade.

Esse cenário apresenta desafios especiais para o respeito e a garantia dos direitos das pessoas trans, bem como das pessoas com identidades de gênero não binárias. Isso porque, a falta de reconhecimento da identidade de gênero no contexto prisional dificulta o exercício de outros direitos fundamentais e direitos reconhecidos pelo direito internacional, além de ser um fator determinante para o reforço dos atos de discriminação contra a população LGBTI.

Ao tratar sobre a colocação de pessoas LGBTI em prisões no Caso do Complexo Penitenciário do Curado relativo ao Brasil, a Corte, citando o Manual sobre Prisioneiros com Necessidades Especiais do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), afirma que as pessoas LGBTI privadas de liberdade não devem ser alojadas em celas com outros prisioneiros que possam colocar suas vidas em risco¹⁶².

¹⁶¹ A cisnormatividade é a ideia ou a expectativa de que todas as pessoas são cisgêneros, e que as pessoas que receberam sexo masculino no nascimento sempre crescem para ser do sexo masculino e aquelas que foram designadas sexo ou mulher no nascimento sempre crescem para ser do sexo feminino. Cf. Parecer Consultivo OC-24/17, supra, n.º 32.g; CIDH, Violência contra Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais nas Américas, supra, parágrafo 32, e Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatoria sobre Direitos LGTBI. Básico. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>

¹⁶² Cf. Caso do Complexo Penitenciário do Curado relativo ao Brasil. Medidas provisórias. Despacho da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 15 de novembro de 2017, Considerandos 102 e 103, citando o UNODC, Manual sobre Presos com Necessidades Especiais, supra, p. 116.

Para esse efeito, a Corte IDH recomenda que os Estados: a) tenham em conta a vontade e os receios das pessoas privadas de liberdade; b) não deixem prisioneiros homossexuais, bissexuais e transgêneros em dormitórios ou celas junto com prisioneiros que possam representar um risco para sua segurança; c) não assumam que é apropriado abrigar pessoas trans de acordo com seu sexo designado no nascimento, mas sim consultem os prisioneiros envolvidos e considerem as diferentes necessidades de moradia; e d) garantam que não haja discriminação na qualidade da acomodação dada aos grupos homossexuais, bissexuais e transgêneros.

Sobre este ponto, o Subcomitê da ONU para a Prevenção da Tortura (SPT) recomendou aos Estados que as decisões sobre a detenção de pessoas trans sejam tomadas caso a caso, levando em conta a situação particular de cada pessoa, levando "seriamente em conta seus pontos de vista quanto à sua segurança" e "com seu consentimento informado e com a participação desejável de especialistas e ativistas" no campo¹⁶³.

Além disso, enfatizou que mesmo as medidas que parecem visar a proteção podem, muitas vezes, ter o efeito oposto. A este respeito, o confinamento solitário, o isolamento e a segregação administrativa não são métodos adequados para garantir a segurança das pessoas, incluindo lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e intersexuais, e só podem ser justificadas se forem utilizadas como último recurso, em circunstâncias excepcionais, durante o menor tempo possível e com garantias processuais adequadas.

Destarte, considerando os padrões desenvolvidos no Direito Internacional dos Direitos Humanos¹⁶⁴, a Corte passa a determinar os requisitos mínimos exigidos aos Estados para determinar a colocação de uma pessoa LGBTI em um centro penitenciário, nos termos do Artigo 5 da Convenção.

Em primeiro lugar, a Corte observa que, com base em uma interpretação evolutiva do texto da Convenção - artigos 5.1 e 5.2 da Convenção¹⁶⁵ – e das normas desenvolvidas em

¹⁶³ SPT, Nono Relatório Anual, CAT C/57/4, supra, n.º 76.

¹⁶⁴ Os Princípios de Yogyakarta referem-se explicitamente às orientações que os Estados devem seguir ao determinarem o local de alojamento das pessoas privadas de liberdade, respeitando simultaneamente a sua identidade de gênero. Especificamente, o princípio 9 prevê que os Estados "assegurarão que a detenção evite uma maior marginalização das pessoas com base em sua orientação sexual ou identidade de gênero ou as exponha ao risco de violência, maus-tratos ou abuso físico, mental ou sexual" e "deverá, na medida do possível, todas as pessoas privadas de liberdade participarem nas decisões relativas ao local de detenção adequado à sua orientação sexual e identidade de gênero." Princípios de Yogyakarta, supra, princípios 9 (A) e 9 (B).

¹⁶⁵ **Artigo 5. Direito à integridade pessoal - 1.** Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. **2.** Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos

nível internacional sobre o tema, os Estados têm a obrigação de registrar o nome e o gênero com os quais as pessoas privadas de liberdade se identificam e de separá-las dentro do esquema binário de gênero. Com relação às pessoas que não se identificam nem com o sexo masculino, nem com o feminino, as autoridades prisionais devem anotar a informação em seus registros, anotando também seu nome social.

Por outro lado, a Corte considera que os Estados devem assegurar que as medidas adotadas para atribuir um lugar às pessoas LGBTI nas prisões não constituam, na prática, isolamento ou confinamento solitário automático, o que, na opinião da Corte, intensifica seriamente o sofrimento inerente à prisão, de modo que deve ser sempre o último recurso na manutenção da ordem e da segurança das prisões, e deve durar o menor tempo possível.

No caso de Complexo Penitenciário Curado Com relação ao Brasil, a Corte constatou que, apesar de terem sido construídos pavilhões específicos em presídios para essa população, as pessoas LGBTI ainda estavam sujeitas a violências de natureza física, psicológica e sexual, por estarem em espaços inadequados e superlotados, o que não permitia sua proteção.

A este respeito, embora a Corte reconheça o valioso progresso feito por certos Estados na designação de um setor ou ala específica de suas prisões para o alojamento de pessoas LGBTI, é necessário garantir que o alojamento em tais instalações não implique em um tratamento inferior ao de outras pessoas privadas de liberdade ou exclusão de atividades realizadas na prisão.

Em suma, o isolamento prolongado e o confinamento solitário coercitivo são, em si mesmos, um tratamento cruel e desumano, prejudicial à integridade pessoal. Segue-se que a aplicação automática do confinamento solitário de uma pessoa privada de liberdade é incompatível com os artigos 5.1, 5.2 e 5.6 da Convenção Americana.

Em suma, as várias maneiras pelas quais os Estados determinam a localização de uma pessoa LGBTI dentro de uma prisão irão refletir não apenas o respeito à identidade de gênero, mas também à prevenção da violência.

Para garantir isso, os Estados devem permitir o monitoramento externo periódico das condições de detenção das pessoas LGBTI, proceder à revisão judicial da execução das penas, bem como dispor de uma equipe profissional técnica e multidisciplinar em cada estabelecimento prisional, que determine racionalmente o alojamento mais digno e adequado para cada pessoa privada de liberdade, de acordo com a sua autopercepção e

cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

orientação sexual, de modo a respeitar a sua dignidade, evitar a sua deterioração e reduzir todas as possibilidades de conflito e violência.

B) PREVENÇÃO, INVESTIGAÇÃO E REGISTO DA VIOLÊNCIA CONTRA AS PESSOAS LGBTI PRIVADAS DE LIBERDADE

A Comissão consultou especificamente sobre as medidas que os Estados devem adotar na prevenção da violência contra as pessoas LGBTI privadas de liberdade "que não impliquem segregação do resto da população carcerária".

A este respeito, a Corte IDH considera que as obrigações de prevenir, investigar e registrar a violência contra pessoas LGBTI privadas de liberdade são exemplos de medidas que devem ser adotadas pelos Estados.

Assim, a Corte considera adequado dividir a sua análise em:

I) o registo dos dados relativos à violência contra as pessoas LGBTI privadas de liberdade, uma vez que, sem dados oficiais, é difícil desenvolver políticas públicas preventivas que sejam efetivas nas prisões;

II) a prevenção e proteção contra a violência contra as pessoas LGBTI privadas de liberdade; e

III) a obrigação de investigar a violência contra as pessoas LGBTI privadas de liberdade.

I. REGISTRO DE DADOS RELACIONADOS À VIOLÊNCIA CONTRA PESSOAS LGBTI PRIVADAS DE LIBERDADE

A Corte IDH não ignora o facto de que, regionalmente, existe uma falta de informação estatística sobre a situação das pessoas LGBTI, o que também se traduz numa ausência de dados sobre as pessoas privadas de liberdade que pertencem a este grupo¹⁶⁶.

Para o SPT, a falta de estatísticas sobre maus-tratos e tortura com base na orientação sexual e identidade de gênero se deve à ausência de métodos adequados de

¹⁶⁶ A esse respeito, a Comissão Interamericana constatou que a maioria dos Estados membros da OEA não coleta dados sobre a violência contra as pessoas LGBTI. Cf. CIDH. Registro de Violência contra Pessoas LGBTI. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-LGBTI/registro-violencia-LGBTI.html>.

autoidentificação, coleta e processamento de dados, o que contribui para a invisibilidade das pessoas LGBTI¹⁶⁷.

Contudo, a Corte considera que para agir com a devida diligência na prevenção e investigação de violações da integridade pessoal ou da vida das pessoas LGBTI, os Estados devem coletar informações abrangentes sobre a violência sofrida pelas pessoas LGBTI para medir a real magnitude desse fenômeno e elaborar estratégias para prevenir e erradicar novos atos de violência e discriminação¹⁶⁸.

Em resposta a esse déficit informacional, a Assembleia Geral da OEA instou os Estados a produzirem "dados sobre violência homofóbica e transfóbica, com vistas a promover políticas públicas que protejam os direitos humanos de lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexuais (LGBTI)"¹⁶⁹.

Além disso, o Especialista Independente das Nações Unidas em proteção contra a violência e a discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero recomendou que os Estados implementem:

" (...) procedimentos abrangentes de coleta de dados, a fim de poder avaliar com precisão e uniformidade o tipo, a prevalência, as tendências e os padrões de violência e discriminação contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e não conformes com o gênero. Os dados devem ser desagregados por comunidade, mas também por outros fatores, como raça, etnia, religião ou crença, estado de saúde, idade, classe e casta, ou migração ou status econômico", bem como estabelecer "sistemas eficazes para registrar e relatar crimes de ódio com base na orientação sexual e identidade de gênero"¹⁷⁰.

¹⁶⁷ A este respeito, o ACNUDH e o SPT observaram que "as estatísticas oficiais tendem a subestimar o número de incidentes e, além disso, a categorização imprecisa ou tendenciosa dos casos leva a erros de identificação, encobrimento e registros incompletos". Cf. Discriminação e violência contra pessoas com base na orientação sexual e identidade de gênero, Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, A/HRC/29/23, para. 25, e SPT, Nono Relatório Anual, CAT/C/57/4, supra, para. 59.

¹⁶⁸ Caso Azul Rojas Marín et al. v. Peru, supra. Caso Vicky Hernández et al. v. Honduras, supra.

¹⁶⁹ OEA, AG/RES. 2807 (XLIII-O/13) Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade e Expressão de Gênero, adotada na quarta sessão plenária, realizada em 6 de junho de 2013, resolução 4.

¹⁷⁰ Relatório do Perito Independente das Nações Unidas sobre a proteção contra a violência e a discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero, Víctor Madrigal-Borloz, A/HRC/41/45, 14 de maio de 2019, n.º 78.

Portanto, a Corte considera que os Estados são obrigados, em virtude dos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, a conceber e implementar, por meio dos órgãos estatais correspondentes, um sistema de coleta de dados e números relacionados a casos de violência contra pessoas LGBTI privadas de liberdade, a fim de avaliar de forma precisa e uniforme o tipo, a prevalência, as tendências e os padrões de violência e de discriminação contra as pessoas LGBTI, desagregando dados por comunidade, raça, etnia, religião ou crença, estado de saúde, idade e classe ou status migratório ou econômico.

Além disso, o número de casos que foram efetivamente processados deve ser especificado, identificando o número de acusações, condenações e absolvições. Essas informações devem ser divulgadas para garantir seu acesso a toda a população em geral, garantindo o sigilo da identidade das vítimas.

II. PREVENÇÃO E PROTEÇÃO CONTRA A VIOLÊNCIA CONTRA AS PESSOAS LGBTI PRIVADAS DE LIBERDADE

A Corte recorda que os Estados têm o dever de adotar as medidas necessárias para proteger e garantir os direitos à vida e à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade e de se abster, em qualquer circunstância, de agir de forma que esses direitos sejam violados.

Portanto, as obrigações que o Estado deve inevitavelmente assumir em sua posição de garantidor incluem a adoção de medidas que possam favorecer a manutenção de um clima de respeito aos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade, reduzir a superlotação e garantir que as condições mínimas de detenção sejam compatíveis com sua dignidade.

Isso implica fornecer pessoal treinado suficiente para garantir o controle, a custódia e a vigilância adequados e eficazes do centro penitenciário. Além disso, dadas as características dos centros de detenção, o Estado deve proteger os prisioneiros da violência que, na ausência de controle estatal, pode ocorrer entre eles.

Na mesma linha, os Estados têm uma obrigação reforçada de proteger os grupos vulneráveis de riscos específicos de tortura sob sua custódia. Sobre a situação particular das pessoas LGBTI privadas de liberdade, a Corte indicou que o dever do Estado de protegê-las contra situações conhecidas de discriminação e risco implica a adoção de todas as medidas disponíveis para proteger e garantir o gozo do direito à vida e à integridade pessoal das pessoas sob sua custódia.

Isto torna-se particularmente urgente quando o Estado toma consciência das situações que violam a integridade pessoal de tais pessoas. Nesse ponto, a Corte reitera

que as pessoas LGBTI estão expostas de forma generalizada a diferentes formas de violência, que são exacerbadas no ambiente prisional.

Destarte, à luz das normas internacionais na área¹⁷¹ e de sua própria jurisprudência¹⁷², a Corte considera que, a fim de prevenir violações da integridade pessoal e da vida das pessoas LGBTI privadas de liberdade, os Estados têm, no mínimo, as seguintes obrigações: a) realizar um estudo de risco individualizado no momento da admissão na prisão, o qual deverá ser utilizada como base para determinar as medidas especiais de proteção necessárias; b) abster-se de impor sanções ou medidas disciplinares com base na orientação sexual ou na identidade de gênero de uma pessoa; c) treinar e sensibilizar o pessoal prisional e a população carcerária sobre os direitos das pessoas LGBTI, sobre a discriminação a que estão sujeitas e sobre o direito à igualdade e à não discriminação; d) permitir que as pessoas trans escolham o gênero dos policiais que realizam revistas corporais; e) estabelecer mecanismos para denunciar a violência contra pessoas LGBTI dentro das prisões; f) informar às pessoas LGBTI sobre seus direitos e mecanismos de reclamação disponíveis; e g) garantir o monitoramento externo e independente das prisões.

III. A OBRIGAÇÃO DE INVESTIGAR A VIOLÊNCIA CONTRA PESSOAS LGBTI PRIVADAS DE LIBERDADE

A Corte adverte que a prevenção da violência contra as pessoas LGBTI também é alcançada pela erradicação da impunidade de atos violentos.

Nessa linha, a Assembleia Geral da OEA instou os Estados a investigarem atos de violência e violações de direitos humanos contra pessoas por causa de sua orientação sexual e identidade de gênero e a assegurarem que os responsáveis enfrentem as consequências perante a justiça, garantindo o acesso à justiça para as vítimas¹⁷³.

Da mesma forma, o Princípio 29 dos Princípios de Yogyakarta estabelece que os Estados devem assegurar:

171 *inter alia*, CIDH, Princípios e Boas Práticas, *supra*, Princípio XXIII; Regras de Nelson Mandela, *supra*, Regra 76; Regras de Bangkok, *supra*, Regras 31, 33 e 38; Princípios de Yogyakarta, *supra*, princípios 9.D, 9.H, 9.G, 10.A e 10C; Código de Conduta para Agentes de Aplicação da Lei, *supra*, artigos 3-5; UNODC, Manual sobre Presos com Necessidades Especiais, *supra*, p. 122; SPT, Nono Relatório Anual, CAT/C/57/4, *supra*, parágrafo 76, e Relatório do Relator Especial sobre tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, Juan Méndez, A/HRC/31/57, *supra*, para. 70.

172 Cf. Caso Azul Rojas Marín e outro v. Peru, *supra*, Caso Vicky Hernández et al. v. Honduras, *supra*.

173 OEA, Assembleia Geral, Resoluções intituladas Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero adotadas em 2009 (AG/RES. 2504) e 2010 (AG/RES. 2600).

"(...) que todas as alegações de crimes cometidos com base na orientação sexual ou identidade de gênero real ou percebida da vítima, incluindo as descritas nestes Princípios, sejam rápida e minuciosamente investigadas e que, quando evidências apropriadas sejam encontradas, acusações formais são feitas contra as pessoas responsáveis, levadas a julgamento e punidas".

Além disso, os Estados tomarão:

"(...) todas as medidas razoáveis para identificar as vítimas de tortura e tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes perpetrados por motivos relacionados à orientação sexual ou identidade de gênero e fornecerão recursos apropriados, incluindo reparação e reparações, bem como apoio médico e psicológico, quando apropriado".

A esse respeito, a Corte reitera que o artigo 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura estabelece claramente que, quando houver uma denúncia ou uma razão fundamentada para crer que um ato de tortura foi cometido dentro de sua jurisdição, os Estados Partes garantirão que suas respectivas autoridades procederão *ex officio* e imediatamente conduzirão uma investigação sobre o caso e iniciarão, se for caso disso, o respectivo processo penal.

Assim, o dever de investigação previsto na Convenção Americana é reforçado pelas disposições dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, que obrigam o Estado a "tomar medidas efetivas para prevenir e punir a tortura dentro de sua jurisdição", bem como para "prevenir e punir [...] outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes".

No caso da Azul Rojas Marín e outro v. Peru, a Corte esclareceu que as normas para a investigação de violência sexual são aplicáveis independentemente do sexo, da identidade e da expressão de gênero e da orientação sexual das vítimas. E, no caso específico de violência perpetrada contra pessoas LGBTI, a Corte estabeleceu que, ao investigar atos violentos, como a tortura, as autoridades estatais têm o dever de tomar todas as medidas razoáveis para revelar se há possíveis motivos discriminatórios.

Esta obrigação implica que, quando houver indícios concretos ou suspeitas de violência motivada por motivos discriminatórios, o Estado deve fazer o que for razoável nas circunstâncias, a fim de coletar e obter provas, explorar todos os meios práticos para descobrir a verdade e tomar decisões totalmente fundamentadas, imparciais e objetivas, sem omitir evidências de violência motivada por discriminação, pois a falta de investigação

por parte das autoridades de possíveis motivos discriminatórios pode, por si só, constituir uma forma de discriminação, contrária à proibição estabelecida no artigo 1.1 da Convenção.

Os Estados também devem, *inter alia*, criar mecanismos adequados para inspecionar as instituições, arquivar, investigar e resolver queixas e estabelecer procedimentos disciplinares ou judiciais apropriados para casos de má conduta profissional ou violação dos direitos das pessoas privadas de liberdade¹⁷⁴.

Conseqüentemente, os Estados devem garantir que a população LGBTI tenha mecanismos de denúncia de violações de direitos humanos acessíveis¹⁷⁵ e evitar a revitimização¹⁷⁶.

A) O DIREITO À SAÚDE DAS PESSOAS TRANS PRIVADAS DE LIBERDADE NO QUE DIZ RESPEITO AO INÍCIO OU CONTINUAÇÃO DE UM PROCESSO DE TRANSIÇÃO

A Corte determinou que o direito à saúde é protegido pela Convenção Americana. Ademais, com base no princípio da não discriminação, o Estado é obrigado a garantir a saúde física e mental das pessoas privadas de liberdade, notadamente através da realização de exames médicos regulares e, quando necessário, de tratamento médico especializado, de acordo com as necessidades de cuidados exigidas pelas pessoas detidas.

No contexto da assistência médica, é dever dos Estados ainda assegurar que, em nenhum tratamento ou aconselhamento médico, a orientação sexual e a identidade de gênero sejam tratadas como doenças¹⁷⁷.

No parecer consultivo OC-24/17, a Corte IDH já indicou que a identidade de gênero, que inclui a experiência pessoal do corpo "que poderia envolver –ou não– a modificação da aparência ou função corporal através de meios médicos e cirúrgicos ou de qualquer outra natureza, desde que livremente escolhida", é um elemento constitutivo da identidade das pessoas, portanto, seu reconhecimento pelo Estado é de vital importância para garantir o pleno gozo dos direitos humanos das mulheres trans, incluindo o direito à saúde.¹⁷⁸

174 Caso de Chinchilla Sandoval et al. v. Guatemala, supra.

175 Caso Quispialaya Vilcapoma c. Peru. Sentença de 23 de novembro de 2015. Caso Azul Rojas Marín et al. v. Peru, supra.

176 Cf. Relatório do Relator Especial sobre tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, Juan Méndez, A/HRC/31/57, supra, para. 70.

177 Cf. Princípios de Yogyakarta, supra, Princípio 18. SPT. Nono Relatório Anual, CAT/C/57/4, supra, para. 81.

178 Cf. Parecer Consultivo OC-24/17, supra, n.º 98.

Assim, para as pessoas trans, o respeito à sua identidade de gênero está intimamente relacionado ao acesso a serviços de saúde adequados. A esse respeito, a Corte destaca que os tratamentos médicos que reafirmam a identidade de gênero das pessoas trans, incluindo procedimentos cirúrgicos e tratamentos hormonais, desde que livremente escolhidos, permitem o desenvolvimento adequado da personalidade e contribuem para o bem-estar físico e emocional das pessoas trans. Acima de tudo, contribuem para a reafirmação da autopercepção da identidade de gênero.

Consequentemente, em conformidade com sua obrigação internacional de reconhecer a identidade de gênero de cada pessoa, os Estados devem garantir os tratamentos médicos necessários para que as pessoas trans adaptem sua corporalidade, incluindo sua genitalidade, à sua identidade de gênero autopercebida, na medida em que tais serviços estejam disponíveis para a comunidade.

No seguimento do que precede, a Corte IDH considerou que o tratamento médico das pessoas privadas de liberdade deve ser adequado às suas necessidades especiais. Daqui resulta que, no contexto prisional, os Estados devem proporcionar o tratamento específico exigido pelas pessoas privadas de liberdade, assegurando a continuidade dos tratamentos que iniciaram antes da prisão.

A esse respeito, a Corte observa que vários Estados membros da OEA empreenderam importantes avanços nessa área, permitindo atualmente tratamentos cirúrgicos e/ou hormonais para adaptar o corpo das pessoas à sua identidade de gênero¹⁷⁹.

Em suma, a Corte conclui que os Estados são obrigados a adotar disposições para garantir que as pessoas trans privadas de liberdade possam ter os cuidados médicos especializados necessários e oportunos, inclusive no que diz respeito à saúde reprodutiva, hormonal ou outra terapia, bem como para tratamentos de redesignação sexual, se desejarem.

B) VISITAS ÍNTIMAS PARA PESSOAS LGBTI PRIVADAS DE LIBERDADE

¹⁷⁹ Cf., Congreso de la Nación Argentina. Lei 26.743 Identidade de Gênero, artigo 11; Tribunal Constitucional da Colômbia, Acórdãos T-918, T-876 de 2012 e T-771 de 2013; Ministério da Saúde do Peru, Norma Técnica de Saúde para Atenção Integral à População Trans Feminina (NTS No. 126-MINSA/2016/DGIESP); Ministério da Justiça e Paz da Costa Rica, Diretrizes para o cuidado de pessoas com diversas orientações sexuais, expressão ou identidade de gênero, atribuídas a qualquer um dos Níveis do Sistema Penitenciário da Costa Rica de 2018, paras. 33 e 35, e Ministério da Justiça e Segurança Pública do Brasil, Nota Técnica nº 9/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ, de 8 de agosto de 2021, parágrafo 52.

As visitas íntimas nas prisões são uma forma de garantir os direitos à formação de uma família, à vida privada e à saúde sexual¹⁸⁰.

O artigo 11 da Convenção Americana¹⁸¹ proíbe qualquer interferência arbitrária ou abusiva na vida privada das pessoas. A vida privada inclui o modo como o indivíduo se vê e como decide projetar-se para os outros, sendo uma condição indispensável para o livre desenvolvimento da personalidade.

Ao mesmo tempo, a orientação sexual faz parte da intimidade de uma pessoa e o livre exercício da sexualidade é parte integrante da sua personalidade, por isso é protegido pelo direito à vida privada¹⁸².

Conforme reconhecido pela Corte IDH, no Caso do Complexo Penitenciário do Curado relativo ao Brasil, as pessoas LGBTI têm direito à visitação íntima durante a privação de liberdade.

Além disso, a Corte estabeleceu consistentemente que a Convenção Americana não protege nenhum tipo específico de família¹⁸³ e que, em virtude do princípio da igualdade e da não discriminação, os Estados devem garantir o acesso a todos os conceitos já existentes nos sistemas jurídicos internos para assegurar a proteção de todos os direitos das famílias formadas por casais do mesmo sexo.

Em aplicação do princípio da igualdade e da não discriminação, a Corte reitera que as visitas íntimas devem ser garantidas às pessoas LGBTI privadas de liberdade. Assim, as disposições que proíbem as pessoas LGBTI de acessar a visitação íntima, além de

¹⁸⁰ De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), a saúde sexual é "*um estado de bem-estar físico, emocional, mental e social relacionado à sexualidade; Não é meramente a ausência de doença, disfunção ou fraqueza. A saúde sexual requer uma abordagem positiva e respeitosa da sexualidade e das relações sexuais, bem como a possibilidade de obter prazer e experiências sexuais seguras, livres de coerção, discriminação e violência*". Cf. QUEM. Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento de 1994. Disponível em: https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/ICPD_programme_of_action_es.pdf. Para o UNODC, "*o exercício da sexualidade deve ser incluído como parte do direito à saúde, considerando que a sexualidade responde ao desenvolvimento integral do ser humano*". Cf. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), Parecer Técnico Consultivo nº 003/2013, dirigido à Direção Geral do Sistema Penitenciário do Panamá, de 26 de abril de 2013, p. 9.

¹⁸¹ **Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade - 1.** Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. **2.** Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. **3.** Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

¹⁸² Caso Atala Riffo e Girls v. Chile, supra. Parecer Consultivo OC-24/17, supra.

¹⁸³ Caso Atala Riffo e Girls v. Chile, supra. Parecer Consultivo OC-24/17, supra.

perpetuarem a discriminação de fato, não buscam satisfazer qualquer interesse legítimo apoiado pela Convenção Americana. Nessa área, as regulamentações que exigem certo estado civil para sua realização podem se tornar limitações arbitrárias e discriminatórias desse direito.

Portanto, é necessário que os Estados avaliem a adequação, a necessidade e a proporcionalidade das limitações que impõem às visitas íntimas. Como critério norteador, a Corte considera que o livre exercício da sexualidade humana no contexto da privação de liberdade deve exigir, como único requisito, que se demonstre que as pessoas têm a única intenção de ter relações sexuais ou que mantêm uma relação afetiva¹⁸⁴.

Finalmente, para o exercício de visitas íntimas, os Estados devem garantir, pelo menos, as mesmas condições de segurança, privacidade e higiene que o resto da população carcerária.

Quando os visitantes são trans, os Estados devem garantir que as buscas e/ou buscas corporais realizadas na entrada sejam realizadas por agentes penitenciários do gênero correspondente à identidade de gênero do visitante. Se os visitantes forem pessoas intersexuais ou trans com identidades de gênero não-binárias, eles devem ser capazes de escolher o gênero do pessoal da prisão que realiza tal diligência.

4.CONCLUSÃO

A crescente judicialização internacional da temática dos direitos humanos, notadamente nos sistemas protetivos regionais, consolidou a Corte Interamericana de Direitos Humanos no cenário americano como a principal instituição garantidora de tais direitos, que tem como principal marco jurídico a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

Conforme já destacado, a estrutura da Corte permite que esta possua dois âmbitos de competência: um contencioso e outro consultivo. Sendo o primeiro acionado diante de um caso concreto de violação de direitos humanos em face de um Estado.

Quanto à função consultiva, esta lhe permite interpretar qualquer norma da Convenção Americana, inclusive as de natureza processual, bem como qualquer disposição relativa à proteção dos direitos humanos de qualquer tratado internacional aplicável nos

¹⁸⁴ A legislação uruguaia foi assim expressa. Assim, o artigo 74 da Resolução 119/08 da Direção Nacional de Prisões do Uruguai estabelece o seguinte: "Serão permitidas visitas íntimas entre pessoas que não tenham outra intenção senão manter relações sexuais".

Estados americanos, independentemente de ser um tratado bilateral ou multilateral, ou de serem partes Estados fora do Sistema Interamericano.

Diante de tal competência, em 25 de novembro de 2019, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com base no artigo 64.1 da Convenção Americana, apresentou um pedido de Parecer Consultivo sobre "Abordagens Diferenciadas às Pessoas Privadas de Liberdade".

Este artigo limitou-se a consulta acerca das abordagens diferenciadas aplicáveis às pessoas LGBTI privadas de liberdade. Com base nos métodos clássicos de interpretação e à luz dos documentos e normas internacionais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos opinou no sentido de que se faz necessária a adoção de medidas ou de abordagens diferenciadas para garantir que os Estados cumpram o seu dever especial de proteger as pessoas sob a sua custódia e, em particular, para garantir o respeito ao princípio da igualdade e da não discriminação.

Isso porque, as normas e práticas que ignoram o impacto diferenciado do encarceramento sobre os grupos minoritários fazem com que os sistemas prisionais reproduzam e reforcem os padrões de discriminação e violência presentes na vida em liberdade.

Destarte, a Corte IDH entende que é uma obrigação inevitável adotar medidas que respondam a uma abordagem diferenciada que tenha em conta as condições particulares de vulnerabilidade e os fatores que podem aumentar o risco de atos de violência e discriminação no país em contextos de encarceramento, como gênero, etnia, idade, orientação sexual e identidade e expressão de gênero.

A Corte IDH afirmou ainda quais obrigações específicas têm os Estados de assegurar que as pessoas LGBTI privadas de liberdade tenham condições de detenção adequadas às suas circunstâncias particulares.

Destarte, o presente parecer reflete e concretiza a importância da competência consultiva da Corte para o fortalecimento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, pois forneceu orientações importantes para os Estados Americanos, organizações da sociedade civil, advogados e juízes que trabalham na defesa dos direitos das pessoas privadas de liberdade.

5.REFERÊNCIAS:

ASSOCIAÇÃO PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA (APT). Rumo à Proteção Efetiva das Pessoas LGBTI Privadas de Liberdade: Guia de Monitoramento 2019. Disponível em <https://www.apt.ch/es/news_on_prevention/nueva-guia-practica-sobre-la-proteccion-de-las-personas-lgbti-privadas-de-libertad/?l=pt>

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO, Inside the Prisons of Latin America and the Caribbean: A Look at the Other Side of the Bars, Estados Unidos da América, 2019, p. 13, disponível em: <https://publications.iadb.org/es/dentro-de-las-prisiones-de-america-latina-y-el-caribe-una-primera-mirada-al-otro-lado-de-the-bars>.

CIDH. Violência contra Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais nas Américas, OEA/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36, 12 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/violenciapessoaslgbti.pdf>.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS, Comentário Geral Nº 21, 44ª Sessão, ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 em 176, 1992.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS. Albert Womah Mukong v. Camarões, Comunicação No. 458/1991, ONU Doc. CCPR/C/51/D/458/1991 (1994).

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA (CICV) E CENTRO DE INVESTIGAÇÃO E DOCÊNCIA ECONÔMICAS (CIDE), Mulheres e prisões na Colômbia. Desafios para a política criminal a partir de uma perspectiva de gênero, Bogotá, D.C., Colômbia, dezembro de 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília: CNJ, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Mandela: regras mínimas padrão das Nações Unidas para o tratamento de presos. Brasília: CNJ, 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso "Instituto para a Reeducação de Menores" v. Paraguai. Sentença de 2 de setembro de 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH Caso Guachalá Chimbo et al. v. Equador. Sentença de 26 de março de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_423_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados. Parecer Consultivo OC-18/03. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_por.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile. sentença de 24 de fevereiro de 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Azul Rojas Marín e outro v. Peru Sentença de 12 de março de 2020. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Castillo Páez c. Peru. Sentença de 3 de novembro de 1997. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_43_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Chinchilla Sandoval et al. v. Guatemala. Sentença de 29 de fevereiro de 2016. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso de Bedoya Lima et al. v. Colômbia. Sentença de 26 de agosto de 2021. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_431_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso do Complexo Penitenciário do Curado relativo ao Brasil. Medidas provisórias. Despacho da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 28 de novembro de 2018, considerando 88. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso dos Irmãos Gomez Paquiyauri v. Peru. Sentença de 8 de julho de 2004. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Furlan e Parentes v. Argentina. Sentença de 31 de agosto de 2012. Sentença de 8 de julho de 2004. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras. Sentença de 7 de junho de 2003. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_102_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Lagos del Campo v. Peru. Sentença de 31 de agosto de 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_366_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Loayza Tamayo c. Peru. Sentença de 17 de setembro de 1997. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_60_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso López Álvarez v. Honduras. Sentença de 1º de fevereiro de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Montero Aranguren et al. (Catia Hold) v. Venezuela. Sentença de 5 de julho de 2006 . Disponível em:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_150_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Neira Alegría et al. v. Peru. Sentença de 19 de janeiro de 1995. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_29_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Pavez Pavez v. Chile. Mérito, Sentença de 4 de fevereiro de 2022. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_449_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Poblete Vilches et al., c. Chile. Sentença de 8 de março de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Quispialaya Vilcapoma c. Peru. Sentença de 23 de novembro de 2015. Disponível em:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_320_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Vélez Loo v. Panamá. Sentença de 23 de novembro de 2010. Disponível em:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Vera Rojas et al. v. Chile. Sentença de 1º de outubro de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_439_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Vicky Hernández et al. c. Honduras. Sentença de 26 de março de 2021. Disponível em:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Casos Comunidade Xákmok Kásek c. Paraguai. Sentença de 24 de agosto de 2010. Disponível em:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Direitos à Liberdade Sindical, Negociação Coletiva e Greve e Sua Relação Com Outros Direitos, Numa Perspectiva de Gênero. Parecer Consultivo OC-27/21 de 5 de maio de 2021. Disponível em:
https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_esp1.pdf.

_____ (CORTE IDH). Direitos e Garantias de Crianças no Contexto da Migração e/ou em Necessidade de Proteção Internacional. Parecer Consultivo OC-28/21. Disponível em:
https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf.

_____ (CORTE IDH). Identidade de Gênero, Igualdade e Não Discriminação a Casais do Mesmo Sexo. Parecer Consultivo OC-24/17. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME (UNODC), Parecer Técnico Consultivo nº 003/2013, dirigido à Direção Geral do Sistema Penitenciário do Panamá, de 26 de abril de 2013.

_____ (UNODC), Guia Introdutório para a Prevenção da Reincidência e Reintegração Social dos Infratores, 2013.

_____ (UNODC), Manual sobre Presos com Necessidades Especiais, Nova York, 22009. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/MANUAL_RECLUSOS_CON_NECESIDADES_ESPECIALES_1.pdf

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA DO BRASIL, Nota Técnica nº 9/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ, de 8 de agosto de 2021, parágrafo 52.

NAÇÕES UNIDAS, Comitê contra a Tortura, Observações finais do Comitê contra a Tortura sobre a Argentina, 24 de maio de 2017, parágrafo 35;

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), AG/RES. 2807 (XLIII-O/13) Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade e Expressão de Gênero, adotada na quarta sessão plenária, realizada em 6 de junho de 2013, resolução 4.

_____ (OEA), Assembleia Geral, Resoluções intituladas Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero adotadas em 2009 (AG/RES. 2504) e 2010 (AG/RES. 2600).

_____ (OEA), Carta da Organização dos Estados Americanos, 1967.

_____ (OEA), Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, A/HRC/29/23, para. 25, e SPT, Nono Relatório Anual, CAT/C/57/4, supra, para. 59.

Relatório do Perito Independente das Nações Unidas sobre a proteção contra a violência e a discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero, Victor Madrigal-Borloz, A/HRC/41/45, 14 de maio de 2019, n.º 78.

Relatório do Relator Especial contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, Nigel S. Rodley, A/56/156, 3 de julho de 2001.

Relatório do Relator Especial sobre tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, Juan Méndez, A/HRC/31/57,.

TEDH, Processo Alexandru Enache c. Roménia, n.º 16986/12. Sentença de 3 de outubro de 2017.

UNITED NATIONS. Report of the International Conference on Population and Development, Cairo, 5-13 September 1994. New York: United Nations, 1994. (Publication E.95.XIII.18).

MODIFICAÇÕES NA LEI DE INTRODUÇÃO AO DIREITO BRASILEIRO FEITAS PELA LEI Nº 13.655/18

ANNA LUIZA MATTOS DUARTE:

Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais¹⁸⁵.

RESUMO: A Lei nº 13.655/18 introduziu artigos na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro que versam sobre a interpretação e aplicação do Direito Público, impondo às esferas administrativas, controladora e judicial maior responsabilidade ao proferir decisões que envolvem a administração pública. Assim, este trabalho se justifica para melhor compreender as mudanças promovidas, sobretudo no que concerne ao controle do ativismo judicial a partir da exigida fundamentação consequencialista imposta pela nova lei. Buscou-se, na doutrina e em pareceres técnicos emitidos pelos órgãos de controle e pela magistratura, aparato teórico para entender os aspectos controversos da referida norma. Assim, objetiva-se visualizar quais as vantagens da aplicação do diploma legal para o agente investido da competência decisória e para o agente administrador.

Palavras-chave: Direito Público. Interpretação. Segurança jurídica. Fundamentação. Consequencialismo.

ABSTRACT: The Law No. 13.655/18 introduced articles in the Law of Introduction to Brazilian Law that deal with the interpretation and application of Public Law, imposing greater responsibility to the administrative, controlling and judicial spheres when issuing decisions involving the public administration. Thus, this work is justified to better understand the changes promoted, especially with regard to the control of judicial activism from the required consequentialist foundation imposed by the new law. In the doctrine and technical opinions issued by the control organs and the judiciary, the theoretical apparatus was sought to understand the controversial aspects of the referred standard. Thus, the objective is to visualize what are the advantages of applying the legal diploma for the vested agent and the managing agent.

¹⁸⁵ Vencedora do prêmio "Raphael Magalhães e Cândido Neves" que a Faculdade concede ao bacharelado que obtiver a melhor desempenho na disciplina Direito Processual Civil, do ano de 2018, selecionada entre os melhores alunos da disciplina naquele ano. Estágio supervisionado em importantes órgãos da Administração Pública, como na Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, na Defensoria Pública da União e na Procuradoria Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Atualmente, ocupa o cargo de assessoria na Procuradoria de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Penal e Processual Penal, Direito Tributário e Processual Tributário, Direito Civil e Processual Civil. E-mail: annaluzamattos@gmail.com

Keywords: Law no 13.655/18. Interpretation. Legal certainty. Rationale. Consequentialism.

1.INTRODUÇÃO

A judicialização das relações sociais, econômicas e políticas é um fenômeno patente na sociedade atual. A sociedade dirige-se ao judiciário buscando a segurança jurídica da tutela jurisdicional, bem como a satisfação de seus direitos. No desempenho dessa função, entretanto, o poder judiciário tem adotado uma postura proativa, ao determinar soluções para os litígios que extrapolam os limites impostos pela lei, transgredindo a competência constitucionalmente atribuída aquele poder e interferindo de forma determinante na atuação dos demais poderes, sobretudo no que concerne ao Poder Executivo.

A esse fenômeno vem sendo atribuído o nome de decisionismo. A terminologia ganhou notoriedade a partir das lições de Carl Schmitt, que aduz sempre existir uma vontade “acima” da lei posta. Nesse sentido, Cássio Corrêa Benjamin explica que “a Constituição não é o mero conjunto das leis constitucionais, mas o resultado de uma decisão sobre a totalidade da unidade política. [...]” (BENJAMIN, 2016, P.223-224).

Dessa forma, o decisionismo seria uma forma de dizer a jurisdição em que o órgão incumbido de dizer o direito ao caso concreto, escolhe uma norma que entende ser preferível (adequada, por assim dizer) ao caso concreto, fundamentando sua decisão com base nessa norma e justificando o motivo pelo qual a aplicou em detrimento de outras normas jurídicas (BENJAMIN, 2016, P.223-224).

Porém, atualmente, o termo ganhou conotação pejorativa, referindo-se à postura dos agentes incumbidos do poder decisório de ignorar o texto legal, para substituí-lo por sua própria vontade ou interpretação particular dos fatos.

Deve-se, no entanto, ressaltar que o fenômeno decisionista não é limitado ao Poder Judiciário. A postura também é observada em órgãos controladores e até mesmo administrativos, sendo, atualmente, característica comum a todos os órgãos que aplicam e interpretam o direito.

As consequências desse comportamento são experimentadas por toda a sociedade. Por primeiro que enfraquecem o caráter democrático do Estado, na medida em que a vontade dos representantes eleitos é substituída pela vontade do agente investido da competência decisória.

Em uma segunda perspectiva, com enfoque no impacto das decisões no âmbito executivo, observa-se que as deliberações judiciais impõem expressivos ônus ao gestor

público, desconsiderando o planejamento orçamentário, as circunstâncias fáticas vivenciadas por aquele administrador, bem como os limites financeiros daquele ente.

É neste cenário de proatividade descisória, que foi publicada, no ano de 2018, a Lei nº 13.655, que inseriu dez artigos na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB). Referida alteração legislativa é evidente tentativa do legislador de contenção do poder discricionário dos juízes, órgãos controladores e administrativos, quando da aplicação do direito público.

As inovações trazidas pela Lei nº 13.655/18 tratam-se de verdadeira leitura hermenêutica do direito público e, considerando a aplicabilidade dessas normas ao âmbito administrativo, é possível afirmar que as alterações feitas na LINDB possuem grande relevância jurídica e prática.

A lei dividiu a opinião da doutrina. De um lado entendeu-se a legislação como verdadeira afronta e constrangimento à liberdade descisória conferida constitucionalmente aos órgãos judiciais, controladores e administrativos, atribuindo-lhe ônus que não são da sua alçada. De outro lado, a recepção da lei foi feita com entusiasmo, entendendo-a como importante instrumento de contenção do descisionismo e de responsabilização do órgão julgador.

Nesse sentido, a presente pesquisa revela-se importante para sopesar os ganhos e os ônus trazidos pela nova redação da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, além de propor-se a melhor esclarecer os objetivos da inserção dos novos artigos no ordenamento jurídico pátrio, de forma a garantir sua melhor aplicação e interpretação.

Este trabalho será estruturado da seguinte forma: primeiro far-se-á um breve panorama geral das introduções feitas pela Lei nº 13.655/18, utilizando tais informações como marco-teórico da presente análise. Posteriormente, será trabalhado o conceito de segurança jurídica, enaltecendo sua importância para a vida dos jurisdicionados. Depois, após breve explanação sobre a metodologia utilizada, serão discutidos alguns aspectos inerentes as leis, notadamente sua abstração, bem como discutido o problema sintomático enfrentados pelos cidadãos e, sobretudo pelos administradores, quando em litígio: a arbitrariedade descisória. Após análise do problema, será discutida a importância e as vantagens da introdução do art.20 da LINDB no ordenamento jurídico, destacando-o como forma de controle da arbitrariedade descisória e caminho para desenvolvimento do princípio da segurança jurídica.

Dessa forma, pretende-se, ao final, analisar as mudanças inseridas pela Lei 13.655/18, sobretudo no que concerne ao art.20, que trata da fundamentação das decisões. Espera-se, então, entender se as alterações promovidas na LINDB significaram verdadeiro avanço, ao tentar promover um ambiente de menor instabilidade interpretativa para os

agentes, os quais durante muito tempo ficaram reféns do alvedrio do judiciário e dos órgãos de controle, ou se as modificações significam uma tentativa de enfraquecimento do controle por parte dos órgãos incumbidos de dizer o direito.

2.REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

A Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB) foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro a partir do Decreto-lei nº 4.657/42. Neste primeiro momento, apesar da referida legislação ser nomeada como “Lei de Introdução ao Código Civil” (LICC), pode se observar sua intenção de estabelecer princípios gerais que ajudassem o interprete a compreender o sistema jurídico como um todo e aplicá-lo aos casos submetidos à jurisdição, fato que tornou pacífico na doutrina e jurisprudência pátria o entendimento de que a legislação não se limitou seu âmbito normativo ao Direito Privado, possuindo como escopo traçar balizas para aplicação da norma jurídica de forma ampla, seja ela de natureza privada ou pública, motivo pelo qual a legislação é considerada norma de “sobredireito” (GONÇALVES, 2011).

Essa visão expansionista foi confirmada com o advento da Lei n.º 12.376/2010, que alterou a o nome atribuído ao texto legal, que passou a ser nomeado “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” (GONÇALVES, 2011).

A Lei, então, discorre sobre os processos de elaboração, vigência, obrigatoriedade, interpretação, integração, aplicação no tempo e no espaço, da norma jurídica, bem como traz regras relativas ao Direito Internacional Privado e sua compatibilização com o ordenamento jurídico interno (DINIZ, 1997, P. 5).

A mais recente alteração da LINDB ocorreu através da edição da Lei nº 13.655/18, que introduziu na legislação os artigos 20 a 30 (o art.25 foi vetado pelo, então presidente da república, Michel Temer). As normas inseridas versam sobre técnicas interpretativas que devem ser observadas quando da criação e aplicação do Direito Público.

Segundo parecer da Comissão de Justiça e Cidadania, ao incluir os mencionados dispositivos na LINDB, o legislador objetivou:

“Melhorar a qualidade da atividade decisória exercida nos diversos níveis (federal, estados e municípios), dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e dos órgãos autônomos de controle (Tribunais de Contas e Ministério Público) e garantir, com isso, a

eficiência e segurança jurídica na criação, interpretação e aplicação das normas de Direito Público”. (CIDADANIA, 2016. P.1).

Ainda segundo a referida comissão o projeto de lei, de autoria do Senador Antônio Anastasia, baseou-se nos estudos elaborados pelos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, no âmbito da Sociedade Brasileira de Direito Público e da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, que concluíram sobre a necessidade de normas que versem sobre balizas interpretativas a serem adotadas na atividade de regulamentação e aplicação das leis, elevando a segurança jurídica e eficiência da criação e aplicação do Direito Público.

Nesse sentido, os professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto esclareceram sobre os fatores que justificam a necessidade da legislação:

Como fruto da consolidação da democracia e da crescente institucionalização do Poder Público, o Brasil desenvolveu, com o passar dos anos, ampla legislação administrativa que regula o funcionamento, a atuação dos mais diversos órgãos do Estado, bem como viabiliza o controle externo e interno do seu desempenho. Ocorre que, quanto mais se avança na produção dessa legislação, mais se retrocede em termos de segurança jurídica. O aumento de regras sobre processos e controle da administração tem provocado aumento da incerteza e da imprevisibilidade e esse efeito deletério pode colocar em risco os ganhos de estabilidade institucional. (PEREIRA, ANASTASIA, 2015, P.49)

Em síntese, os autores sustentam que a proliferação de leis administrativas, a pretexto de disciplinar e viabilizar o controle dos órgãos do Estado, levou a um cenário de insegurança jurídica. Assim, o objetivo das alterações promovidas na LINDB foi justamente dar previsibilidade e estabilidade decisória, trazendo ao gestor mais segurança jurídica para efetivar políticas públicas.

2.2 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

O princípio da segurança jurídica traduz-se na garantia do jurisdicionado de que as modificações supervenientes que possam a ocorrer na lei não atinjam situações pretéritas consolidadas. A garantia possui previsão constitucional implícita no art.5º da Constituição Federal da República que prevê em seu inciso XXXVI que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (SOUZA, 2010).

Embora o texto constitucional faça menção expressa apenas à lei, é certo que o princípio da segurança jurídica atinge também a interpretação daqueles dispositivos legais,

pois, como visto, apoiado na visão de Carl Schmitt, a lei só tem como fundamento primordial a decisão política do competente que a elege para ser aplicada ao caso concreto (BENJAMIN, 2016, P.223-224).

Referido princípio também deve ser observado no âmbito administrativo e controlador. Nesse sentido a Lei n.º 9.784/99, em seu art. 2º, caput, assevera: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”, o que é reforçado no inciso XIII, do supramencionado artigo: “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação” (SOUZA, 2010).

Dessa forma, o referido princípio impede que o jurisdicionado seja surpreendido por alterações na ordem jurídica posta, seja pela sucessão de leis no tempo, seja pela interpretação dada aquele dispositivo normativo, o que torna inviável a adoção de nova interpretação que prejudique direito já adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada.

A importância do mencionado dispositivo tem amplo reconhecimento na doutrina e jurisprudência pátria. Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que:

O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública. Daí a regra que veda a aplicação retroativa. Isto não quer dizer que a administração não pode realizar novas interpretações, mas apenas que esses novos entendimentos que, por ventura, possam gerar um dessabor ao administrado, não podem retroagir para afetar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, sob pena de se instaurar uma enorme insegurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, cumpre salientar que o princípio da segurança jurídica é aplicado com base na boa-fé daquele que se beneficia, não podendo eles se beneficiarem da própria torpeza. Portanto, caso a administração mude de posicionamento, não poderá ela alegar a

mudança de posicionamento para retirar algum benefício anteriormente concedido. (DI PIETRO, 2014, p. 86)

Diante todo o exposto, observada a garantia fundamental relativa à segurança jurídica, enunciada tanto pela Constituição da República quanto pelas supramencionadas leis, bem como pela doutrina, passa-se à análise das alterações realizadas pela Lei n.º 13.655/18 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, sobretudo no que concerne ao artigo 20, de caráter eminentemente hermenêutico, que traz a exigência de justificar a necessidade, a adequação e de medir as consequências práticas das decisões tomadas nas esferas judiciais, administrativas e controladoras.

3.A ABSTRAÇÃO DAS LEIS

Como expõe Marçal Justen Filho (2018), a concepção mecanicista, que defende a ideia de que todas as soluções para as controvérsias fáticas experimentadas pela sociedade encontram um correspondente legal, não mais se sustenta por apresentar viés idealista e inalcançável.

A concepção realista, no entender deste mesmo autor (FILHO, 2018, P.16), reconhece que a lei consagra “conjunto de padrões abstratos” que não indica solução para todos os casos concretos. Exigem-se, assim, escolhas fundamentadas a serem realizadas pelo sujeito investido da competência decisória, orientando-se pelas normas gerais e abstratas previstas na legislação.

Sobre a dificuldade de aplicação de normas gerais e abstratas Marçal Justen Filho assim expõe:

“(...) Essa dificuldade decorre da pluralidade possibilitada pelas normas gerais a serem aplicadas. A autoridade investida da competência para aplicar a norma de hierarquia superior tem o dever de adotar a solução mais compatível com o conjunto do ordenamento jurídico. No entanto, é muito problemático determinar, em cada caso, qual seria a solução mais satisfatória (...)”. (FILHO, 2018, P. 17).

Nessa senda, não se pode negar que a Ciência Jurídica é ramo marcado pela indeterminação, notadamente por grande parte do ordenamento ser composto por normas gerais e abstratas. A este fato podem ser atribuídas diversas causas.

Sob o aspecto histórico, observa-se que a consagração dos governos democráticos estabeleceu um aumento de representatividade no parlamento, fazendo com que ficasse mais difícil estabelecer consensos sobre determinadas matérias. A solução foi o estabelecimento de normas gerais e abstratas, sobre as quais era mais fácil formar um

consenso (FILHO, 2018, 18). Isto porque, a norma jurídica geral e abstrata é aquela que compreende diversas interpretações hermenêuticas, possibilitando que diversas soluções jurídicas possam ser construídas a partir da mesma norma, satisfazendo interesse de vários setores sociais.

Inclusive, o professor Edilson Vitorelli aduz que a introdução de valores jurídicos abstratos e normas gerais na Carta Constitucional foi escolha consciente do legislador constituinte, que buscou dar "*abertura semântica aos direitos fundamentais e permitir que o sistema de direitos que se implementava tivesse efetividade*". (VITORELLI, 2018, P.5). Trata-se, assim, de verdadeira hermenêutica constitucional, comum às constituições ecléticas¹⁸⁶ e dirigentes¹⁸⁷.

A indeterminação também se deve ao fato de o Direito ser ciência vinculada às transformações sociais. Assim, a edição de normas gerais foi a saída encontrada para evitar a "obsolescência do Direito", nos termos de Marçal Justen Filho (2018), uma vez que sua consciente "lacuna interpretativa" permite ao intérprete adequar aquela norma a realidade fática experimentada pela sociedade, evitando a proliferação de inúmeros processos legislativos para tentar acompanhar as mudanças sociais.

Considerando este aspecto, o que as alterações da Lei 13.655/18 buscaram não foi eliminar esse grau de flexibilidade ou variabilidade, eis que estes não poderiam ser eliminados por qualquer método interpretativo, porque sempre haverá lugar para interpretação no Direito, mas sim apresentar balizas para que essas normas gerais sejam aplicadas, sobretudo considerando as circunstâncias fáticas e realidade de cada gestor.

4. DECISÕES ARBITRÁRIAS

Não raro observam-se casos em que, embora se tratem de situações semelhantes, recebem respostas diferentes quando submetidos ao crivo judicial ou a órgãos de controle. Igualmente, também são comuns a aplicações de sanções a atos que foram feitos conforme o entendimento dominante à época: com a alteração do entendimento da corte ou do órgão de controle os atos são reputados errôneos, mesmo que realizados em conformidade a entendimento ulterior (atual na época do ato).

Algumas decisões proferidas no âmbito dos Tribunais Superiores podem ser utilizadas para melhor demonstrar essa situação.

¹⁸⁶ Refere-se às Constituições dogmáticas que se fundam em várias ideologias.

¹⁸⁷ Refere-se às Constituições caracterizadas pela existência, em seus textos, de normas programáticas, dirigindo a atuação futura dos órgãos governamentais.

Cite-se, por exemplo, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/SP, em que o Tribunal passou a admitir a execução provisória da pena após a confirmação da condenação pela segunda instância. Sem adentrar ao mérito da discussão, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia e Diogo Bacha e Silva, assim identificam o fenômeno descisionista, marcado pela arbitrariedade descisória:

“O recente caso da oscilação jurisprudencial no caso da relativização da presunção de inocência bem demonstra o casuismo judicial ao sabor da vontade dos julgadores. Pois bem, em 17 de Fevereiro de 2016, o STF proferiu julgamento no HC 126.292 modificando a jurisprudência do próprio STF no julgamento do HC 84.078/MG realizado em 05/02/2009. [...] O julgamento pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/SP, sem mesmo qualquer circunstância relevante ou alteração interpretativa, admite a execução provisória da condenação penal quando pendente análise das vias extraordinárias, sem que, de acordo com o entendimento do STF, se tenha como vulnerado a presunção de inocência [23]. Importa salientar que o STF não enfrentou as teses expostas no julgado anterior para mostrar que ou houve alteração da Constituição ou que a interpretação anterior estava errada (e o porquê). [...] No entanto, menos de 1 (um) ano após a formação do entendimento, o Min. Gilmar Mendes que, antes acompanhava a maioria, em decisões liminares, citando-se as proferidas no HC 142.173/SP, 23.05.2017, HC 146.818, 18/09/2017, passou a entender que a execução antecipada da pena deve aguardar o julgamento do Recurso Especial no STJ, não sendo permitida após a apreciação da apelação ordinária. Qual será que foi a razão pela qual o Ministro Gilmar Mendes modificou o entendimento que ele mesmo albergou no julgamento do HC 126.292 que, por sinal, foi contrário ao que ele mesmo proferiu no julgamento do HC 84.078? Será que em 1 (um) ano houve modificações nas circunstâncias fáticas que alteraram a interpretação da Constituição? [...] As decisões supramencionadas do Min. Gilmar Mendes em nenhum momento expõem argumentativamente as razões pelas quais o fundamento da decisão no HC 126.292 era injusto ou inadequado de acordo com a integridade do Direito e, portanto, precisaria ser superado. Também, em virtude do pouco tempo decorrido entre a decisão firmada pelo STF que permitiu a execução antecipada da pena e a liminar que impede a execução antes da análise de recurso especial pelo STJ, não houve modificações nas circunstâncias fáticas ou, então, na própria interpretação do Direito de modo que fosse adequado a superação

silenciosa. Em verdade, a modificação do entendimento pelo Min. Gilmar Mendes advém de um arbítrio interpretativo, incongruente com a exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais e com a própria segurança jurídica, e demonstra a faceta casuística do exercício do poder jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, longe de adotar um modelo de precedentes exigidos normativamente pelo CPC/2015. As exigências de estabilidade, coerência e integridade do art. 926 do CPC são consequência de se levar a sério o contraditório e a ampla defesa (arts. 7º a 10) e a fundamentação das decisões (art. 489, §§1º e 2º), e, logo, condição de possibilidade/sentido para a lista de “precedentes vinculantes” do art. 927. [26] Se um Tribunal não consegue ser coerente com seus próprios precedentes, como se espera que todo o sistema funcione? Mais, se há decisões contraditórias sem que seja feita a devida “superação”/“distinção” e se isso ocorre com inquietante frequência, como identificar qual a “ratio decidendi” está sendo ofertada pelo Tribunal? Qual a força argumentativa proporcionada por decisões da mais alta Corte se as mesmas nem de longe se colocam como uma interpretação construtiva do Direito (no sentido dado por DWORKIN, 2014)?”(BAHIA, SILVA, 2017, p.1)

Outras decisões impactam de forma ainda mais direta o Poder Executivo, impondo-lhe ônus não previstos em seu orçamento originário.

Exemplo interessante ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 956475/ RJ. No caso, Supremo Tribunal Federal determinou que o Município de Volta Redonda (RJ) matriculasse uma criança de quatro anos em creche pública. Para o relator, Min. Celso de Mello, o artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal (CF) determina que a educação infantil representa prerrogativa indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e, também, o acesso à pré-escola.

Confira-se a ementa do julgado:

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE MUNICIPAL. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO,

NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO. A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. – A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e, também, o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). – Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. – A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. – Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. – Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e de executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas

implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina. DECISÃO: O presente recurso extraordinário foi interposto contra acórdão que, confirmado em sede de embargos de declaração pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, está assim ementado: “Constitucional. Administrativo. Mandado de Segurança. Pretensão de matrícula em creche da rede pública municipal. Menor que figura em lista de excedentes. Alegação de ofensa ao regramento constitucional e do Estatuto do Menor. Segurança deferida. Apelação do Município. Decadência. Inocorrência. Aplicação do disposto no art. 23 da Lei nº 12.016/2009. Demanda ajuizada quando não ultimado o prazo decadencial de 120 dias contados a partir da ciência da autora quanto à recusa manifestada pelo Município. Prejudicial que se afasta. Violação ao princípio da adstrição. Possibilidade de matrícula da menor em estabelecimento próximo ao endereço profissional de sua representante legal. Medida estabelecida em decisão interlocutória que restou irrecorrida. Inexistência de prejuízo ao ente público. Tese que se rejeita. Mérito. Creche. Pré-escolas. Opção do legislador constitucional originário, obrigando os entes políticos a adoção destas medidas. Ofensa a direito líquido e certo que se reconhece e se desprestigia. Inteligência dos arts. 205, 208, IV e 211, § 2º, todos da CF/88. Legislação infraconstitucional voltada no mesmo sentido. Art. 4ª do ECA. Precedente do STJ. Exercício deste direito, contudo, que deve ser subordinado ao princípio da isonomia. Direito social vindicado que, em seu exercício, não podendo se constituir em privilégio imotivado a uns em detrimento de outros. Obrigação do Município em promover a inclusão dos integrantes da lista de excedentes que precedem a Impetrante que se reconhece como pré-condição indispensável para a efetividade do comando judicial, pena de ofensa a princípio constitucional. Sentença que se modifica, ‘ex officio’, nesta parte. Reexame necessário. Isenção ao pagamento das custas processuais que restou corretamente reconhecida. Taxa judiciária. Inteligência da Súmula nº 145 desta E. Corte. Ausência de condenação ao pagamento de honorários advocatícios. Inteligência da Súmula nº 512 do E. STF. Apelo voluntário que se rejeita. Sentença modificada, parcialmente, de

ofício. Manutenção do restante da mesma em sede de reexame necessário. " (grifei) A recorrente – que é menor absolutamente incapaz, ora representada por sua mãe – sustenta que o acórdão impugnado teria transgredido os preceitos inscritos nos arts. 205, 208, IV, 211, § 2^a e 227, todos da Constituição da República. O exame desta causa convence-me da inteira correção dos fundamentos, que informam e dão consistência ao recurso extraordinário em questão. É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação – que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV, e 227, "caput") – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (ou dimensão) (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num "facere" ou em um "praestare", pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, "às crianças até 5 (cinco) anos de idade" (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006). O eminente e saudoso PINTO FERREIRA ("Educação e Constituinte", "in" Revista de Informação Legislativa, vol. 92, p. 171/173), ao analisar esse tema, expende, sobre ele, magistério irrepreensível: "O Direito à educação surgiu recentemente nos textos constitucionais. Os títulos sobre ordem econômica e social, educação e cultura revelam a tendência das Constituições em favor de um Estado social. Esta clara opção constitucional faz deste ordenamento econômico e cultural um dos mais importantes títulos das novas Constituições, assinalando o advento de um novo modelo de Estado, tendo como valor-fim a justiça social e a cultura, numa democracia pluralista exigida pela sociedade de massas do século XX. " (grifei) Para CELSO LAFER ("A Reconstrução dos Direitos Humanos", p. 127 e 130/131, 1988, Companhia de Letras), que também exterioriza a sua preocupação acadêmica sobre o tema, o direito à educação – que se mostra redutível à noção dos direitos de segunda geração (ou de segunda dimensão) – exprime, de um lado, no plano do sistema jurídico-normativo, a exigência de solidariedade social, e pressupõe, de outro, a asserção de que a dignidade humana, enquanto valor impregnado de centralidade em nosso ordenamento político, só se afirmará com a expansão das liberdades públicas, quaisquer que sejam as dimensões em que estas se projetem: "(...) É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo

'welfare state', são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva 'ex parte populi', entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo (...)." (grifei) O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil – ainda mais se considerado em face do dever que incumbe ao Poder Público de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de atendimento, em creche e pré-escola, às crianças de até cinco anos de idade (CF, art. 208, IV) – não podem ser menosprezados pelo Estado, "obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil em sua área de competência" (WILSON DONIZETI LIBERATI, "Conteúdo Material do Direito à Educação Escolar", "in" "Direito à Educação: Uma Questão de Justiça", p. 236/238, item n. 3.5, 2004, Malheiros), sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípuo destinatário. Cabe referir, novamente, neste ponto, outra observação de PINTO FERREIRA ("Educação e Constituinte" "in" Revista de Informação Legislativa, vol. 92, p. 171/173), quando adverte – considerada a ilusão que o caráter meramente retórico das proclamações constitucionais muitas vezes encerra – sobre a necessidade de se conferir efetiva concretização a esse direito essencial, cuja eficácia não pode ser comprometida pela inação do Poder Público: "O direito à educação necessita ter eficácia. Sendo considerado como um direito público subjetivo do particular, ele consiste na faculdade que tem o particular de exigir do Estado o cumprimento de determinadas prestações. Para que fosse cumprido o direito à educação, seria necessário que ele fosse dotado de eficácia e acionabilidade (...)." (grifei) O objetivo perseguido pelo legislador

constituente, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis – notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola –, traduz meta cuja não realização qualificar-se-á como censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público. Ao julgar a ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, proferi decisão assim ementada (Informativo/STF nº 345/2004): “ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).” Salientei, então, em tal decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam – enquanto direitos de segunda geração (como o direito à educação, p. ex.) – com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO). É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 75/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO), o Supremo Tribunal Federal: “DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES

DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. – O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um 'facere' (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse 'non facere' ou 'non praestare', resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. – A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) – que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Impende assinalar, contudo, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura

constitucional, como sucede na espécie ora em exame. Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (LUÍS FERNANDO SGARBOSSA, “Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos”, vol. 1, 2010, Fabris Editor; STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245/246, 2002, Renovar; FLÁVIO GALDINO, “Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos”, p. 190/198, itens ns. 9.5 e 9.6, e p. 345/347, item n. 15.3, 2005, Lumen Juris), notadamente em sede de efetivação e implementação (usualmente onerosas) de determinados direitos cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe-lhe e dele exige prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004). Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta observação de REGINA MARIA FONSECA MUNIZ (“O Direito à Educação”, p. 92, item n. 3, 2002, Renovar), cuja abordagem do tema – após qualificar a educação como um dos direitos fundamentais da pessoa humana – põe em destaque a imprescindibilidade de sua implementação, em ordem a

promover o bem-estar social e a melhoria da qualidade de vida de todos, notadamente das classes menos favorecidas, assinalando, com particular ênfase, a propósito de obstáculos governamentais que possam ser eventualmente opostos ao adimplemento dessa obrigação constitucional, que “o Estado não pode se furtar de tal dever sob alegação de inviabilidade econômica ou de falta de normas de regulamentação” (grifei). Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a educação infantil – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 208, IV) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município (CF, art. 211, § 2º), disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, como adverte, em ponderadas reflexões, a ilustre magistrada MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA, em obra monográfica dedicada ao tema ora em exame (“A Educação como Direito Fundamental”, 2003, Lumen Juris). Cabe referir, ainda, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a advertência de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Subprocuradora Geral da República (“Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público”, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo magistério, a propósito da limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, assinala: “Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer. Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social. Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e

conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração. As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.” (grifei) Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios – que atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se de atendimento das crianças em creche e na pré-escola (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. As razões ora expostas convencem-me, portanto, da inteira procedência da pretensão recursal deduzida pela recorrente, seja em face das considerações que expendeu no recurso extraordinário, seja, ainda, em virtude dos próprios fundamentos que dão suporte a diversas decisões sobre o tema em análise, já proferidas no âmbito desta Suprema Corte (AI 455.802/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – AI 475.571/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – ARE 698.258/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – RE 401.673/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 410.715- -AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 411.518/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 436.996/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 463.210-AgR/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – RE 464.143-AgR/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE – RE 592.937-AgR/SC, Rel. Min. CEZAR PELUSO – RE 909.986/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 919.489/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, v.g.): “CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA – SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA – LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS ‘ASTREINTES’ CONTRA O PODER PÚBLICO – DOCTRINA – JURISPRUDÊNCIA – OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS –

EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO – INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS ‘ESCOLHAS TRÁGICAS’ – RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL – PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA – QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRINCÍPIO ‘JURA NOVIT CURIA’ – INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.” (ARE 639.337-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO) Cumpre destacar, neste ponto, por oportuno, ante a inquestionável procedência de suas observações, a decisão proferida pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO (RE 431.773/SP), no sentido de que, “Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças (...). O Estado – União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios – deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa” (grifei). Isso significa, portanto, considerada a indiscutível primazia reconhecida aos direitos da criança e do adolescente (ANA MARIA MOREIRA MARCHESAN, “O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa”, “in” RT 749/82-103), que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a

educação infantil, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Município (CF, art. 211, § 2º), da norma inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania e que é, no contexto que ora se examina, o direito à educação, cuja amplitude conceitual abrange, na globalidade de seu alcance, o fornecimento de creches públicas e de ensino pré-primário “às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006). Vale acentuar, finalmente, no tocante à alegada violação ao princípio da isonomia, em que se fundamentou o acórdão ora recorrido, que o Ministério Público Federal, ao opinar sobre essa questão, corretamente destacou, em seu douto parecer, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. ODIM BRANDÃO FERREIRA, passagem a seguir reproduzida, que bem revela a legitimidade da pretensão recursal ora em exame: “O argumento da isonomia não se presta ao caso por redundar em afastar, de forma completa, a eficácia e a busca da efetividade do direito previsto constitucionalmente. Como não há discricionariedade do administrador, a omissão nesses casos já não se encerra no âmbito de discricionariedade, mas passa a representar violação dos mencionados direitos subjetivos. Disso decorre a ilegitimidade do condicionamento do direito à observância de lista de excedente, que nem sequer poderia existir.” (grifei) Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, dou provimento ao presente recurso extraordinário (CPC/15, art. 932, VIII, c/c o RISTF, art. 21 § 1º), em ordem a restabelecer a sentença proferida pelo ilustre magistrado estadual de primeira instância. Publique-se. Brasília, 12 de maio de 2016. Ministro CELSO DE MELLO Relator (RE 956475, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 12/05/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16/05/2016 PUBLIC 17/05/2016)

O que se observa da decisão acima relatada é que o Min. Relator sopesou ser a educação um direito fundamental de segunda geração cujo adimplemento impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva: a criação de condições objetivas que propiciem aos titulares do direito o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola.

O Ministro ainda destacou que esse direito fundamental não pode ser comprometido pela inação do Poder Público, considerando sua não realização como “censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público”.

Deve-se ressaltar que no voto, o Ministro Celso de Mello, afirma que, conforme registrado no exame da ADPF 45/DF, “não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário a atribuição de formular e de implementar políticas públicas” pois esse encargo incumbe precipuamente aos Poderes Legislativo e Executivo.

Porém, o julgador destaca que “tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais”, o que justificaria a decisão impositiva.

Não se pode negar que o acesso à educação infantil representa garantia constitucionalmente assegurada a todos os brasileiros. Porém, a decisão não considerou o impacto dessa jurisprudência para a economia do município, que agora deverá arcar com o custo de matrícula, infraestrutura, manutenção, profissionais capacitados e tantos outros para cumprir a decisão. Dessa forma, é inegável o alto impacto da decisão no orçamento municipal.

Embora o voto tenha feito constar que a decisão significaria impacto econômico relevante na economia local, o Min. Relator asseverou que na hipótese deve-se prestigiar o direito à educação em detrimento do princípio da reserva do possível¹⁸⁸.

Assim, o referido julgamento é um bom exemplo de decisão em que um valor jurídico abstrato, qual seja o direito fundamental a educação, foi utilizado para impor ao Poder Público, sem que fosse feita, de fato, uma análise prévia de quais serão as consequências práticas dessa decisão. Não consta da decisão qualquer referência ao orçamento municipal e ao custo desse direito constitucionalmente previsto aos cofres públicos. Também não foi dado ao município prazo para que ele efetivasse a medida. Todos esses aspectos demonstram que, ao final, não foram consideradas as consequências práticas daquela decisão.

188 Segundo Ana Paula de Barcellos, a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. A reserva do possível significa traduz-se na ideia do que se pode exigir judicialmente do Estado, devendo sopesar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

Igualmente ocorreu no RE 429903/RJ, em que o Governo Estadual do Rio de Janeiro foi condenado a manter estoque mínimo de medicamento utilizado no combate da Doença de Gaucher (moléstia genética rara relacionada com o metabolismo dos lipídeos), de modo a evitar novas interrupções no tratamento (STF. 1ª Turma. RE 429903/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 25/6/2014).

No mesmo sentido o Estado de São Paulo foi condenado pela Suprema Corte a garantir o direito a acessibilidade em prédios públicos, notadamente impôs que o ente realize reformas e adaptações necessárias na Escola Estadual Professor Vicente Teodoro de Souza, em Ribeirão Preto para garantir a acessibilidade de alunos deficientes. Deve-se destacar que nesse caso o Min. Marco Aurélio afirmou que embora se trate de decisão dirigida a escola específica "a decisão vai se irradiar alcançando inúmeros prédios públicos" (STF. 1ª Turma. RE 440028/SP, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 29/10/2013).

Dessa forma, observa-se que a arbitrariedade e o decisionismo são aspectos comumente observados na jurisprudência pátria, o que inclui também os Tribunais Superiores – o que é ainda mais grave, uma vez que estes tribunais encontram-se distantes das realidades experimentadas pelos entes e administradores públicos e não tem ferramentas aptas a analisar o consequencialismo de suas decisões.

5.ATIVISMO JUDICIAL E ARBITRARIEDADE DESCISÓRIA

Como observado, não são isolados os exemplos de ativismo judicial (considerando assim as vezes que o poder judiciário fez as vezes de poder legislativo/executivo) ou arbitrariedade descisória (referindo-se aos casos em que o julgador decidiu de forma alheia ao preceito legal). Edilson Vitorelli atribui esse ativismo ou arbitrariedade à existência de valores abstratos previstos na Constituição Federal que precisam ser densificados pelo operador do Direito, dando concretude e eficácia a direitos constitucionalmente previstos:

Aliás, em realidade, são os valores abstratos que mais demandam a intervenção judicial. Aqueles cuja atuação está minudenciada em lei, via de regra, não ensejam maior litigiosidade. O problema está, precisamente, em concretizar direitos em relação aos quais não há norma infraconstitucional regulamentadora. Ou seja, direitos abstratamente garantidos na Constituição. E, quanto a eles, há, não apenas possibilidade, mas dever de atuação do juiz e do controlador. E isso o Supremo Tribunal Federal já reconheceu e reafirmou, há pelo menos duas décadas. Em conclusão, é inarredável a violação deste dispositivo a todo o teor do art. 5º da Constituição e, de modo especial, ao seu § 1º, que determina que "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" estabelecendo, assim, um dever de concretização dos direitos

fundamentais para todas as autoridades estatais, de todas as esferas. (VITORELLI, 2018, P.6-7)

Entretanto, esses casos não se tratam de reflexos da indeterminação do direito, mas sim da ausência de hermenêutica previamente estabelecida: o julgador, antes de decidir, tem de saber o que (quais os parâmetros) irá ponderar para julgar o caso concreto e aplicar-lhe a lei e/ou consequências cabíveis.

Sobre esse aspecto, Marçal Justen Filho aduz que o problema está no “simplismo” descisorio, assim fundamentando:

“(…) Diante da dificuldade do caso, pode ocorrer de a autoridade optar por uma decisão superficial, que não reflete a complexidade do problema, nem traduz uma avaliação efetiva quanto à solução mais adequada. É nesse sentido que Carlos Ari Sundfeld aludiu à “preguiça” do agente investido da competência descisória, numa linguagem provocativa. Trata-se não necessariamente de uma ausência de dedicação do agente estatal, mas também de uma espécie de ceticismo quanto à viabilidade ou utilidade de aprofundamento. A decisão simplista supera a controvérsia mediante invocação de normas abertas – tão abertas que poderiam conduzir a conclusões até opostas àquela efetivamente adotada” (FILHO, 2018, P. 22).

Os efeitos práticos dessas decisões seriam, em primeiro lugar, é a hipertrofia do controle, que, a pretexto de interpretar a lei, acabam por usurpar a competência descisória de assuntos que seriam de exclusiva alçada do Poder Executivo, que conhece as peculiaridades e necessidades da população, bem como suas limitações orçamentárias. Em segundo lugar, levariam ao engessamento da atividade do gestor, que se apequena temendo a responsabilizações imprevisíveis perante os órgãos de controle. Por fim, criaria-se cenário de extrema insegurança jurídica, o que compromete o exercício da função pública e do desenvolvimento local, regional e nacional.

Diferentemente, a consultoria jurídica do Tribunal de Contas da União (2018), com base no Relatório de Políticas e Programas de Governo (RePP)189, defendeu que a inegável

189 Segundo o parecer da consultoria jurídica do Tribunal de Contas da União o Relatório de Políticas e Programas de Governo, desenvolvido em cumprimento ao disposto no art. 123 da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) de 2018, apresenta como achado fundamental a existência de déficits institucionais de governança e de gestão da Administração Pública Federal que produzem ineficiências generalizadas no gasto público federal.

ineficiência, a paralisia e a insegurança jurídica estão dentro da própria Administração Pública, não podendo ser esses inconvenientes serem imputados aos órgãos controladores, que, ao contrário, atuam para coibir esses desvios, assim informando:

“(...) As ineficiências apontadas no relatório implicam consideráveis desperdícios e desvios sistêmicos na aplicação dos recursos públicos federais. Com base na análise dos achados consolidados, concluiu-se que os referidos déficits institucionais, se não corrigidos, são capazes de perenizar a baixa eficácia dos bens e serviços públicos ofertados pelo Estado, que têm sido percebidos pela sociedade, em regra, como inadequados e de pouca qualidade. No tocante aos problemas estruturantes na Administração Pública Federal, verificou-se a existência de falhas na estratégia do Estado, como ausência de plano de longo prazo, fragilidades do Plano Plurianual (PPA), ausência generalizada de planos estratégicos institucionais e falta de uniformidade e padronização dos planos nacionais setoriais, que dificultam o desenvolvimento sustentável de políticas e programas públicos e prejudicam a efetividade das ações governamentais. Além disso, o relatório afirma que a baixa capacidade do Estado em planejar e coordenar as diversas políticas públicas tem levado ao aumento do risco de desperdício de recursos, do comprometimento de resultados e da baixa qualidade dos serviços à população. Ademais, existem impropriedades na Governança Orçamentária do país que comprometem a alocação efetiva e eficiente do gasto público. Outra questão importante apontada foi a ineficiência dos mecanismos de monitoramento e avaliação governamental e gestão de riscos, que, respectivamente, dificultam o acompanhamento e aferição de resultados e impedem o alcance dos objetivos almejados. Um segundo achado do trabalho se refere à constatação de que problemas de gestão e governança do Centro de Governo refletem-se quase que simetricamente nas políticas e programas selecionados para análise do relatório e, em ambos os casos, não se tem logrado êxito em transformar de forma coerente, sustentável ou razoável os problemas nacionais relevantes (...)”. (UNIÃO, 2018, P.9)

Deve-se esclarecer, no entanto, que a Lei nº 13.655/18 não nega a contribuição da administração pública para os problemas mencionados. O dever de coibir a ineficiência, paralisia e insegurança jurídica é função dos três poderes, sendo que cada um deles deve atuar, estritamente, no seu âmbito de competências.

Inclusive, a mencionada lei dispõe que a necessidade de fundamentação consequencialista é imposta às esferas administrativa, controladora e judicial. Ou seja, a todos os poderes é defeso decidir fora destes parâmetros, o que inclui o Poder Executivo, devendo, por óbvio o gestor analisar as consequências de suas escolhas e as possíveis alternativas aplicáveis em cada caso.

Conclui-se que, o que se espera dos órgãos controladores e judiciais, não é sua inatividade ou a paralisação e engessamento das atividades que lhe são típicas, mas sim que estes, ao fazê-las, observem determinados vetores instituídos pela lei, notadamente a análise do impacto de suas decisões.

6.O ARTIGO 20 DA LEI DE INTRODUÇÃO AO DIREITO BRASILEIRO MODIFICADO PELA LEI 13.655/18 E A TENTATIVA DE CONTROLE DAS DECISÕES ARBITRÁRIAS – a exigência de justificar a necessidade, a adequação e de medir as consequências práticas das decisões.

O artigo 20 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro possui a seguinte redação:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Conforme se depreende da leitura do dispositivo, é patente a intenção do legislador em estabelecer a necessidade de que as decisões (nas esferas controladora, administrativa e judicial) sejam devidamente fundamentadas, ressaltando a necessidade de uma análise consequencialista daquela. Visam, portanto, reduzir possíveis práticas que resultem em insegurança jurídica no desenvolvimento estatal (FILHO, 2018, 15).

O Decreto 9.830/2019, sob o intento de regulamentar os novos dispositivos inseridos na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (que sofreram críticas pela sua subjetividade e abstração)¹⁹⁰, estabeleceu critérios mais precisos para identificar-se quando será considerada motivada uma decisão, assim dispondo em seu art.2º:

¹⁹⁰ Segundo nota técnica das 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª e 7ª Câmaras de Coordenação e Revisão e da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão pelo veto integral ao PL 7448/2017 do Ministério Público Federal.

Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 1º A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa.

§ 2º A motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram.

§ 3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão.

Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão.

§ 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.

§ 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade.

Assim, reputa-se fundamentada uma decisão quando apresentar a exata subsunção do fato à norma podendo, para tal, basear-se na doutrina, jurisprudência, pareceres técnicos, dentre outras fontes do Direito. Ademais, quando o decisor utilizar-se de valores jurídicos abstratos deve-se apontar quais as consequências práticas daquela decisão, sobretudo em face das possíveis alternativas.

O ponto, porém, é merecedor de críticas por parte dos órgãos jurisdicionais e de controle.

O Tribunal de Contas da União, em Parecer ao Projeto de Lei nº 7.448/2017 (2018), entendeu que o mencionado dispositivo obriga o órgão a decidir com elementos que não estão nos autos, exigindo que ele conheça profundamente a realidade de cada órgão e entidade pública por completo para que preveja alternativas possíveis para solução de cada caso.

O ente controlador ainda aduz inconstitucionalidade do referido dispositivo, entendendo que a Constituição Federal impôs ao agente investido da competência decisória o ônus de comprovar que sua decisão levou em consideração todas as alternativas possíveis, ônus este anteriormente pertencente ao administrador que, inclusive, deveria ser desincumbido antes mesmo da prática do ato.

Nesse sentido:

“(…) Além disso, esse dispositivo inverte o ônus da prova, que originariamente é do administrador público, em decorrência do disposto no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, segundo o qual “Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”. Isso porque o dever de demonstrar as alternativas possíveis é do agente público que pratica o ato posteriormente invalidado. E o administrador deve cumprir esse dever antes da prática do ato, exatamente para se certificar de que, analisadas as “possíveis alternativas”, ele faz a melhor escolha (...)”. (UNIÃO, 2018, P.14).

Igualmente, o Ministério Público Federal, quando da análise do projeto de lei que resultou na norma em comento (Projeto de Lei nº 7.448/2017), argumentou que a lei influi profundamente na motivação do ato judicial e, por conseguinte, afeta diretamente o princípio da persuasão racional, o que caracteriza ingerência indevida na atuação do poder judiciário no exercício de sua função típica.

No que concerne especificadamente ao art.20, entendeu que o dispositivo possui constitucionalidade duvidosa, por negar a possibilidade de decisão baseada em princípios, recusando-se a reconhecer a força normativa dessa fonte do Direito. Por fim, a Câmara de Coordenação e revisão da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, responsável pela elaboração do referido parecer, defende que a disposição impõe que o magistrado substitua o gestor em suas funções, atuando como “consultor jurídico”, ao atribuir a ele o dever de pensar alternativas possíveis àquela tomada, assim manifestando-se:

“Resultado dessa situação esdrúxula seria o desvirtuamento da função judicial, por exemplo, para atividade de consultoria do administrador, perscrutando alternativas e consequências em seu benefício. Um e outras devem ser buscadas e/ou suportadas pelo gestor, que deixou de adotar as cautelas necessárias para evitar que o ato viesse a ser invalidado” (FEDERAL, 2018, P.5).

Sob outro aspecto, a nota técnica conjunta do Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Contas e da Associação Nacional do Ministério Público de Contas, ainda aduz que a cláusula “abriria espectro recursal extremamente amplo e desarrazoado, pois sempre permitiria às partes contestar as decisões no caso de uma das eventuais e infinitas alternativas não ter sido contemplada e ponderada pelo juízo decisório” (CONTAS, 2018, P.1).

A análise dos referidos órgãos, entretanto, parece equivocada. Em nenhum momento pretendeu-se que o julgador decida com base em elementos não contidos nos autos. Buscou-se, em outra leitura, impor ao julgador a análise consequentialista da sua decisão, com base em elementos trazidos pelas partes, conforme reforçam os §2º e §3º do art.2º do Decreto 9.830/2019.

Esse aspecto, inclusive, limita a recorribilidade infinita das decisões, pois o agente investido da competência decisória julgará o processo no estado em que se encontrar, observando as alternativas arguidas pelas partes e as circunstâncias fáticas daquele momento em específico.

Ademais, o referido decreto também deixa claro que “o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos” (art.3º, §2º), ou seja, o que requer é que se aponte o maior número de consequências práticas que possa vislumbrar, mediante as provas e documentos trazidos pelas partes, sem que isso signifique, contudo, que outras alternativas não possam ser cogitadas e que não foram mencionadas (CAVALCANTE, 2019, P.1).

Como bem esclarecem os autores do projeto que deu origem ao dispositivo questionado, o que se espera é o exercício responsável da função judicante do agente estatal (NETO, ca. 2018).

A propósito, assim justifica-se:

“(…) Veda, assim, motivações decisórias vazias, apenas retóricas ou principiológicas, sem análise prévia de fatos e de impactos. Obriga o julgador a avaliar, na motivação, a partir de elementos idôneos

coligidos no processo administrativo, judicial ou de controle, as consequências práticas de sua decisão. E, claro, esse dever se torna ainda mais importante quando há pluralidade de alternativas. Quem decide não pode ser voluntarista, usar meras intuições, improvisar ou se limitar a invocar fórmulas gerais como 'interesse público', 'princípio da moralidade' e outras. É preciso, com base em dados trazidos ao processo decisório, analisar problemas, opções e consequências reais. Afinal, as decisões estatais de qualquer seara produzem efeitos práticos no mundo e não apenas no plano das ideias (...)" (NETO, ca. 2018, P.4).

Como já ressaltado, a Ciência Jurídica é marcada pela imprecisão. Isso decorre da impossibilidade fática do legislador antecipar todas as particularidades dos casos que se pretendeu regular.

Nesse sentido, Flávio Henrique Unes Pereira destaca que "a inteligência e o tempo do legislador são finitos", e por isso ordenamento jurídico é permeado por cláusulas abertas (lacunas propositadamente deixadas pelo legislador para que a decisão seja tomada com base no caso concreto e valores constitucionalmente previstos), e conceitos jurídicos indeterminados (vocábulos ou palavras com vagueza semântica inseridos no bojo de uma regra para permitir ao juiz melhor análise do caso concreto), que devem ser preenchidas no caso concreto.

Porém, este preenchimento não pode ser feito com discricionariedade, sob pena de violar o disposto no art.93, IX e X da Constituição Federal de 1988, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que prevê a necessidade de fundamentação e motivação das decisões. Ressalte-se que a motivação da decisão, para além de esclarecer à parte os motivos que orientaram a decisão, possuindo importância endoprocessual, também possui importância extraprocessual, na medida em que possibilita o controle judiciário, sendo, portanto, garantia individual fundamental.

Nesse mesmo sentido, vem sendo editados, nos últimos tempos, vários diplomas legais que homenageiam a referida garantia Constitucional como, por exemplo, o Novo Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/2015) ao prever que a decisão não fundamentada é reputada nula (art.11 do Código de Processo Civil) e o que não pode se considerar uma decisão fundamentada (art.489, §1º do Código de Processo Civil).

A norma em comento objetiva, sobretudo, tolher a arbitrariedade decisória, ao impedir que os valores jurídicos abstratos (dignidade da pessoa humana, moralidade, etc.) possam ser utilizados de forma indiscriminada para produzir decisões que impõe graves

ônus à administração pública, ao atribuir-lhe encargos não previsto no seu planejamento orçamentário. Assim destaca-se:

Com base na força normativa dos princípios constitucionais, o Poder Judiciário, nos últimos anos, condenou o Poder Público a implementar uma série de medidas destinadas a assegurar direitos que estavam sendo desrespeitados. Vamos relembrar alguns exemplos:

- Município condenado a fornecer vaga em creche a criança de até 5 anos de idade (STF. RE 956475, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12/05/2016).
- Administração Pública condenada a manter estoque mínimo de determinado medicamento utilizado no combate a certa doença grave, de modo a evitar novas interrupções no tratamento (STF. 1ª Turma. RE 429903/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 25/6/2014).
- Estado condenado a garantir o direito a acessibilidade em prédios públicos (STF. 1ª Turma. RE 440028/SP, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 29/10/2013).
- Poder Público condenado a realizar obras emergenciais em estabelecimento prisional (STF. Plenário. RE 592581/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13/8/2015). (CAVALCANTE, 2019, P.1)

Os artigos, nesse entender, são instrumentos normativos balizadores das decisões judiciais, impondo-lhe nada mais do que novos critérios a serem observados para consolidar o consagrado princípio constitucional da fundamentação das decisões.

Como destaca Flávio Henrique Unes Pereira:

“(...) o projeto de lei em estudo contribuirá muito para desmascarar as motivações mascaradas, pois, para a decisão ser válida, ela não poderá se limitar a termos indeterminados (António Francisco de Sousa. Conceitos jurídicos indeterminados no direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1994), desprovidos do exame proposto pelo bem-vindo art. 20 que, oxalá, tornar-se-á realidade em breve. A motivação, desse modo, ganhará espaço, a partir dessas novas balizas, na gramática democrática que funda a República Federativa do Brasil. (...)” (PEREIRA, ANASTASIA, 2015, P.19).

Destarte, o objetivo das alterações promovidas na LINDB foi justamente dar previsibilidade e estabilidade decisória, trazendo ao gestor mais segurança jurídica para efetivar políticas públicas ao imputar maior responsabilidade decisória aos órgãos de controle, sejam eles legislativos ou judiciários.

7 METODOLOGIA

No presente trabalho foi utilizado como método o levantamento bibliográfico, no qual foram selecionadas diversas doutrinas tidas como referências nas áreas do Direito Administrativo, Constitucional e Processual Civil. Referida metodologia foi escolhida para trazer maior credibilidade e profundidade ao tema central, eis que bastante atual.

Também foram analisados diversos pareceres técnicos emitidos por órgãos da estrutura do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público Federal, e da nota técnica conjunta emitida pelo Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Contas e pela Associação Nacional do Ministério Público de Contas.

O estudo deste trabalho será fundamentado em ideias e pressupostos de teóricos que apresentam significativa importância na definição e construção dos conceitos discutidos nesta análise: segurança jurídica, fundamentação, estabilidade decisória, arbitrariedade decisória, dentre outros.

Outrossim, como tipo de pesquisa, foi estabelecida a pesquisa indireta, em que se utiliza dados coletados por juristas renomados no âmbito do Direito Público.

Destarte, o trabalho utilizará o método conceitual-analítico, com o objetivo de conciliar conceitos e ideias de vários autores para a construção de uma análise coerente sobre o tema proposto.

Ademais, para a coleta de dados, partiu-se de um levantamento documental, no qual foi realizada uma análise legislativa, em especial da Lei n.º 13.655/2018, assim como de artigos científicos e bibliografias de profissionais já renomados.

O método de pesquisa escolhido favorece a análise ampla de diversos posicionamentos, teorias e opiniões, possibilitando a ocorrência de diversas conclusões no decorrer do percurso, não obrigando atribuir uma resposta única e universal a respeito do objeto.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a publicação da Lei n.º 13.655/2018, foram incluídos 10 novos artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, quais seja: os arts. 20 a 30 (o artigo 25 foi objeto de veto presidencial).

Como explicado, as inovações trazidas pela Lei nº 13.655/18 tratam-se de verdadeira leitura hermenêutica do direito público, e considerando a aplicabilidade das normas ali previstas como aplicáveis a todo o ordenamento jurídico, mais precisamente no âmbito do Direito Administrativo é possível afirmar que as alterações feitas na LINDB possuem grande relevância jurídica e prática.

Dada sua relevância, a inserção desses artigos propulsionou várias discussões doutrinárias. Dentre elas, destaca-se, no presente trabalho, a realizada em torno do artigo 20 da referida lei. Dessa forma foi necessária a realização da análise do dispositivo a partir do estudo da doutrina, dos princípios do Direito Administrativo, bem como dos artigos científicos publicados sobre o tema.

A partir das informações colhidas, percebe-se que vários doutrinadores defendem que a Lei n.º 13.655/2018 visa trazer maior segurança jurídica ao ordenamento jurídico, entendendo que as alterações promovidas na LINDB significaram grande avanço ao tentar promover um ambiente de menor instabilidade interpretativa para os agentes públicos e atos administrativos, os quais durante muito tempo ficaram reféns do alvedrio do judiciário e dos órgãos de controle. Outros, por sua vez, entendem o diploma legal como tentativa de amordçar a liberdade decisória dos entes incumbidos desse papel, concluindo que as modificações podem ocasionar, na prática, verdadeiro enfraquecimento do controle da administração pública por parte do judiciário e dos Tribunais de Conta.

Com efeito, analisando os resultados colhidos, entende-se que essas modificações não significam um enfraquecimento do controle por parte do judiciário e dos Tribunais de Conta, mas sim reforça a exigência de coerência e estabilidade decisória que deve estar presente em qualquer decisão de caráter sancionatório ou correccional.

No presente trabalho pode-se observar que as normas jurídicas são dotadas de algum grau de abstração, que lhes é intrínseco por serem destinadas à regular múltiplas hipóteses e não casos específicos. Tal característica gera, por si só, cenário de insegurança aos jurisdicionados, que não conseguem prever qual norma será aplicada ao seu caso, não possuindo baliza segura para determinar suas condutas.

Entretanto, o que se observa atualmente, é que esse cenário de insegurança inerente às leis vem sendo ampliado pelo fenômeno do descisionismo, em que os julgadores impõem a sua vontade acima da "vontade da lei", como nomearia Konrad

Hesse¹⁹¹. Os julgadores adotam assim qualquer metodologia hermenêutica para, ao final, decidir como bem entendem, não observando os efeitos práticos de sua decisão, sobretudo no que concerne aos ônus demasiadamente graves impostos ao poder executivo.

Dessa forma, o art. 20 da mencionada legislação fomenta o princípio da motivação dos atos decisórios, garantia constitucionalmente prevista no art.93, incisos IX e X da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com o escopo de reduzir o subjetivismo e a superficialidade das decisões. Por outro lado, reforça, também, o princípio da segurança jurídica ao impor ao decisor verdadeira hermenêutica jurídica que deve ser observada ao proferir suas decisões, garantindo ao jurisdicionado, mais especificadamente ao poder executivo, segurança na hora de tomar as decisões políticas que lhe incumbem. Por fim, o referido dispositivo ainda desenvolve o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, tendo em vista que prevê serem indispensáveis a demonstração da necessidade e adequação da medida imposta ou da invalidação do ato.

Destarte, infere-se que vários princípios do Direito Administrativo foram realçados, pela referida legislação que, como esboçado em sua ementa, objetivou incluir no ordenamento jurídico “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”.

Considerando que o objetivo do trabalho foi entender a aplicabilidade do artigo 20, inserido pela Lei nº 13.655/18 e compreender quais as vantagens e desvantagens de sua aplicação para a interpretação do direito público, sobretudo na área administrativa, conclui-se que ao final, a Lei n.º 13.655/2018 cumpriu seus objetivos ao propugnar balizas hermenêuticas a serem adotadas pelos julgadores com o fim de estabelecer maior segurança em nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Jordan dos Santos. **Análise dos novos dispositivos da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e seus impactos no Direito Público**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Curso de Bacharelado Direito na Universidade Luterana do Brasil (ULBRA), Santarém, Pará.

¹⁹¹ Em seu texto “A Força Normativa da Constituição”, Konrad Hesse defende que a Constituição é muito mais do que um pedaço de papel, ou texto formal, defendendo que ela seria dotada de uma força normativa. No entender do autor essa força normativa da Constituição tem seu fundamento na vontade humana de obedecer as leis, vontade essa nomeada “vontade da Constituição”, manifestada no desejo de concretizar as normas ali descritas.

ARGÜELLO, Katie. **Decisionismo: um confronto entre Max Weber e Carl Schmitt.** Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Paraná. Volume 33, ano 2000. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/1845/1541> Acesso em 28 de novembro de 2019.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia e Diogo Bacha e Silva. **O STF, os precedentes e o decisionismo judicial: presunção de inocência e ausência de um padrão argumentativo coerente e estável para se trabalhar com precedentes no Brasil.** 01 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-stf-os-precedentes-e-o-decisionismo-judicial-presuncao-de-inocencia-e-ausencia-de-um-padrao-argumentativo-coerente-e-estavel-para-se-trabalhar-com-precedentes-no-brasil-por-alexandre-gustavo-melo-franco-de-moraes-bahia-e-diogo-bacha-e-silva> Acesso em 28 de novembro de 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 236.

BENJAMIN. Cássio Corrêa. **O que é uma Constituição? Decisionismo como estrutura em Carl Schmitt.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. Volume 111. Janeiro de 2016/ Dezembro 2016. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133510/129522>

BRASIL. Decreto 9.830, de junho de 2019. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Diário Oficial: Brasília, 10 de junho de 2019.

BRASIL. Lei 13.655, de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial: Brasília, 25 de abril de 2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Breves comentários à Lei 13.655/2018 e ao Decreto 9.830/2019.** 2019. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2019/06/breves-comentarios-lei-136552018-e-ao.html>. Acesso em: 06 de setembro de 2019.

CIDADANIA. Comissão de Constituição e Justiça. Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 349, de 2015, do Senador Antonio Anastasia, que inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. 2016. Relatora: Simone Tebet. Disponível em: [file:///C:/Users/almattos.estagio/Downloads/sf-sistema-sedol2-id-documento-composto-51550%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/almattos.estagio/Downloads/sf-sistema-sedol2-id-documento-composto-51550%20(1).pdf). Acesso em 09 de setembro de 2019.

CONTAS, Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais - CNPGC. CONTAS, Associação Nacional do Ministério Público – AMPCON. **Artigos a serem vetados do Projeto de Lei nº 7.448, de 2017, do Senado Federal (PLS nº 349, de 2015), que inclui, no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.** Nota técnica. Nº 01/2018. 10 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.cnpgc.org.br/?p=2663>. Acesso em 17 de julho de 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**, 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FEDERAL, Ministério Público. **Nota Técnica das 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª e 7ª Câmaras de Coordenação e Revisão e da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão pelo veto integral ao PL 7448/2017 (PLS 349/2015).** Nota Técnica. Nº 01/2018. 11 de abril de 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf. Acesso em 19 de julho de 2019.

FILHO, Marçal Justen, Art.20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial, páginas 13-41, outubro de 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil esquematizado, volume I. São Paulo: Saraiva, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. *et al.* **Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017.** Parecer jurídico. [ca. 2018]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>. Acesso em 06 de setembro de 2019.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **A segurança hermenêutica nos vários ramos do direito e nos cartórios extrajudiciais: repercussões da LINDB após a Lei nº 13.655/2018.** Textos Para Discussão: Núcleo de estudos e pesquisas da consultoria legislativa. Brasília, Edição nº 250, junho de 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 2. Ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.), ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas**: desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015.

UNIÃO. Tribunal de Contas. **Parecer sobre o PL 7448/2017, em face do parecer-resposta dos autores do PL e de outros juristas**. Parecer jurídico. TC-012.028/2018-5. 20 de abril de 2018. Relator: Odilon Cavallari de Oliveira. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162F95CC94B5BA4&inline=1>. Acesso em 09 de setembro de 2019.

VITORELLI, Edilson. **Exame relativo à constitucionalidade do projeto de Lei nº 7448/2017, que altera o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Nota técnica**. 13 de abril de 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/36484464/EXAME_RELATIVO_%C3%80_CONSTITUCIONALIDADE_DO_PROJETO_DE_LEI_No_7448_2017_QUE_ALTERA_O_DECRETO-LEI_No_4.657_DE_4_DE_SETEMBRO_DE_1942. Acesso em 06 de setembro de 2019.

A PLURALIDADE FAMILIAR E SUAS NOVAS MODALIDADES: A QUEBRA DE PARADIGMAS DA FAMÍLIA TRADICIONAL

TAINARA VITOR ZANELLA:
graduanda em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis. SP¹⁹².

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN
(orientador)

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo apresentar uma análise sobre as diferentes entidades familiares, fato este que acarretou a quebra de paradigmas da família tradicional que se fazia presente a tempos, gerando assim o fenômeno do pluralismo familiar. Bem como apresentar seu trajeto histórico e jurídico dentro da sociedade, sob amparo da legislação brasileira, avaliando juntamente as medidas tomadas pelo poder judiciário para efetivar, de fato, a proteção das novas estruturas familiares surgidas ao longo dos tempos, os quais começaram a ter o seu reconhecimento e a tutela do Estado, analisando de antemão o seu desenvolvimento e forma de visão dentro da história, suas formações ao longo do tempo e a consagração pela Constituição Federal neste mesmo segmento. Posto que, há como problemática que se encontra enraizado no ambiente social o fator preconceito no pensamento de muitos cidadãos. Para isso aderiu como metodologia o estudo bibliográfico, de livros e doutrinadores, bem como informações de artigos e leis específicos do direito, além de posicionamento legislativo e social sobre as entidades familiares.

Palavras chaves: Pluralidade. Família. Paradigmas. Proteção. Legislação brasileira.

1 INTRODUÇÃO

A família sempre teve um papel fundamental na vida do ser humano, sendo um importante instituto e a base da sociedade. Antigamente era considerado família, tida como padrão e exemplo, aquela formada exclusivamente por um homem e uma mulher, mediante matrimônio sendo uma entidade hierarquizada e patriarcal, bem como também, a filiação naquele caso era unicamente biológica, entretanto, este paradigma está sendo suprimido e deixado de ser um padrão, como antigamente era vista e passando, atualmente, a ser formada principalmente pelo elemento estruturante o afeto.

192 E-mail: tainarazanella2001@gmail.com

No decorrer do tempo e de sua evolução, a sociedade veio passando por significativas mudanças, e juntamente a isso, os novos fenômenos socioeconômicos, políticos e culturais com os quais se depara o mundo no qual vivemos interferiu, de forma considerável na forma como é vista o conceito de família, tornando seu conceito e formação dinâmicos, não havendo algo concreto e firme, bem como também influenciou a forma como é vista perante o seio social, podendo se constituir das mais variadas formas havendo o objeto da pluralidade que quebra os paradigmas da família tradicional, o qual antigamente era legislada e imposta pela sociedade.

Nesse mesmo segmento, houve intensas mudanças, principalmente, no que tange ao seu regramento jurídico no Brasil, por meio da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e do Código Civil de 2002 (CC/02), incluindo as alterações legislativas supervenientes.

Acerca da família, novas formas surgiram ao longo dos tempos, além dos modelos já constituídos nos dispositivos legais, como as modalidades de família matrimonial (casamento), família informal (união estável), a os novos modelos que se encontram presentes dentro da sociedade, como a família homoafetiva, monoparental, anaparental, pluriparental, paralela, eudemonista e a poliafetiva.

Posto isso, a de se falar no dilema que se encontra enraizado no seio social em que vivemos, e vem ocorrendo, o fator preconceito. Por conseguinte, o trabalho apresenta a problemática a ser tratada ao longo do trabalho: as novas estruturas familiares detêm proteção no sistema jurídico brasileiro?

O objetivo desta pesquisa, assim sendo é discorrer no tocante a pluralidade do conceito de entidade familiar na sociedade atual e examinar os dispositivos legais que amparam essas entidades, analisando-os.

No presente estudo, a princípio será abordado o conceito de família que se encontra bem dinâmico e sua evolução jurídica e social no Brasil, para alcançar os modelos atuais, dentre elas a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, os quais grandes modificações jurídicas foram introduzidas no tocante à tutela da entidade família.

Ademais, será falado a respeito do processo de reestruturação do Núcleo Familiar, e as modernas entidades familiares surgidas até os dias de hoje, juntamente a isso busca-se falar do papel da Constituição Federal neste âmbito e a proteção jurídica destas famílias no Brasil, como também os princípios basilares que os amparam, e a eficácia dos direitos fundamentais neste aspecto.

E por fim, será aludido acerca da proteção jurídica das entidades familiares, bem como sua análise a respeito do reconhecimento destas entidades no ordenamento jurídico.

2 DA FAMÍLIA

2.1 Conceito de família

Quando se falamos no conceito de família, este termo vem passando por significativas modificações no decorrer dos tempos, em razão das divergências existentes acerca das culturas, bem como em razão dos novos fenômenos socioeconômicos, políticos e culturais com os quais se depara o mundo, interferindo de forma considerável na forma como é vista o conceito de família.

Acerca da história, nota-se que a visão de família se alterou em nosso seio social:

Antigamente, o modelo familiar predominante era o patriarcal, patrimonial e matrimonial. Em tal modelo tínhamos a figura do “chefe de família”, era o líder, o centro do grupo familiar e responsável pela tomada das decisões. Era tido como o provedor e suas decisões deveriam ser seguidas por todos” (AUGUSTO, 2014, online).

Ademais, como pode ser vista, antigamente o modelo hierarquizado e patriarcal da família esteve presente na história evolutiva das famílias por muito tempo, porém atualmente tornou-se ultrapassado, vindo o conceito de família se tornar outro, mais amplo, abrangendo outras formas de construção familiar, sendo formada principalmente pelo elemento estruturante o afeto, fator este que não era importante naquela época, bem como o casamento dava-se fase a construção contratual. Porém foi por meio com o advento da Constituição de 1988, bem como do Código Civil de 2002, que foi ocorrendo a quebra de paradigmas da família tradicional.

Para Maria Helena Diniz (2018, p. 18), a família é regulamentada pelo:

Complexo de normas que regulam a celebração do casamento sua validade, e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas do matrimônio, a dissolução deste, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela, curatela e tomada de decisão.

Gonçalves (2018) ressalta que o termo “família” tem uma dimensão que engloba todas as pessoas que mantém uma ligação em comum, seja ele sanguíneo, ou um vínculo afetivo. Nesta perspectiva, nota-se que o conceito de família vem se tornando algo mais

abrangente, indo muito além do que antes era considerado, apenas um modelo de família pautado no contrato que vincula o casamento.

Hoje em dia a família não se cria apenas por laços consanguíneos, ou se concretiza pelo vínculo contratual, mas sim mostra-se mais ampla, com outras formas de constituição da família, diferente do tradicional, se modificando ao longo dos anos, juntamente com a legislação vigente de cada época. O direito evolui junto com a sociedade, aliado a história desta, sob a forma de costumes, acompanhando as modificações culturais existentes.

2.2 Desenvolvimento histórico da família no Brasil

Ao longo da história, a família foi vista de várias formas, sendo atribuídas funções variadas conforme a evolução que sofreu, a saber, religiosa, política, econômica. Neste segmento, é de suma importância destacar um dos pontos principais que influenciou na estrutura familiar ao longo dos anos: a desigualdade de tratamento entre homens e mulheres.

A priori, no direito romano, um dos principais atributos da entidade familiar era organizada sob o princípio da autoridade do chefe de família, modelo patriarcal, isto é, a família chefiada por um homem, legitimando o exercício dos poderes masculinos sobre a mulher, estabeleceu-se como modelo familiar por excelência, os quais pendurando-se por muitos anos. Neste modelo, possuía a função de mantedor da casa em todos os sentidos, o trabalho para o sustento da família, o pilar e o poder, enquanto a mulher, possuía um papel secundário na família, deveria obrigatoriamente cuidar dos filhos e da casa, ficando sujeita ao casamento impostos, totalmente subordinada a autoridade do homem. Trata-se de um modelo arcaico e discriminatório, que não detinha nada de justo ou igualitário naqueles tempos.

Ressalte-se que, naquela época o casamento era considerado a instituição mais importante, sendo válido pontuar que, não era possível o divórcio ou separação ainda, tendo como única forma de desfazimento do matrimônio a sua anulação, ou o desquite, o qual era previsto somente para casos específicos.

Correlacionado a isso, Dias (2016, p.36) explana:

O antigo Código Civil, que datava de 1916, regulava a família do início do século passado. Em sua versão original, trazia estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações. As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam

exclusivamente para excluir direitos, na vã tentativa da preservação da família constituída pelo casamento.

Para Lôbo, a “mulher não ganhou liberdade e nem igualdade com a codificação no Direito de Família em 1916, e o filho resultante da união de um casal era protegido apenas com relação aos seus interesses patrimoniais, não pessoais”.

Com o passar do tempo a severidade das regras foi atenuada, e após a Revolução Industrial, em razão de algumas mudanças ocorridas, começaram a abalar o modelo patriarcal de família, passando por profundas modificações, sendo um dos pontos de partida a inserção da mulher no mercado de trabalho, dando início a desestruturação do modelo patriarcal de família, vindo a perder gradativamente sua consistência, exigindo-se uma adaptação da legislação à nova realidade social.

A partir de então, a família contemporânea foi ganhando espaço e força ao longo dos tempos em razão dos constantes processo de crise e renovação a partir do século XIX, tendo como base o afeto e a convivência, e não somente aquela que deriva de laços consanguíneos, fatores estes que forçaram a adaptação das legislações como a CF/88 a estas novas diversidade de entidades familiares e, por consequência, abriu espaço para a função contemporânea da família, como um novo paradigma e visão.

2.3 O direito de família na constituição de 1988 e no código civil de 2002

Foi com a promulgação Carta Magna de 1988, que proporcionou grandes inovações e mudanças com relação a liberdade e igualdade, principalmente em relação ao papel de homens e mulheres, dando início a desconstituir a ideologia patriarcal. Foi instaurado a igualdade entre homem e mulher, passando a proteger de forma igualitária todos os membros da família, entre outros aspectos, como união estável, família monoparental, igualdade entre filhos, de qualificação ou de tratamento entre os filhos havidos na constância do casamento ou fora dele, e trouxe em seu texto princípios importantes relacionados à família, como a dignidade da pessoa humana, bem como o valor jurídico dado à afetividade e à solidariedade familiar.

Antes da promulgação da CF, a leis que vigoravam sistematizavam o modelo patriarcal, excluindo a proteção jurídica as demais formas de entidades familiares, bem como também os filhos tidos fora do casamento, sendo o matrimônio única forma de constituição da família.

Ademais, decorreu-se também com o Código Civil de 2002 tornou-se constitucionalizado que passou a tutelar as novas entidades familiares com base nas relações de afeto e proteção, sendo pautado em valores, como a afetividade, o amor e o

carinho, e não somente pelo casamento, introduzindo princípios e normas constitucionais antes não tratadas.

O antigo código de 1916, dispunha-se que a família estava conexas a dois pontos basilares, sendo eles: o casamento formal e a consanguinidade, ou seja, naquela época para ter família era preciso casar-se, não existindo para eles nenhuma família fora do casamento. No entanto, ao decorrer do tempo, a realidade social trouxe uma nova visão de família, sendo essa afastada de suas formas originárias, vindas o Direito de Família deixar de seguir as regras do Direito Canônico, tornando-se mais contratualista e dando liberdade aos integrantes da sociedade conjugal.

Para Lôbo (2023, p.84) foram três grandes títulos legais que modificaram esse paradigma no campo legislativo:

(1) A Lei n. 883/1949, que permitiu o reconhecimento dos filhos ilegítimos e conferiu-lhes direitos até então vedados; (2) A Lei n. 4.121/1962, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, que retirou a mulher casada da condição de subalternidade e discriminação em face do marido, particularmente da odiosa condição de relativamente incapaz; (3) A Lei n. 6.515/1977, conhecida como Lei do Divórcio, que assegurou aos casais separados a possibilidade de reconstituírem suas vidas, casando-se com outros parceiros, rompendo de uma vez a resistente reação da Igreja, além de ampliar o grau de igualdade de direitos dos filhos matrimoniais e extramatrimoniais.

A nova visão da família com a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 foi um dos grandes marcos durante a história, passando a família ser um meio e não o fim, tendo o cidadão a opção de constituir sua família da maneira que for mais conveniente para ele, e ao Estado, cabe, portanto, garantir as condições fundamentais para o desenvolvimento familiar no país.

3 AS MODERNAS ENTIDADES FAMILIARES E OS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES

Nos dias atuais, a família é o conjunto de indivíduos que se ligam por vínculos sanguíneos ou por afinidade, ou seja, o vínculo afetivo, e não somente pelo vínculo sanguíneo que era o que delimitavam as relações familiares antigamente.

O século XXI trouxe novas formas de constituição familiar, os quais atualmente a família não é somente determinada pelos vínculos de sangue, como também pelo afeto, aos vínculos sociais e à reciprocidade no amor, havendo uma pluralidade familiar presente nos dias de hoje.

Atualmente, há, além dos modelos de núcleos familiares já constituídos nos dispositivos legais, os quais estão explícitas no bojo da Carta Magna artigo 226 da CF, como as modalidades de família matrimonial, que é o casamento, previsto no art. 226 § 1º e § 2º, CF, a família informal, denominada de união estável, com previsão em seu art. 226 § 3º, CF, e família monoparental, em seu art. 226 § 4º, CF, há também os “novos” modelos que hoje mostram-se presentes na sociedade, mas não se encontram explícitas na Constituição Federal, em nossa Carta Magna como a família homoafetiva, anaparental, pluriparental, paralela, eudemonista, bem como a família poliafetiva que serão faladas a seguir.

3.1 Famílias explícitas na Constituição Federal

3.1.1 Casamento (família matrimonial)

A família matrimonial tem como base o casamento civil, aquele composto por atos solenes e formais. É um casamento vinculado à lei onde o Estado intervém na sua realização.

O casamento se faz presente a muito tempo, desde tempos remotos sobre a influência da igreja, do patriarca, do estado e do marido. Hoje o casamento legitima pela liberdade na procura da felicidade em estreita relação com o respeito à dignidade da pessoa humana (PENA JUNIOR, 2008).

O Código Civil (2002, p. 1) expõe em seu art. 1.511 que:

“O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. O mesmo diploma dispõe os deveres conjugais no art. 1.566, in verbis: “São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos”.

Clóvis Beviláqua (apud Pena Junior, 2008) estabeleceu seu conceito como um contrato solene entre dois indivíduos que ocorre entre um homem e uma mulher indissolavelmente e legaliza seus atos sexuais, comunga suas vidas, interesses e que os comprometem com a educação aos seus filhos.

3.1.2 União estável

Reconhecida, no passado, em termos práticos como as uniões de fato, a união estável passou a ser expressamente aceita através da constituição federal de 1988, sendo diferente do casamento (BRAVO e SOUZA, 2002).

Ademais, tem como requisitos legais expressos através do texto de lei em seu art. 1.723 do Código Civil a união estável entre o homem e a mulher, configurada na “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Como pode se perceber, basta a convivência ser pública, contínua e duradoura, com ânimo de constituição de família para que seja configurada a união estável.

3.1.3 Família monoparental

O art. 226 § 4º, CF/88, dispõe sobre o conceito de família monoparental, a saber: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. (BRASIL, 1988, p. 1)

Ademais, trata-se da família formada por um homem ou mulher que se encontra sem cônjuge ou companheiro e vive com uma ou mais crianças. Esta forma de família é muito comum nos dias de hoje, tendo um grande crescimento e sendo percebida ao longo dos tempos, com a promulgação da CF de 1988.

Neste segmento, os fatores determinantes da monoparentalidade, segundo Bravo e Souza (2002) são: o celibato, o divórcio ou a separação, a união livre, as mães solteiras, a liberdade sexual, o controle de natalidade, a viuvez, a possibilidade de adoção por maior de 21 anos independente do estado civil e até mesmo o desejo de maternidade independente das mulheres através de inseminação artificial.

Razões esta que fica evidente que a maioria dessas entidades familiares é dirigida por mulheres, que não tem marido ou algum companheiro.

3.2 Famílias implícitas na Constituição Federal

3.2.1 Família homoafetiva

Esta se caracteriza pela relação afetiva de pessoas do mesmo sexo, com característica de união estável. Entretanto, por muito tempo, a relação homoafetiva foi deixada de lado pela legislação, por conta do preconceito existente.

Mesmo existindo registros durante toda a história humana de pessoas do mesmo sexo que escolhiam entre si para serem parceiros afetivo-sexuais, somente ao término do século XX essas relações foram assumidos de forma pública e saíram do anonimato (MARCHICOSTA, 2008).

Denota-se que antigamente tratava-se de algo proibido e repudiado perante os olhos da sociedade, e que atualmente com o avanço da sociedade e das leis juntamente isso não se faz mais necessário, tendo estes plena liberdade de serem e viverem o que sentem, vindo ao Brasil a ser um estado democrático de direito no qual a república

brasileira se respalda no princípio da dignidade humana, tornando assegurado o respeito aos indivíduos que tenham qualquer opção sexual diferente da maioria dos brasileiros.

Para Paulo Lôbo (2015, p. 79), a união homoafetiva é reconhecida como uma entidade familiar, a partir de preenchidos os quesitos sendo eles o da afetividade, estabilidade e ostensibilidade, bem como a finalidade de constituição de família.

Ademais, para o autor, outro meio de prova de que esse tipo constitui família é em razão de que a Constituição Federal “não veda o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo com finalidades familiares”. Neste segmento, se ficarem comprovados esses requisitos na união homoafetiva não há que se negar que exista uma família.

Concernente a isso, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a constitucionalidade da união homoafetiva como entidade familiar, um núcleo familiar como qualquer outro, vindo a representar de forma significativa o julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4277 um verdadeiro rompimento de padrões e um avanço para o nosso Direito das Famílias.

3.2.2 Família anaparental

Outra entidade familiar que não está expressa na Constituição Federal é a família anaparental. Lobo (2002) conceitua essa estrutura familiar como a união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, especialmente no caso de grupo de irmãos após o falecimento ou abandono dos pais. Ou seja, esta é configurada pela ausência de alguém que ocupe a posição de ascendente, como, por exemplo, a convivência apenas entre irmãos.

Nesse sentido corrobora Maria Berenice Dias (2006, p. 184): “Quando não existe uma hierarquia entre gerações e a coexistência entre ambos não dispõe de interesse sexual, o elo familiar que se caracteriza é de outra natureza, é a denominada família anaparental”.

3.2.3 Família pluriparental ou mosaico

Neste tipo de família temos aquela recomposta por filhos de outros relacionamentos anteriores, existindo aqui uma multiplicidade de vínculos familiares, tendo como maior delas o vínculo de afetividade e solidariedade familiar entre eles, como diz o ditado: “Os meus, os teus e os nossos”.

3.2.4 Família paralela

A doutrina chama de famílias paralelas quando um cônjuge ou companheiro integra duas famílias ao mesmo tempo, tendo filhos em ambas as relações, duas casas, adquirindo patrimônio em ambas, com vida em comum.

Neste segmento, para Dias (2015, p. 137-138):

A determinação legal que impõe o dever de fidelidade no casamento, e o dever de lealdade na união estável, não consegue sobrepor-se a uma realidade histórica, fruto de uma sociedade patriarcal e muito machista. Mesmo sendo casados ou tendo uma companheira, homens partem em busca de novas emoções sem renunciar aos vínculos familiares que já possuem. Dispõem de habilidade para se desdobrar em dois relacionamentos simultâneos: dividem-se entre duas casas, mantêm duas mulheres e têm filhos com ambas. É o que se chama de famílias paralelas. Quer se trate de um casamento e uma união estável, quer duas ou até mais uniões estáveis.

Essas relações são desprovidas de efeitos positivos na esfera jurídica, pois não configura uma união estável.

3.2.5 Família eudemonista

A Eudemonista caracteriza-se pelo vínculo afetivo unicamente e solidariedade de um indivíduo com o outro, buscando principalmente a felicidade de cada, sendo este um conceito inovador de família.

3.2.6 Família poliafetiva

Pôr fim, a Família poliafetiva, para Santiago (2015, p. 196):

É constituído apenas um núcleo familiar e todos os integrantes residem na mesma casa, de modo que o referido relacionamento pode ser equiparado ao casamento, visto que a única diferença é o número de integrantes da relação. Assim, o tratamento dispensado às diversas entidades familiares reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro também deve ser conferido às uniões poliafetivas.

Este tipo de entidade familiar é visto por alguns como afronta a moral e aos bons costumes, além de não possuir previsão legal expressa no que tange aos efeitos dessa entidade familiar, que há, ainda, grande desaprovação por este tipo de união, sendo caracterizada como promiscuidade, contra a moral, contra a família tradicional, porém, tais relações são baseadas no afeto e seus integrantes.

4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS FAMÍLIAS EXISTENTES NO BRASIL

4.1 A influência dos princípios constitucionais no direito das famílias

Em razão do desenvolvimento das famílias, a cada vez mais modernas, a CF/1988, bem como o Código Civil e, conseqüentemente, a ordem jurídica brasileira, foi se adequando as evoluções da sociedade com a onipresença de alguns princípios fundamentais e estruturantes reforçando o direito de família, sendo elas: a dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica entre os cônjuges, da igualdade jurídica de todos os filhos. Além do pluralismo familiar, da consagração do poder familiar, da solidariedade família e o princípio da afetividade.

Quando se falamos do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana objetiva-se consagrar o pleno desenvolvido de cada indivíduo enquanto membro da instituição familiar. Conforme salienta Lôbo, "a dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade" (LÔBO, 2023, p.122).

Nesse segmento, o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros, é adotada o sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre conviventes ou entre marido e mulher, fazendo desaparecer o poder marital, e a autocracia do chefe de família, tendo ambos os mesmos deveres e direitos em relação a sociedade conjugal, havendo equivalência de papéis.

Quanto ao princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, está disposto no art. 227, inciso 6º da CF/88, ressaltando que todos os filhos devem ser tratados igualmente dentro da instituição familiar, sem que um tenha mais direito ou benefícios em detrimento de outro. Ou seja, independentemente se os filhos foram ou não advindo do casamento, deveram estes ser tratados de forma isonômica, de forma igualitária.

Já a respeito do pluralismo familiar princípio trata-se da existência de vários meios de formação do núcleo familiar, até então antes somente admitido o casamento, vindo a ser reconhecido pelo Estado a existência de diferentes arranjos familiares.

Neste mesmo segmento, a respeito do princípio da solidariedade:

A regra matriz do princípio da solidariedade é o inciso I do art. 3º da CF/1988. No capítulo destinado à família, o princípio é revelado incisivamente no dever imposto à sociedade, ao Estado e à família (como entidade e na pessoa de cada membro) de proteção ao grupo

familiar (art. 226), à criança e ao adolescente (art. 227) e às pessoas idosas (art. 230)." (LÔBO, 2023, p.130).

Ou seja, ele aconselha que os pais têm a obrigação de auxiliar para o sustento de seus filhos, com assistência financeira, pessoal e moral, para que assim tenham acesso à alimentação, vestuário, educação e outros direitos fundamentais.

Por fim, o princípio da afetividade está implícito na CF/1988. É um princípio que trata o afeto como um valor jurídico, sendo, elemento base para uma estruturação familiar, determinado que todo membro da família tenha direitos iguais ao afeto, fator este que se dá entre as pessoas através da análise de suas condutas e suas convivências.

5 A PROTEÇÃO JURÍDICA DAS ENTIDADES FAMILIARES

As novas entidades familiares já são reconhecidas pela grande parte da doutrina pátria, pela sociedade, estudiosos do direito e pelo judiciário os quais se utilizam da analogia, dos costumes, da equidade e dos princípios gerais do direito assim como também é reconhecida a relevância do afeto e vínculos sociais base de sustentação de qualquer família.

Porém, há ainda de se falar ainda na falta de proteção na legislação para resolver as questões referentes aos efeitos jurídicos decorrentes de tais relações, sendo este um dos maiores problemas ao reconhecimento das novas entidades familiares, assim como valores morais, do padrão de família tradicional.

Ademais, o estado tenta, de muitas formas trazer a proteção familiar, integrando e unindo estas pessoas, garantindo como dever geral a segurança destes indivíduos, elaborando leis especiais para proteger os direitos daqueles membros, principalmente aqueles que são vítimas de violência e desrespeito social, suprindo a falta de proteção que há na legislação, no qual a proteção à família e a todos os seus membros, tornou-se um dever fundamental do Estado, inafastável e inegável, sem distinção de gênero ou qualquer outro tipo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cerca do desenvolvimento deste trabalho, pode-se entender e refletir sobre os vários modelos de famílias existentes no nosso meio social e como tal, as significativas transformações ao longo do tempo da construção familiar.

Percebe-se que, atualmente, a doutrina reconhece o pluralismo das entidades familiares e a existências destas, e diante das mudanças sociais sofridas ao longo do tempo, a entidade familiar deixou de ser mera formação de indivíduos, vista como modelo arcaico e discriminatório e hoje tem como base da sociedade, a prioridade o afeto, vínculos sociais,

aspectos este que antigamente não era aceitos. Fatores estes que decorreram através da Constituição Federal de 1988 os quais trouxe para nosso ordenamento jurídico e para toda a sociedade profundas mudanças, junto com o grande marco da conquista do direito de família, dando início a desconstituir a ideologia patriarcal pré-existente de família.

Face a isso, nota-se, que de maneira geral o Estado tenta a todo momento proteger a família, integrando e unindo as pessoas que fazem parte do contexto familiar, sendo em grande parte reconhecida pela doutrina, pela sociedade e pelo judiciário, buscando sempre considerar as relações socioafetivas do que somente as relações biológicas, elaborando leis especiais para tutelar os direitos de alguns membros familiares os quais são vítimas de violência e desrespeito social. Meios estes os quais tentam suprir e amenizar a falta de proteção que há na legislação para resolver as questões referentes aos efeitos jurídicos decorrentes de tais relações.

Por fim, de fato, é de supra importância que o Estado esteja atento as questões e modificações sofridas na sociedade e que sejam de interesse dos cidadãos nas famílias e estar apto a propor mudanças para incluir tais indivíduos e suas necessidades, propiciando um ambiente familiar mais humano.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Luciano Silva. **EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DA FAMÍLIA**. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_205.pdf>. Acesso em: 15/03/2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14/03/2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão do STF sobre união homoafetiva é reconhecida como patrimônio documental**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=398482#:~:text=Decis%C3%A3o%20do%20STF%20sobre%20uni%C3%A3o,consequ%C3%AAs%20da%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel%20heteroafetiva>>. Acesso em: 10/05/2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DRESCH, Márcia. **A instituição familiar na legislação brasileira: conceitos e evolução histórica**. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51795/a-instituicao-familiar-na-legislacao-brasileira-conceitos-e-evolucao-historica>>. Acesso em: 14/03/2023.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Trad. Leandro Konder. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira. (Coleção Perspectivas do homem, v. 99, série ciências sociais), 1984.

FREIRE, Kaíque. **Atuais Modelos de Entidades Familiares**. 2016. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/atuais-modelos-de-entidades-familiares/323450404>>. Acesso em: 01/05/2023.

GONÇALVES, C. R. **DIREITO CIVIL BRASILEIRO** 6. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book.

LÔBO, P. **Direito Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. In: Direito de Família e a Constituição de 1988. BITTAR, Carlos Alberto. (Coord.). São Paulo: Saraiva.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Revista IBDFAM, 12, jan,fev,mar 2002. p. 40-55. Acesso em: 01/05/2023.

SANTIAGO, Rafael da Silva. **Poliamor e Direito das Famílias: reconhecimento e consequências jurídicas**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

LEONARDO FELIPE MARQUES TIRADENTES:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Assessor de Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR)¹⁹³

RESUMO: O artigo tem por objetivo sustentar a incompatibilidade material do princípio da identidade física do juiz com um modelo de devido processo legal que seja adequado à Constituição da República. A imparcialidade judicial é um dever de conduta do juiz, mas também uma garantia do cidadão contra a arbitrariedade do Estado e, estando prevista implicitamente na Constituição, é verdadeira exigência para um processo devido. Nessa perspectiva, estudos científicos demonstram que a mente humana, no processo de tomada de decisões, incorre em diversos desvios cognitivos (*cognitive biases*), que têm aptidão para invadir a psique do julgador e afetar sua imparcialidade, enviesando a tomada da decisão, processo mental esse que é agravado quando se exige que o juiz que tenha estabelecido contato direto com as partes é quem deverá julgar a causa (princípio da identidade física do juiz). O trabalho sustenta que a inconstitucionalidade material de disposições legais e infralegais que afirmem a necessidade de observância desse princípio decorre, portanto, desses inafastáveis desvios cognitivos. A conclusão é a de que, independentemente da seara jurisdicional (cível ou penal), permitir ou exigir que quem tenha instruído a causa a julgue é atitude violadora do devido processo legal porque concretiza evidente violação à imparcialidade judicial.

Palavras-chave: Devido processo legal. Imparcialidade. Princípio da identidade física do juiz. Desvios cognitivos.

1. INTRODUÇÃO

O assim denominado escândalo da “*Vaza a jato*” colocou holofote sob um dos princípios mais essenciais do devido processo legal — o qual, por vezes, é relegado a um papel quase subalterno pela doutrina e jurisprudência nacionais: o da *imparcialidade*. É intuitivo que nenhum defensor da força normativa da Constituição possa colocar em xeque a fundamentalidade do princípio da imparcialidade para a salvaguarda do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal.

Não há dúvida de que o agir imparcial do julgador, em sua faceta mais palpável, pressupõe uma equidistância dos litigantes, uma ausência de interesse direto ou imediato

193 E-mail: leonardofelipe.marques@gmail.com

na situação dos envolvidos, bem como na causa e nos efeitos (positivos ou negativos) da solução a lhe ser dada. Mas, ao se proceder a um exame mais aprofundado sobre o conteúdo do princípio da imparcialidade, vê-se que o tema, à primeira vista incontroverso ou de simples enfrentamento (afinal, o juiz deve ser imparcial), é capaz de suscitar interessantes discussões.

Um dos questionamentos que o princípio da imparcialidade é capaz de suscitar diz respeito à constitucionalidade do princípio da *identidade física do juiz* – um dos princípios mais famosos da legislação processual brasileira.

Parece ser lição corrente entre os juristas o fato de que, quanto maior a aproximação do juiz com as partes (notadamente no momento da produção da prova oral em audiência), maior a possibilidade de *se fazer justiça no caso concreto*. Um juiz que tenha estabelecido contato com os litigantes poderá aferir de perto suas reações, titubeios, contradições etc. e, assim, estará mais bem preparado para sentenciar.

Será mesmo? É possível afirmar, com algum grau de objetividade, que o princípio da identidade física do juiz realmente *contribui* para a concretização do devido processo legal, cujo pressuposto é o respeito à imparcialidade, ou, ao menos, está abrangido por seu amplo conteúdo, sendo um de seus corolários (como a ampla defesa e o contraditório, por exemplo)?

Antes do fornecimento de uma resposta precipitada e provavelmente positiva — que naturalmente decorreria da falta de problematização desse “corolário” e de sua ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial —, é preciso atentar-se que inúmeros estudos científicos ligados à psicologia do comportamento têm demonstrado como o cérebro humano é verdadeiramente *programado* para deixar-se influenciar, independentemente do conhecimento do sujeito, por diversos *vieses cognitivos* (os chamados *cognitive biases*).

No contexto de um processo judicial, esses vieses cognitivos têm forte aptidão para *violar a garantia da imparcialidade* — e isso, a propósito, pela mera e simples existência de contato direto do juiz com as partes, precisamente o conteúdo essencial do princípio da identidade física do juiz.

Busca-se com o presente artigo, portanto, evidenciar as razões pelas quais o princípio da identidade física do juiz não pode ser admitido como integrante ou inerente a um modelo de devido processo legal — cível ou penal — que se repute adequado à Constituição da República, que o enuncia em seu artigo 5º, incisos LIV e LV, como um direito fundamental da pessoa humana.

Num primeiro momento, abordar-se-á, sumariamente, os fundamentos e o conteúdo usualmente atribuídos pela doutrina ao princípio da identidade física do juiz. Em

seguida, expor-se-á o que são e quais os principais *cognitive biases* capazes de influenciar a imparcialidade do julgador, bem como qual é a ligação imediata entre eles e o princípio da identidade física do juiz. Ao final, explicar-se-á o porquê de sua inconstitucionalidade material dentro do processo constitucional brasileiro.

2.O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ NÃO É COMPATÍVEL COM A EXIGÊNCIA DE UM PROCESSO DEVIDO

A Constituição consagra o devido processo legal como um direito fundamental aos litigantes em geral nos incisos LIV e LV de seu artigo 5º. Retira-se do preceito constitucional que a ninguém deve ser imposta privação de liberdade ou de seus bens sem um *devido processo legal*. Como alerta Egon Bockmann Moreira, “um *processo indevido* configura apenas *arremedo de processo*, desobediente à Constituição [porque] essa imitação deficiente não tem o condão de instaurar uma relação jurídica válida (...)”.¹⁹⁴

Não há dúvida de que, dentre as exigências do devido processo legal, deriva logicamente o inafastável dever de se garantir que o julgamento da causa se dê por um *juiz natural e imparcial*.¹⁹⁵ A garantia da imparcialidade — consistente, grosso modo, na “ausência de interesse judicial na sorte de qualquer das partes quanto ao resultado do processo”¹⁹⁶ —, ainda que não expressamente afirmada na Constituição, goza de

194 MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 339. O trecho entre colchetes não consta do original.

195 Destaque-se que, para Fredie Didier Jr., a imparcialidade judicial decorre imediatamente da garantia do juiz natural (**Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 185). Por sua vez, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho adverte que “o princípio da identidade física do juiz não se confunde com o princípio do Juiz Natural” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O princípio do juiz natural na CF/88: ordem e desordem. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 45, n. 179, p. 165-178, jul./set. 2008. p. 175). Não é objetivo deste trabalho, entretanto, proceder a um exame minucioso dessa distinção.

196 Trata-se, a imparcialidade judicial, de um “requisito *anímico* do juiz”, na feliz expressão de MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. 2. ed. São Paulo: RT, v. 1, 2016. p. 186.

indiscutível estatura constitucional¹⁹⁷ porque *intrínseca ou implícita*¹⁹⁸ à ampla garantia do devido processo legal.¹⁹⁹ Assim, reclama necessária preservação, já que o prejulgamento ou a mera e prévia inclinação do julgador em favor de uma das partes já nulificam de pleno direito sua decisão.²⁰⁰

Costuma-se atribuir ao princípio da imparcialidade uma dupla feição.²⁰¹ Na dita dimensão subjetiva ou anímica (também chamada de “imparcialidade psicológica”), o julgador não deve ter, intimamente, interesse na solução do caso, tampouco dar preferências ou vantagens a uma das partes. No aspecto objetivo (também conhecida como “imparcialidade funcional”), o julgador precisa manter-se, concretamente, equidistante das partes, na medida em que o juiz que aparenta ser imparcial inspira confiança nos litigantes.²⁰²

Se a imparcialidade, em seu prisma subjetivo de análise, liga-se à subjetividade do juiz, ao seu ânimo perante as partes, é certo que, quando o magistrado estabelece contato direto com elas (como ocorre na audiência de instrução), fica sujeito a uma série de *impressões muito próprias*, a uma *leitura unilateral dos acontecimentos*. Não é raro ganhar

197 Nesse sentido: “[o] delicado problema da imparcialidade é deveras uma questão de direito federal constitucional: trata-se de um direito fundamental individual atípico e, dessa forma, de uma garantia implícita contrajurisdicional de liberdade dos cidadãos. Na realidade, mais do que uma garantia fundamental, trata-se de uma garantia *arquifundamental*, a partir da qual se derivam múltiplas garantias fundamentais imediatas e mediatas” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. **A imparcialidade judicial no controle abstrato de constitucionalidade**. Disponível em: <<https://emperiododireito.com.br/leitura/100-a-imparcialidade-judicial-no-controle-abstrato-de-constitucionalidade>>. Acesso em: 20 mar. 2023).

198 Cf. STEFFENS, Luana. **O direito fundamental à imparcialidade do julgador na concepção do Tribunal Europeu de Direitos Humanos**: o direito a um julgamento justo – caso Piersack v. Bélgica. Disponível em: <<https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/Luana+Steffens.pdf/12f7a06d-5d67-c3b2-3e86-4ecc0b648b5a>>. Acesso em: 20 mar. 2023.

199 Cf. CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. O “princípio” da identidade física do juiz e a garantia arquifundamental da imparcialidade. **Revista brasileira de direito processual**, Uberaba, v. 27, n. 107, p. 227-240, jul./set. 2019. p. 234.

200 MOREIRA, Egon Bockmann. Ob. cit. p. 155.

201 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 21.

202 Como lembra Fonseca da Costa, há *implicitamente* em matéria de imparcialidade um princípio de precaução: “[h]avendo suspeita de que determinada ação cause quebra de imparcialidade, a ação não deve ter lugar, ainda que inexista consenso científico irrefutável sobre essa causação; na dúvida, não se corre o risco de se quebrar a imparcialidade” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Juiz de instrução e juiz de sentença**. Disponível em: <<https://emperiododireito.com.br/leitura/juiz-de-instrucao-e-juiz-de-sentenca>>. Acesso em: 31 mar. 2023).

notoriedade casos de juízes exaltados em audiência, irritados com uma das partes e/ou seus advogados, para dizer o mínimo.

Dentro da processualística, há muito se fala no chamado *princípio da identidade física do juiz*, entendido como a exigência de julgamento da causa pelo juiz que presidiu a audiência de instrução e *estabeleceu contato direto com as partes*.²⁰³ O artigo 132 do Código de Processo Civil de 1973 previa, em sua primeira parte, que o juiz — titular ou substituto — que concluisse a audiência *deveria* julgar a lide.²⁰⁴

É certo que o Código de Processo Civil de 2015 não trouxe disposição semelhante, mas isso não significa que, para alguns juristas, o referido princípio tenha desaparecido do ordenamento jurídico brasileiro.²⁰⁵ Como se não bastasse a polêmica doutrinária, a identidade física do juiz segue indubitavelmente afirmada na redação do artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal, o qual enuncia: “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”.²⁰⁶

A forte presença do princípio da identidade física do juiz no processo penal, aliás, não se resume à previsão legislativa transcrita. A título de ilustração, cite-se a Resolução nº 105 do Conselho Nacional de Justiça, de 6 de abril de 2010 — que dispõe sobre a documentação dos depoimentos por meio do sistema audiovisual e realização de

203 V., por todos: ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 20. ed. São Paulo: RT, 2021, p. 949-950; e FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: RT, 2014. p. 168-172.

204 Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

205 Como bem informa Luciana Benassi Gomes Carvalho, “[h]á quem entenda, mesmo com a supressão acima referida, que o princípio da identidade física não pode ser extirpado pela atividade do legislador, pois *decorre do próprio modelo de processo a sua observância*. Outros, todavia, num grande esforço interpretativo, enxergam no atual art. 366 do diploma processual civil a preservação do indigitado princípio. Seja como for, os partidários dessas correntes lamentam a alteração de tratamento que lhe foi conferida pelo diploma atual” (O “princípio” da identidade física do juiz... *cit.* p. 229). O destaque não consta do original.

206 O anteprojeto do novo Código de Processo Penal segue garantindo o princípio da identidade física do juiz: “Art. 280. O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por motivo independente de sua vontade, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o sucessor que proferir a sentença, se entender necessário, poderá repetir as provas já produzidas”. Veja-se que o anteprojeto do novo CPP, bem da verdade, busca reforçar ainda mais o princípio da identidade física do juiz, ao assegurar ao sucessor a possibilidade de repetir as provas já produzidas, acarretando a aproximação do juiz sucessor com as partes.

interrogatório e inquirição de testemunhas por videoconferência —, que chega a nominá-lo expressamente no *caput* de seu artigo 3º.²⁰⁷

Essa exigência (quem instrui deve julgar), como lembra Luciana Benassi Gomes Carvalho, é classicamente relacionada com os subprincípios processuais da *oralidade* e da *imediatez*,²⁰⁸ elementos marcantes das audiências em geral. Há efetiva crença²⁰⁹ de que o juiz que colhe as provas orais e toma contato direto com as partes é capaz de, em decorrência dessa proximidade, *proferir uma sentença mais justa*,²¹⁰ já que está com “as impressões vivas no espírito”.²¹¹

Ocorre que, nessa interação próxima entre juiz e partes — entendida como necessária para o bom julgamento da causa —, o tiro pode sair pela culatra. Segundo alguns estudos científicos, a mente humana, no processamento de informações e tomada de decisões, está inevitavelmente sujeita a alguns *fatores de enviesamento*, chamados de desvios ou propensões cognitivas (*cognitive biases*), que operam independentemente da vontade do sujeito.

No caso do juiz, que está no processo judicial para *decidi-lo*, o enviesamento é um perigoso elemento e, com certeza, um obstáculo para o agir imparcial. Se assim o é, convém àquele que julga tomar contato direto com as partes numa audiência, por exemplo, considerando tratar-se de ato processual propício para o nascimento de *impressões subjetivas sobre as partes*?²¹²

207 Art. 3º Quando a testemunha arrolada não residir na sede do juízo em que tramita o processo, deve-se dar preferência, em decorrência do *princípio da identidade física do juiz*, à expedição da carta precatória para a inquirição pelo sistema de videoconferência. (grifou-se).

208 CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. O “princípio” da identidade física do juiz... *cit.* p. 229.

209 Não são poucas as vozes doutrinárias que insistem na tese de que a identidade física do juiz é, sim, necessária para a concretização do garantismo processual. A propósito, Fonseca da Costa traz extensa lista doutrinária, contando com nomes como Ivone da Silva Barros, Pedro Henrique Demercian, Juan Monroy Gálvez, Rui Portanova, Marco Antonio Marques da Silva, Ovídio Baptista da Silva, entre outros (**Juiz de instrução...** *cit.*).

210 CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. O “princípio” da identidade física do juiz... *cit.* p. 231.

211 “(...) por absoluto desconhecimento científico, os tribunais brasileiros têm entendido sistematicamente que a função de julgar consiste em valorar as diversas declarações que se prestam em juízo e em outorgar maior credibilidade a uma ou outra. Nesse sentido, o princípio permitiria ao juiz valorar os gestos, as atitudes, as perturbações e as surpresas de todos os atores da audiência e, com isso, fundar melhor sua íntima convicção sobre a veracidade ou mendacidade das declarações. Em outras palavras, a identidade física do juiz ganharia feições de ‘garantia’, pois evitaria valorações inadequadas decorrentes da existência de intermediários entre a prova oral e o órgão judicial de valoração” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério...** *cit.* p. 140-141).

212 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério...** *cit.* p. 43.

2.1 O inevitável problema das *cognitive biases*

Como adiantado, diversos estudos científicos²¹³ demonstram que a mente humana, principalmente no processo de colheita de informações para a tomada das mais diversas decisões, fica sujeita a inúmeros *desvios ou vieses cognitivos (cognitive biases)*. Eduardo José Fonseca da Costa didaticamente sintetiza como o cérebro humano está verdadeiramente *programado* para incorrer nesses desvios, independentemente de eventual má-fé do sujeito:

A mente humana realiza simplificações – as *heurísticas* – para processar informações exteriores complexas e possibilitar a tomada eficiente de decisões. Essa complexidade excede a capacidade cerebral de processar informações; como resultado, os decisores são impelidos a cometerem erros. No entanto, a complexidade aumenta ao tomar-se uma decisão diante de uma situação de dúvida, conflito ou incerteza. Um tipo heurístico bastante conhecido são os *vieses cognitivos [cognitive biases]*. Trata-se de formas disfuncionais de processar a informação, que afetam o raciocínio lógico-abstrato e ocorrem de modo previsível em circunstâncias particulares em todos os países e culturas. Não se trata de desvirtuamentos provocados por emoções (medo, afeição, ódio etc.), mas de erros sistemáticos na opinião de pessoas normais, que ocorrem no projeto do mecanismo cognitivo.²¹⁴

Dentre os inúmeros vieses cognitivos já identificados pela ciência,²¹⁵ são pelo menos quatro aqueles entendidos como principais dentro do processo cognitivo dos juízes.²¹⁶

Pelo *anchoring effect* (viés de ancoragem), o magistrado inevitavelmente tende a permitir que sua valoração inicial sobre o caso ou algum de seus elementos influencie de maneira desproporcional os juízos de valor subsequentes.

É o caso, por exemplo, do juiz que toma contato com a prova ilícita e dificilmente consegue desvencilhar-se de seu conteúdo quando da análise das demais, ou, ainda, a hipótese de um juiz que, pelo fato de a denúncia criminal pleitear uma alta condenação,

213 Para aprofundamento e detalhamento dos diversos estudos científicos já existentes sobre os vieses cognitivos, conferir a obra de COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério...** *cit.* p.45 e ss.

214 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Juiz de instrução...** *cit.*

215 Para uma lista completa dos mais de noventa desvios cognitivos já comprovados cientificamente, v. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério...** *cit.* p. 60-70.

216 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Juiz de instrução...** *cit.*

fica tencionado a fixar sanção mais alta da que daria se o montante da pena sugerido fosse menor.²¹⁷

De acordo com o *confirmation bias* (viés de confirmação), a primeira impressão tem peso desproporcional:²¹⁸ o julgador forçosamente tende a priorizar a procura nos autos por informações e provas que sustentem sua hipótese inicial, ignorando aquelas que a ela se contraponham. Por exemplo, o juiz que concede uma tutela provisória de urgência está inclinado a reputar o pedido como procedente ao final.

Pelo *representative bias* (viés de representação ou representatividade) — uma das mais perigosas armadilhas mentais para os juízes — o magistrado, analisando uma amostra, deixa-se convencer de que ela representa toda a categoria, concebendo um padrão que não necessariamente existe.

Basta imaginar a situação na qual o juiz que preside a audiência contamina-se por gestos, atitudes, desassossegos e surpresas dos inquiridos e, então, passa a acreditar, sempre, que um acusado que responde calma e tranquilamente aos questionamentos é inocente, ao passo que aquele que se comporta de maneira nervosa é culpado — aí já se vê a nítida incidência desse *bias* no procedimento do Tribunal do Júri, por exemplo, em relação à impressão que os jurados podem vir a ter do réu.²¹⁹

Pelo viés de grupo, o magistrado dá preferência a pessoas que integram instituição assemelhada à sua (funcionários públicos, agentes do Ministério Público etc.)²²⁰ ou tem preconceito contra aquelas que não a integram (é o caso do juiz que, inconscientemente,

217 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério...** *cit.* p. 155.

218 *Idem*, p. 156.

219 Outros exemplos envolvendo Tribunal do Júri nos quais o viés de representação pode contaminar a impressão dos jurados em relação ao réu estão no uso de algemas ou na utilização de uniforme do presídio pelo acusado no julgamento. Tendo em vista a capacidade que esses itens têm de fazer incidir nos jurados alguma inclinação negativa em relação ao réu, a Súmula Vinculante 11 tem importante aplicação, pois visa a restringir apenas a hipóteses excepcionais a utilização de algemas por acusados. No que diz respeito às vestimentas do réu, o STJ já consignou que “A par das algemas, tem-se nos uniformes prisionais outro símbolo da massa encarcerada brasileira, sendo, assim, plausível a preocupação da defesa com as possíveis concepções que a imagem do réu, com as vestes do presídio, possa causar ao ânimo dos jurados leigos” (STJ, 5ª Turma, RMS 60.575/MG, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 13.08.2019, DJe 16.08.2019).

220 A Lei 14.508/2022, que acrescentou o § 2º ao art. 6º do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, representa um marco importante no combate à influência do viés de grupo, ao determinar que “Durante as audiências de instrução e julgamento realizadas no Poder Judiciário, nos procedimentos de jurisdição contenciosa ou voluntária, os advogados do autor e do requerido devem permanecer no mesmo plano topográfico e em posição equidistante em relação ao magistrado que as presidir”. Ou seja, a própria posição dos advogados de defesa e acusação pode ser capaz de influenciar a visão do magistrado. Assim, a tentativa de colocá-los no mesmo plano topográfico e na mesma distância ao magistrado pode ser um bom aliado no combate à incidência de desvios cognitivos.

dá primazia a um parecer de perito judicial em detrimento de parecer particular, ainda que esse esteja muito mais bem fundamentado do que aquele).²²¹

Quer-se dizer, com tudo isso, e é precisamente aí que repousa a relação promíscua entre a identidade física do juiz e os desvios cognitivos, que é nesse momento que o problema da parcialidade se acentua, pois a oralidade é, verdadeiramente, um *terreno fértil para a incidência nos desvios cognitivos*²²² e, conseqüentemente, para a ocorrência de arbitrariedades judiciais.

As impressões subjetivas do magistrado adquiridas na audiência de instrução jamais se tornam conhecidas pelas partes, de modo que não é possível controlar, objetiva e racionalmente, as impressões do juiz que acabam refletidas de modo velado na sentença.²²³

2.2 A inconstitucionalidade do princípio

O juiz que preside a audiência, porque inevitavelmente sujeito — até inconscientemente — a incidir nesses vieses cognitivos, não está, como defende parcela da doutrina, mais bem preparado para proferir uma sentença justa, senão *verdadeiramente enviesado para o julgamento da causa*, pronto para um julgamento *parcial*, justamente porque suas impressões subjetivas muito provavelmente serão carregadas da oralidade à sentença. O princípio da identidade física do juiz, nesse aspecto, praticamente garante o julgamento parcial do processo, de modo que,

em lugar de permitir ao instrutor que sentencie enquanto a firmeza, o tom de voz, os gestos, a fisionomia, as emoções, a “simplicidade da inocência” e o “embarço da má-fé” lhe estejam vivos no espírito, é preferível que não julgue impactado por impressões subjetivas, não raro inconfessadas, inescritas e, portanto, impassíveis de controle objetivo-racional pelas partes e pelas instâncias superiores. Decididamente, não se pode admitir que a liberdade e o patrimônio das pessoas fiquem à mercê de “convicções íntimas” fundadas não apenas em aspectos verbais escritos da comunicação [ex.: declarações reduzidas a termo], mas também em aspectos verbais não escritos [ex.: declarações não reduzidas a termo] e aspectos não verbais [ex.: contexto e modo de transmissão dessas declarações].²²⁴

Admitir que o princípio da identidade física do juiz é essencial para a garantia do devido processo legal é uma afirmação contraditória, pois o processo só é devido se o juiz

²²¹ *Idem*, p. 164-165.

²²² *Idem*, p. 139.

²²³ *Idem*, p. 145.

²²⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Juiz de instrução...** *cit.*

é imparcial e, quanto mais o julgador toma contato direto com as partes, mais servo de suas impressões subjetivas se torna; e, quando se exige dele e se estimula que, até por ocasião da realização da audiência, sentencie o processo, maior a influência que os desvios cognitivos exercerão sobre sua avaliação do caso. Ou seja, *menos imparcial será* – o que não pode ser admitido.

A questão torna-se mais sensível ainda quando se percebe que, no Brasil, a imparcialidade judicial e suas nuances parecem não ser um problema digno de destaque. Muitos manuais dedicam poucas páginas (ou nenhuma) para abordar esse princípio essencial do processo e, comparativamente a Tribunais estrangeiros, o Supremo Tribunal Federal lhe dispensa tratamento quase que *indigno*.²²⁵

Tome-se o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Corte que possui dois precedentes fundamentais em matéria de imparcialidade: os casos *Piersack vs. Bélgica* (1982) — *leading case* do Tribunal de Estrasburgo sobre a temática²²⁶ — e *De Cubber vs. Bélgica* (1984).²²⁷ A Corte Europeia, aliás, por força de sua robusta jurisprudência sobre a já citada dupla dimensão da imparcialidade (subjetiva e objetiva), adota a chamada *teoria da aparência*, pela qual *não basta ser imparcial, é preciso aparentar sê-lo*.²²⁸

225 É precisamente essa a advertência de Fonseca da Costa: "(...) seria natural o STF preservar essa garantia-mor dedicando-lhe uma construção jurisprudencial dignificante. Todavia, destoando de tribunais internacionais de direitos humanos (ex.: Tribunal Europeu de Direitos Humanos) e de cortes constitucionais nacionais (ex.: Tribunal Constitucional da Espanha), cujos julgados têm elevado a imparcialidade ao nível primário do essencial, o STF tem rebaixado o instituto ao nível secundário do dispensável. Enfim, o STF tem uma longa ficha de desserviços prestados à imparcialidade, fazendo dela uma *sub-, pseudo-, proto-* ou *quase-*garantia. Um desses desserviços tem sido entender que as regras sobre suspeição e impedimento não incidem no controle abstrato de constitucionalidade. (...) A imparcialidade do juiz não é exigida porque *in concreto* um processo tem partes, mas sim porque *in abstracto* o juiz tem jurisdição" (COSTA, Eduardo José da Fonseca. **A imparcialidade judicial...** *cit.* Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/100-a-imparcialidade-judicial-no-controle-abstrato-de-constitucionalidade>>. Acesso em: 20 mar. 2023).

226 Cf. STEFFENS, Luana. **O direito fundamental à imparcialidade do julgador...** *cit.* Disponível em: <<https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/Luana+Steffens.pdf/12f7a06d-5d67-c3b2-3e86-4ecc0b648b5a>>. Acesso em: 20 mar. 2023.

227 Fonseca da Costa cita outros casos relevantes do TEDH sobre o tema da imparcialidade judicial, a saber: *Pfiefer y Plankl vs. Áustria* e *Sainte-Marie vs. França*, ambos de 1992; *Fey vs. Áustria*, *Padovani vs. Itália* e *Nortier vs. Países Baixos*, todos de 1993; e *Saraiva de Carvalho vs. Portugal* (1994). Cf. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **A imparcialidade judicial...** *cit.* Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/100-a-imparcialidade-judicial-no-controle-abstrato-de-constitucionalidade>>. Acesso em: 20 mar. 2023).

228 Luana Steffens, ainda que limitando sua análise ao campo do processo civil, lembra que parcela da doutrina aproxima das hipóteses de suspeição e impedimento (CPC, arts. 144 e 145), respectivamente, as dimensões da imparcialidade subjetiva e objetiva. Segundo a autora, tal orientação doutrinária confirma a aplicação, entre nós, da distinção que o TEDH faz quanto às dimensões da imparcialidade. Cf. STEFFENS, Luana. **O direito fundamental à imparcialidade do julgador...** *cit.* Disponível em:

Piersack, acusado de homicídio, foi condenado na Bélgica por um tribunal do júri que, à época, era presidido por juiz que anteriormente havia atuado no mesmo processo como procurador (acusação), participando e atuando na colheita de elementos de prova e/ou investigação. O TEDH assentou de maneira paradigmática a violação ao princípio da imparcialidade nessa hipótese, pois o júri foi conduzido por juiz que, ao menos objetivamente — e as aparências importam —, não poderia ser considerado *imparcial*, pois *quem julga não instrui*.

Cubber, por sua vez, foi acusado de roubo de automóvel em 1977. Seu caso foi conduzido por um juiz investigatório que, posteriormente, ficou também responsável pelo julgamento do caso. Nesse caso, o TEDH sustentou que o julgador, por ter sido o responsável por coordenar a investigação, já havia formado o seu convencimento quanto à culpabilidade do acusado. Assim, não seria imparcial, por já ter convicções formadas em relação ao caso, a partir da investigação que liderou.

Interessante registrar que as premissas estabelecidas pela Corte Europeia de Direitos Humanos nos casos *Piersack vs. Bélgica* e *De Cubber vs. Bélgica* foram sendo encampadas por diversos tribunais continentais e, de maneira irretocável, pelo Tribunal Constitucional da Espanha, na histórica Sentença nº 145, de 12 de julho de 1998,229 na qual, ainda que apenas no campo do Direito Processual Penal, foi declarada a *inconstitucionalidade do princípio da identidade física do juiz*.

A *ratio decidendi* da Corte espanhola é muito clara no sentido de que o contato direto do juiz com o acusado afeta o ânimo do julgador — a imparcialidade é um requisito anímico do juiz, como exposto anteriormente — e, portanto, o impede de, após ter estabelecido tal contato, agir imparcialmente:

(...) la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso aunque ello no suceda es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su decisión sobre el caso «De Cubber», de 26 de octubre de 1984, y ya antes en la recaída sobre el caso «Piersack», de 1 de octubre de 1982,

<<https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/Luana+Steffens.pdf/12f7a06d-5d67-c3b2-3e86-4ecc0b648b5a>>. Acesso em: 20 mar. 2023.

229 "(...) del caso 'De Cubber' lo que nos interesa es el principio de que no puedan acumularse las funciones instructora y juzgadora" (in **Doc. BOE-T-1988-19564**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1988-19564>>. Acesso em: 03 mar. 2023).

ha insistido en la importancia que en esta materia tienen las apariencias, de forma que debe abstenerse todo Juez del que puedan temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados. Esta prevención que el Juez que ha instruido y que debe fallar puede provocar en los justiciables viene aumentada si se considera que las actividades instructoras no son públicas ni necesariamente contradictorias, y la influencia que pueden ejercer en el juzgador se produce al margen de «un proceso público» (...) y del procedimiento predominantemente oral, sobre todo en materia criminal, a que se refiere el artículo 120.2, ambos de la Constitución. En un sistema procesal en que la fase decisiva es el juicio oral, al que la instrucción sirve de preparación, debe evitarse que este juicio oral pierda virtualidad o se empeñe su imagen externa, como puede suceder si el Juez acude a él con impresiones o prejuicios nacidos de la instrucción o si llega a crearse con cierto fundamento la apariencia de que esas impresiones y prejuicios existan.²³⁰

Quem instrui, portanto, julga *influenciado*, julga *enviesado*. Parece muito clara a necessidade de se evitar a todo custo que “impressões do instrutor – nascidas do contato direto com partes e testemunhas – sirvam de fundamentos irracionais ocultos da sentença”, e é precisamente dessa necessidade, que deve ser entendida como uma exigência de um devido processo legal que se repute adequado à Constituição da República, que decorre a *inconstitucionalidade do princípio da identidade física do juiz*.

Ainda que o Tribunal Constitucional espanhol tenha declarado a inconstitucionalidade do princípio apenas na seara criminal, é preciso esclarecer que não há nenhuma justificativa para que essa separação entre o juiz que instrui e o juiz que julga se restrinja a esse campo, pois não existe um processo que exija “menos ou mais imparcialidade” do que outro. A jurisdição, que é uma, *deve ser imparcial*, como bem adverte Fonseca da Costa:

É comum restringir-se a separação instrutor-sentenciador ao âmbito procedimental penal. Nada justifica, porém, a inextensibilidade dessa separação aos âmbitos procedimentais não penais. Decididamente, não se trata de um *quid* específico da *persecutio criminis*. O problema da imparcialidade judicial é antes *processual* que procedimental; é antes *constitucional* que infraconstitucional. Em qualquer dos seus desdobramentos procedimentais (penal comum, penal militar, civil, trabalhista, eleitoral, tributário, administrativo etc.), a separação instrutor-sentenciador é conveniente ao processo. Isso porque é das tantas formas eficientes de se garantir a imparcialidade judicial. (...) É inegável que a Lei 13.964/2019 – a mal chamada «Lei Anticrime» – trouxe importantes *reinforcements* à imparcialidade judicial. O «juiz de garantias» é o exemplo mais famoso. Todavia, por enquanto, esses *reinforcements* estão infelizmente circunscritos ao âmbito procedimental penal. Além disso, em meio a eles não está contemplada a benfazeja

230 Cf. **Doc. BOE-T-1988-19564**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1988-19564>>. Acesso em: 03 mar. 2023.

separação entre juiz instrutor e juiz sentenciador. Portanto, é preciso ainda conferir uma maior completude garantística ao procedimento penal. Mais: é preciso estender toda essa completude aos demais ramos procedimentais (civil, trabalhista, eleitoral, tributária, administrativa etc.). No final das contas, o processo – sem qualquer adjetivo – é uma garantia contra-arbitrária do cidadão em juízo [CF/1988, art. 5º, LIV]. Sendo limite ao exercício da função jurisdicional, o processo serve para manter o juiz nos trilhos rígidos da imparcialidade. Pouco importam o ramo do direito material aplicável e a natureza do conflito *sub judice*.²³¹

Está muito claro que o enviesamento judicial é um dos principais vilões da imparcialidade em seu prisma subjetivo ou anímico de análise, dever cuja quebra o Direito brasileiro não vem dando conta de evitar.²³²

Se a identidade física do juiz não pode ser tolerada porque capaz de fragilizar o devido processo legal, é preciso evitar, pelo mesmo motivo, todas as outras formas de contato direto entre os *juízes que irão julgar a causa e as partes e a produção probatória*, pelo que deve ser considerada inadmissível, inclusive, qualquer iniciativa probatória dos primeiros.²³³

O avanço da tecnologia permite que as audiências, por exemplo, sejam gravadas e armazenadas nos próprios autos do processo. Em grau de recurso, o Desembargador pode ter facilmente acesso ao conteúdo audiovisual do ato processual e, assim, assistindo à audiência, deixar-se enviesar — do mesmo modo que o juiz da causa — pelos comportamentos, impressões, ações e omissões das partes.²³⁴

O problema não está, propriamente, na gravação de atos processuais com o mero objetivo de documentação e armazenagem, mas, sim, na existência de um interesse e de uma premissa de que a realização de tal diligência *irá* possibilitar que os juízes, ao terem

231 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Juiz de instrução...** *cit.*

232 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério...** *cit.* p. 24.

233 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Juiz de instrução...** *cit.* Com efeito, “a iniciativa probatória do julgador também pode levá-lo a supervalorizar a prova objeto de sua atuação direta (vieses da confirmação e egocêntrico), de modo a comprometer sua parcialidade” (*in* COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério...** *cit.* p. 174).

234 Fonseca da Costa bem adverte: “(...) ainda que instrutor e sentenciador não sejam a mesma pessoa, deve-se cuidar para que o segundo não assista à gravação audiovisual das audiências, pois isso lhe daria acesso oblíquo a vacilos, tons de voz, gestos, fisionomias, emoções e tudo quanto se precise encobrir. Daí a necessidade escritural de se reduzirem os depoimentos a termo” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Juiz de instrução...** *cit.*

acesso ao conteúdo, prestem um melhor serviço jurisdicional — é a velha crença de que o contato direto é fomentador de uma sentença mais justa.²³⁵

É preciso sepultar, de uma vez por todas, a identidade física do juiz precisamente porque o garantismo processual está em aboli-la, não em prestigiá-la.²³⁶ A crença de que o contato direto entre juiz e partes fomenta uma decisão justa jamais foi demonstrada — ao contrário do evidente prejuízo à imparcialidade que esse contato é capaz de trazer, à luz dos inafastáveis *cognitive biases*.

Se se pode afirmar, portanto, inexistirem provas de que a observância à identidade física do juiz possa efetivamente conduzir a uma sentença justa, e de fato provas não há, de outro lado é possível se dizer que atualmente há estudos relevantes que levam a crer que o juiz que colhe as provas, que encerra a audiência de instrução e profere julgamento, tende a se contaminar cognitivamente pelo “viés da representatividade” (“representativeness bias”), o que causa abalo à “imparcialidade”, configurada como garantia processual fundamental das partes a limitar a atuação do Estado-juiz.²³⁷

Ao fim e ao cabo, a manutenção do princípio da identidade física do juiz no processo significa subverter o fim que a Constituição, ao elencar o processo como direito fundamental, procurou lhe dar. Noutras palavras, não é possível admitir que a exigência de julgamento pelo juiz que instrui (em qualquer seara jurisdicional, frise-se) seja medida compatível com o devido processo legal.

É nesse sentido a oportuna observação da doutrina:

Enxergar a função do juiz de outro modo, ou seja, considerar recomendável que ele, a partir de impressões repletas de carga subjetiva decorrentes da colheita direta das provas orais, afaste-se dos critérios racionais, da análise imparcial dos argumentos e elementos demonstrados pelas partes, é ter a visão míope e perigosa do processo como instrumento (ferramenta) de poder do Estado contra o jurisdicionado, absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito.²³⁸ (...) A identidade física não decorre do modelo constitucional de processo e tampouco pode ser considerado como um princípio infraconstitucional

235 Não faltam exemplos de instituições partindo desse equivocado pressuposto. A Recomendação nº 94 do Conselho Nacional de Justiça, de 9 de abril de 2021, por exemplo, “[r]ecomenda aos tribunais brasileiros a adoção de medidas incentivadoras da prática de gravação de atos processuais, *com vistas à melhoria da prestação jurisdicional*” (sem destaque no original). O § 5º do artigo 367 do Código de Processo Civil de 2015 também evidencia que o objetivo das gravações é propiciar o acesso rápido do juiz ao conteúdo do ato: “[a] audiência poderá ser integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica”.

236 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Juiz de instrução...** *cit.*

237 CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. O “princípio” da identidade física do juiz... *cit.* p. 231.

238 *Idem*, p. 233.

sobre a atuação judicial; pelo contrário, sua aplicação encerra grave risco à imparcialidade. Sob a ótica do processo visto como garantia contrajurisdicional, a identidade física do juiz se revela um ranço de um processo autoritário, inquisitorial, que onticamente se externa como um instrumento de Poder, um ferramental da jurisdição contra os jurisdicionados, visão esta que, sem dúvidas, não encontra respaldo na CF/88.239

O processo jurisdicional adequado à Constituição, portanto, não se coaduna com a exigência de que o juiz que presidiu a audiência julgue o processo, assim como não tolera a iniciativa probatória do julgador. Os desvios cognitivos afetam de maneira substancial a imparcialidade judicial. Como observa Fonseca da Costa, "o ideal seria ter um juiz para a urgência, um para a instrução e um para o julgamento",²⁴⁰ pois trata-se de medida eficaz para impedir o enviesamento.

É preciso, mais do que isso, que seja extirpada do ordenamento jurídico qualquer norma que afirme, expressa ou tacitamente, o princípio da identidade física do juiz,²⁴¹ sob pena de declaração incidental de sua inconstitucionalidade.

3. CONCLUSÃO

Processo é *garantia*, não é instrumento, e essa garantia só é respeitada e efetivada em seu núcleo essencial quando o juiz, além de natural, é e age como um sujeito imparcial. O ponto é que a salvaguarda do princípio da imparcialidade deve pressupor, necessariamente, uma garantia fundamental de que o juiz que sentencia (e toma outras decisões sensíveis ao longo do processo) não irá deixar-se enviesar cognitivamente, pois a imparcialidade exige o não enviesamento.²⁴²

Os desvios cognitivos são uma realidade existente e inafastável, mas o primeiro passo para evitar que eles desempenhem um papel ilícito dentro do processo, fazendo com que o julgamento não seja verdadeiramente imparcial e tampouco controlável, é, sem dúvidas, a revogação expressa de dispositivos legais que afirmem o princípio da identidade física do juiz (ou, ao menos, sua não aplicação nos casos concretos, mediante exercício do controle difuso e incidental de constitucionalidade).

Afinal, se a imparcialidade judicial é o "núcleo duro do devido processo legal e a nota característica essencial da própria noção de jurisdição", motivos não faltam para que

²³⁹ *Idem*, p. 237.

²⁴⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério...** *cit.* p. 144.

²⁴¹ *Idem*, p. 200.

²⁴² CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. O "princípio" da identidade física do juiz... *cit.* p. 235-236.

não se tolere, em absoluto, que "os riscos potenciais de quebras inconscientes de imparcialidade sejam institucionalmente maximizados".²⁴³

A identidade física do juiz é uma das maiores ameaças à imparcialidade judicial e é preciso sempre ter em mente, numa palavra final, que a lógica por trás da garantia da imparcialidade não será e não pode ser, jamais, de eficiência, senão *garantista*.²⁴⁴

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 20. ed. São Paulo: RT, 2021.

CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. O "princípio" da identidade física do juiz e a garantia arquifundamental da imparcialidade. *In: Revista brasileira de direito processual*, v. 27, n. 107, p. 227-240, jul./set. 2019.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **A imparcialidade judicial no controle abstrato de constitucionalidade**. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/100-a-imparcialidade-judicial-no-controle-abstrato-de-constitucionalidade>>. Acesso em: 20 mar. 2023.

_____. **Juiz de instrução e juiz de sentença**. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/juiz-de-instrucao-e-juiz-de-sentenca>>. Acesso em: 31 mar. 2023.

_____. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O princípio do juiz natural na CF/88: ordem e desordem. *In: Revista de informação legislativa*, v. 45, n. 179, p. 165-178, jul./set. 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: RT, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, v. 1, 2016.

²⁴³ *Idem*, p. 114-115.

²⁴⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Juiz de instrução...** *cit.*

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo:** princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015. 5. ed. atual., rev. e aum. de acordo com o Código de Processo Civil/2015. São Paulo: Malheiros, 2017.

STEFFENS, Luana. **O direito fundamental à imparcialidade do julgador na concepção do Tribunal Europeu de Direitos Humanos:** o direito a um julgamento justo – caso Piersack v. Bélgica. Disponível em: <<https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/Luana+Steffens.pdf/12f7a06d-5d67-c3b2-3e86-4ecc0b648b5a>>. Acesso em: 20 mar. 2023.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA ESPANHA. **Sentença nº 145, de 12 de julho de 2018.** Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1988-19564>>. Acesso em: 03 mar. 2023.

DIREITOS POLÍTICOS NEGATIVOS - INELEGIBILIDADES PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

DAIANE MAZIERO NOGUEIRA:

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ivaiporã-PR – UNIVALE. Pós-graduada em Direito Constitucional. Advogada²⁴⁵.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar os direitos políticos negativos que são algumas inelegibilidades previstas na Constituição Federal. Também tem como finalidade a de demonstrar as limitações expostas na Constituição Federal e jurisprudência.

Palavras-chave: Direitos políticos negativos. Inelegibilidades. Classificação. Inelegibilidades absolutas e relativas. Jurisprudência.

Sumário: Introdução. 1. Direitos políticos negativos. 2. Inelegibilidades. 3. Classificação. 3.1. Inelegibilidades absolutas. 3.2. Inelegibilidades relativas 3.2.1. Inelegibilidade relativa em razão da função exercida (por motivos funcionais). 3.2.1.1. Inelegibilidade relativa em razão da função exercida para um terceiro mandato sucessivo. 3.2.1.2 A figura do denominado “prefeito itinerante” ou “prefeito profissional”. 3.2.1.3. Inelegibilidade relativa em razão da função para concorrer a outros cargos. 3.2.1.4. Inelegibilidade relativa em razão do parentesco. 3.2.1.5. Militares. Conclusão. Referências.

Introdução

O estudo dos direitos políticos negativos é de suma importância, pois demonstra os casos de inelegibilidades.

Tendo em vista a democracia brasileira, é válido demonstrar que nem todas as pessoas podem ser votadas.

Nesse viés, serão demonstradas circunstâncias previstas na Constituição Federal que impedem o indivíduo de se candidatar a um cargo eletivo, que são chamadas de inelegibilidades.

Será exposta a classificação das inelegibilidades que podem ser decorrentes de atos lícitos ou ilícitos, bem como absolutas ou relativas.

²⁴⁵ Email: daianeeruy@hotmail.com

Também serão analisadas as disposições de algumas inelegibilidades previstas na Constituição Federal.

No mais, serão disponibilizados entendimentos jurisprudenciais sobre o inelegibilidades.

Destarte, para melhor entendimento do assunto, inicialmente, serão analisados os direitos políticos negativos. Em seguida, inelegibilidades, classificação, inelegibilidades absolutas e relativas, em razão da função exercida, em decorrência da função exercida para um terceiro mandato sucessivo. Também será explicada a figura do prefeito itinerante ou profissional, inelegibilidade relativa em razão da função para concorrer a outros cargos, bem como relativa a parentesco e aos militares.

1. Direitos políticos negativos

Os direitos políticos negativos são impedimentos, exclusões ou suspensões dos direitos de participação do indivíduo no processo eleitoral como eleitor ou candidato.

Assim segue a afirmação da doutrina:

Ao contrário dos direitos políticos positivos, os direitos políticos negativos individualizam-se ao definirem formulações constitucionais restritivas e impeditivas das atividades político-partidárias, privando o cidadão do exercício de seus direitos políticos, bem como impedindo-o de eleger um candidato (capacidade eleitoral ativa) ou de ser eleito (capacidade eleitoral passiva). Começemos pelas inelegibilidades para depois analisarmos as situações em que os direitos políticos ficam suspensos ou são perdidos (privação dos direitos políticos). (LENZA, 2022, p. 2356).

Assim, tem-se que os direitos políticos negativos dispõe de normas que impedem o alistamento eleitoral ou o voto ou retiram da pessoa, de forma temporária ou definitiva, o direito de votar ou ser votado, para alguns cargos ou todos.

2. Inelegibilidades

As inelegibilidades são impedimentos que obstam a capacidade eleitoral passiva do cidadão brasileiro.

As inelegibilidades são as circunstâncias (constitucionais ou previstas em lei complementar) que impedem o cidadão do exercício total ou

parcial da capacidade eleitoral passiva, ou seja, da capacidade de eleger-se. (LENZA, 2022, p. 2356).

Restringem, portanto, a elegibilidade do cidadão, visando proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta (art. 14, § 9.º). (LENZA, 2022, p. 2356).

É válido mencionar que as inelegibilidades estão previstas tanto na Constituição Federal, normas essas que independem de regulamentação infraconstitucional, pois são de eficácia plena e aplicabilidade imediata, como em lei complementar, conforme dispõe o artigo 14, parágrafo 9º, da Constituição Federal.

Segue o disposto no artigo 14, parágrafo 9º da CF:

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (BRASIL, 1988).

Desse modo, as inelegibilidades impedem a pessoa de ser votada, ou seja, de eleger-se e as causas estão previstas na Constituição Federal ou em lei complementar.

3. Classificação

Vale observar, que as inelegibilidades podem ser geradas pela prática de atos ilícitos, que são chamadas de inelegibilidades sanção ou cominadas. Também pode ter inelegibilidades que não decorrem de atos ilícitos, que são as inatas.

As inelegibilidades decorrem, na maioria das vezes, da prática de atos ilícitos. São as chamadas inelegibilidades sanção, denominadas por Adriano Soares da Costa (2009, p.150-151) de inelegibilidades cominadas. De acordo com o ilustre doutrinador alagoano, tais inelegibilidades cominadas podem ainda ser classificadas como simples, quando válidas para uma única eleição. Sem repercussão em futuros pleitos, ou potenciadas, quando tornam inelegível o eleitor para eleições futuras. Existem situações, entretanto, em que a inelegibilidade não é resultante de tais atos, mas sim previstas pelo

ordenamento jurídico a fim de preservar o equilíbrio nas disputas eleitorais e a moralidade administrativa, de forma a que seja resguardado o equilíbrio nas disputas, a normalidade e a legitimidade das eleições. Situam-se, nesta segunda hipótese, por exemplo as causas de inelegibilidade decorrentes de parentesco ou exercício de determinados cargos, em determinados momentos, por parte de pleiteantes a cargos eletivos. Adriano Soares da Costa (2009, p. 151-154), estudando o tema, denomina tais situações de inelegibilidades inatas, equivalentes, para o doutrinados alagoano, à ausência de elegibilidade. (NETO, 2021, p. 205).

Há também as inelegibilidades absolutas ou relativas. As inelegibilidades absolutas diz respeito ao impedimento de elegibilidade para qualquer cargo. Por outro lado, as inelegibilidades relativas consistem no impedimento relativo a determinados cargos.

A classificação mais difundida, entretanto, no estudo das inelegibilidades é aquela que diferencia as inelegibilidades absolutas das inelegibilidades relativas. As inelegibilidades absolutas valem para qualquer cargo (por exemplo, os analfabetos são inelegíveis para qualquer cargo). As inelegibilidades relativas, por sua vez, só se referem a determinados cargos, podendo ser originadas de motivos funcionais ou mesmo decorrentes de parentesco (por exemplo, o presidente da república é inelegível para um terceiro mandato consecutivo. O filho do governador da Bahia, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição, também é inelegível para qualquer cargo disputado na Bahia, mas não para cargos em Pernambuco). (NETO, 2021, p. 206).

Com isso, é possível que as inelegibilidades sejam para alguns cargos ou para todos.

3.1. Inelegibilidades absolutas

Nos termos do art. 14, parágrafo 4º, da Constituição Federal, são absolutamente inelegíveis em relação a qualquer cargo eletivo, o inalistável e o analfabeto.

O inalistável é aquele que não pode se alistar como eleitor. Nesse viés, a quem não é permitido ser eleitor, também é proibido ser eleito. Tem-se o caso dos estrangeiros e, durante o serviço militar obrigatório, dos conscritos que não podem alistar-se como eleitores. Isso porque o alistamento eleitoral é condição de elegibilidade.

O analfabeto tem direito de alistar-se e votar, porém não pode ser eleito, pois não tem capacidade eleitoral passiva.

Diante disso, conclui-se que o absolutamente inalistável não pode se candidatar a nenhum cargo.

3.2. Inelegibilidades relativas

São relativamente inelegíveis aqueles que não podem eleger-se a certos cargos, podendo se candidatar a outros.

O relativamente inelegível, em razão de algumas situações, não pode eleger-se para determinados cargos, podendo, porém, candidatar-se e eleger-se para outros, sob os quais não recaia a inelegibilidade. A inelegibilidade nesses casos dá-se, conforme as regras constitucionais, em decorrência da função exercida, de parentesco, ou se o candidato for militar, bem como em virtude das situações previstas em lei complementar (art. 14, § 9.º). (LENZA, 2022, p. 2357).

Nesse viés, os relativamente inelegíveis somente não podem candidatar e eleger a certos cargos, não excluindo todos os cargos.

3.2.1. Inelegibilidade relativa em razão da função exercida (por motivos funcionais)

3.2.1.1. Inelegibilidade relativa em razão da função exercida para um terceiro mandato sucessivo

Essa inelegibilidade diz respeito ao chefe do poder executivo. Tanto o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, bem como os Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos não poderão ser reeleitos para um terceiro mandato sucessivo.

A regra trazida pela EC n. 16/97, alterando a redação do art. 14, § 5.º, permite a reeleição dos Chefes dos Executivos Federal, Estadual, Distrital e Municipal (Presidente da República, Governadores de Estado, Governador do Distrito Federal e Prefeitos) e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos, para um único período subsequente. Isso nos permite concluir que a inelegibilidade surge somente para um terceiro mandato, subsequente e sucessivo. (LENZA, 2022, p. 2358).

É importante salientar, que o ex-chefe do poder executivo (por exemplo, o ex-Presidente da República), reeleito para um segundo mandato, pode ser reeleito para um

terceiro mandato, desde que não se trate de mandatos consecutivos, ou seja, após o intervalo de uma legislatura.

Por fim, ressaltamos decisão do TSE, em resposta à Consulta n. 689/2000, indagando se os vices podem ser candidatos à sucessão do titular reeleito, uma vez que este não pode mais ser candidato a um terceiro mandato sucessivo. A resposta a essa consulta gerou a Res. n. 20.889/01/TSE (DJ 1, de 14.12.2001, p. 205), pela qual fica estabelecido que o vice, tendo ou não sido reeleito, se sucedeu o titular, poderá candidatar-se à reeleição por um período subsequente. No entanto, para candidatar-se a cargo diverso, deverá observar as regras do art. 1.º, § 2.º, da LC n. 64/90. Do ponto de vista político, para se ter um exemplo, essa decisão beneficiou o então Governador do Estado de São Paulo, Geraldo Alckmin, mesmo já tendo, no primeiro mandato, substituído Mário Covas, assumindo como governador interino e, no segundo, como Governador, após a morte de Covas. (LENZA, 2022, p. 2358).

Esse entendimento foi mantido pelo STF no julgamento da RE 366.488, Rel. Carlos Velloso (04.10.2005), nos seguintes termos: "EMENTA: CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. VICE-GOVERNADOR ELEITO DUAS VEZES CONSECUTIVAS: EXERCÍCIO DO CARGO DE GOVERNADOR POR SUCESSÃO DO TITULAR: REELEIÇÃO: POSSIBILIDADE. CF, art. 14, § 5.º. I. Vice-governador eleito duas vezes para o cargo de vice-governador. No segundo mandato de vice, sucedeu o titular. Certo que, no seu primeiro mandato de vice, teria substituído o governador. Possibilidade de reeleger-se ao cargo de governador, porque o exercício da titularidade do cargo dá-se mediante eleição ou por sucessão. Somente quando sucedeu o titular é que passou a exercer o seu primeiro mandato como titular do cargo. II. Inteligência do disposto no § 5.º do art. 14 da Constituição Federal. III. RE conhecido e improvido". (LENZA, 2022, p. 2359).

Posto isso, denota-se que a reeleição para os cargos do poder executivo a um terceiro mandato somente não pode ocorrer se for sucessiva.

É válido ressaltar que aplica-se também a vedação ao exercício de três mandatos consecutivos pelo mesmo núcleo familiar no caso em que um dos mandatos tenha sido para suceder o eleito que foi cassado.

Segue a jurisprudência do dizer o direito nesse sentido:

Ao se fazer uma interpretação conjugada dos §§ 5º e 7º do art. 14 da CF/88 chega-se à conclusão de que a intenção do poder constituinte foi a de proibir que pessoas do mesmo núcleo familiar ocupem três mandatos consecutivos para o mesmo cargo no Poder Executivo. Em outras palavras, a CF/88 quis proibir que o mesmo núcleo familiar ocupasse três mandatos consecutivos de Prefeito, de Governador ou de Presidente. A vedação ao exercício de três mandatos consecutivos de prefeito pelo mesmo núcleo familiar aplica-se também na hipótese em que tenha havido a convocação do segundo colocado nas eleições para o exercício de mandato-tampão. Ex: de 2010 a 2012, o Prefeito da cidade era Auricélio. Era o primeiro mandato de Auricélio. Seis meses antes das eleições, Auricélio renunciou ao cargo. Em 2012, Hélio (cunhado de Auricélio) vence a eleição para Prefeito da mesma cidade. De 2013 a 2016, Hélio cumpre o mandato de Prefeito. Em 2016, Hélio não poderá se candidatar à reeleição ao cargo de Prefeito porque seria o terceiro mandato consecutivo deste núcleo familiar. STF. 2ª Turma. RE 1128439/RN, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 23/10/2018 (Info 921). (CAVALCANTE, 2018).

Assim, para o cargo de chefe do poder executivo não pode ocorrer reeleição para um terceiro mandato subsequente, seja pelo próprio candidato ou por parentes indicados na Constituição Federal.

3.2.1.2 A figura do denominado “prefeito itinerante” ou “prefeito profissional”

O prefeito itinerante ou prefeito profissional é aquele que exerce dois mandatos consecutivos em um mesmo Município, razão pela qual, se torna inelegível para o terceiro mandato consecutivo e transfere o seu domicílio eleitoral para município diverso com o intuito de afastar a inelegibilidade estabelecida no art. 14, § 5.º, da CF/88.

O TSE não admite a figura do prefeito itinerante, conforme exposto no julgamento do Recurso Especial Eleitoral n. 32.507, em 17.12.2008:

Vejamos:

“EMENTA: RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2008. REGISTRO CANDIDATURA. PREFEITO. CANDIDATO À REELEIÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE DOMICÍLIO PARA OUTRO MUNICÍPIO. FRAUDE CONFIGURADA. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO § 5.º DO ART. 14 DA CB. IMPROVIMENTO. 1. Fraude consumada mediante o desvirtuamento da faculdade de transferir-se domicílio eleitoral de um para outro Município, de modo a ilidir-se a incidência do preceito

legal disposto no § 5.º do art. 14 da CB. 2. Evidente desvio da finalidade do direito à fixação do domicílio eleitoral. 3. Recurso a que se nega provimento” (RESPE 32.507, Rel. Min. Eros Grau, j. 17.12.2008).

O tema chegou a ser discutido pelo STF no julgamento do RE 637.485, que, em 1.º.08.2012, manteve o novo entendimento firmado no TSE, não admitindo o terceiro mandato consecutivo, mesmo na hipótese de municípios distintos.

O Min. Gilmar Mendes, Relator, “assentou, sob o regime de repercussão geral, que: a) o art. 14, § 5.º, da CF interpretar-se-ia no sentido de que a proibição da segunda reeleição seria absoluta e tornaria inelegível para determinado cargo de Chefe do Poder Executivo o cidadão que já cumprira 2 mandatos consecutivos (reeleito uma única vez) em cargo da mesma natureza, ainda que em ente da federação diverso; e b) as decisões do TSE que acarretassem mudança de jurisprudência no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento não se aplicariam imediatamente ao caso concreto e somente teriam eficácia sobre outras situações em pleito eleitoral posterior”. (LENZA, 2022, p. 2360).

Em vista disso, é proibido a figura do prefeito itinerante ou profissional, conforme entendimento jurisprudencial.

3.2.1.3. Inelegibilidade relativa em razão da função para concorrer a outros cargos

Nos termos do artigo 14, parágrafo 6º, da Constituição Federal, para concorrer a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.

Tem-se que essa é uma regra de desincompatibilização.

Observe-se que para concorrer ao mesmo cargo, ou seja, a reeleição, não há necessidade de renúncia dos seus mandatos. Isso porque o dispositivo da Constituição Federal indica apenas a necessidade de renúncia para concorrer a outros cargos.

Consigne-se que a desincompatibilização do artigo 14, parágrafo 6º, da Constituição Federal, aplica somente aos chefes do poder executivo, não incluindo os vices.

É de se ressaltar que o disposto no parágrafo 6º do artigo 14 da Constituição Federal, aplica-se, tão somente, aos titulares de

mandatos de presidente da república, governadores do estado e do Distrito Federal e prefeitos municipais. Seus respectivos vices, portanto, não são abrangidos pela previsão constitucional supracitada, desde que, nos seis meses anteriores ao pleito, não assumam, mesmo em substituição, o cargo de titular, o cargo de titular. Como exemplo histórico da possibilidade de vice ser candidato a outro cargo sem renunciar o seu mandato, temos a eleição do vice-presidente da república Marco Maciel para o Senado Federal, pelo Partido da Frente Liberal (PFL) de Pernambuco, nas eleições de 2002. Naquela oportunidade, Marco Maciel continuou a exercer o mandato de vice-presidente da república durante o período eleitoral, evitando, entretanto, substituir o titular do cargo Fernando Henrique Cardoso, no período de seis meses anteriores ao pleito. Passada a eleição, e já eleito senador, Marco Maciel, ainda vice-presidente da república voltou a estar habilitado a substituir o então presidente FHC, conforme prevê a Constituição Federal. (NETO, 2021, p. 210).

Nesse patamar, em relação aos vices, a mencionada regra da desincompatibilização não incide, salvo se tenham, nos 6 meses anteriores ao pleito, sucedido ou substituído os titulares.

No mais, a sucessão por morte é diferente da mera substituição. Na sucessão o vice do poder executivo não pode concorrer a um terceiro mandato, enquanto na substituição o cidadão pode concorrer a mais dois mandatos, conforme entendimento jurisprudencial.

Segue a jurisprudência nesse sentido encampada na doutrina, conforme ora segue:

De acordo com a jurisprudência do TSE (Res. 22.129, de 15.12.05, Dj de 13.03.06), o vice que passou a ser chefe do Poder Executivo, em qualquer esfera, somente disputa a reeleição se pleiteia o cargo de titular que ocupa por sucessão (de forma definitiva). Assim, por exemplo, na ocasião histórica da morte do governador de São Paulo, Mário Covas, assumiu o governo, por sucessão, o seu vice, Geraldo Alckmin, que concluiu o mandato. Na eleição seguinte (2022), Alckmin, concorreu à reeleição, sendo eleito. Em 2006, por sua vez Geraldo Alckmin não mais pôde concorrer ao governo paulista, uma vez que não poderia pleitear um terceiro mandato seguido. Ao contrário, se o ex-governador Covas não tivesse falecido no cargo e Geraldo Alckmin tivesse, tão somente, o substituído durante o mandato de 1998 a 2002, poderia Alckmin ter concorrido a

governador em 2002 e, uma vez eleito, ter disputado a reeleição em 2006. (NETO, 2021, p. 210).

Diante disso, a sucessão e a substituição dos vices do poder executivo são tratadas de forma diversa.

3.2.1.4. Inelegibilidade relativa em razão do parentesco

A inelegibilidade em destaque está prevista no artigo 14, parágrafo 7º, da Constituição Federal e é chamada de reflexa, decorrente de parentesco.

Segue o dispositivo e no mesmo sentido a jurisprudência e súmula:

São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do presidente da república, de governador de estado ou território, do Distrito Federal, de prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição. (BRASIL, 1988).

O STF, em 07.04.2003, por maioria de votos, ficando vencido o Ministro Moreira Alves, estabeleceu: "cônjuge e parentes do chefe do Poder Executivo: elegibilidade para candidatar-se à sucessão dele, quando o titular, causador da inelegibilidade, pudesse, ele mesmo, candidatar-se à reeleição, mas se tenha afastado do cargo até seis meses antes do pleito" (RE 344.882, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ de 06.08.2004). (LENZA, 2022, p. 2363).

Nesse sentido, a S. 6/TSE, atualizada: "são inelegíveis para o cargo de Chefe do Executivo o cônjuge e os parentes indicados no § 7.º do art. 14 da CF, do titular do mandato, salvo se este, reelegível, tenha falecido, renunciado ou se afastado definitivamente do cargo até 6 meses antes do pleito" (DJE de 24.06.2016). (LENZA, 2022, p. 2363).

Essa espécie de inelegibilidade busca atender os princípios republicano e democrático, com a finalidade de que não haja permanência da família no poder executivo de forma perpétua, conforme exposto na jurisprudência.

A ideia da inelegibilidade relativa em razão do parentesco, conforme anotou o STF, deve ser interpretada "... de maneira a dar eficácia e efetividade aos postulados republicanos e democráticos da Constituição, evitando-se a perpetuidade ou alongada presença de

familiares no poder” (RE 543.117-AgR, Rel. Min. Eros Grau, j. 24.06.2008, DJE de 22.08.2008). (LENZA, 2022, p. 2363).

É válido mencionar, que a inelegibilidade reflexa somente atinge o cônjuge e os parentes até o segundo grau, consanguíneos, por afinidade ou por adoção, dos titulares de cargos do Poder Executivo, ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, no âmbito do território de jurisdição, ou seja, na circunscrição dos mesmos.

Dessa forma, os pais, avós, irmãos, cunhados, sogros, os filhos, netos e o cônjuge do prefeito não pode ser candidato a prefeito ou vereador do mesmo município, porque estão na mesma circunscrição, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição. Com isso, o esposo da prefeita pode ser candidato a vereador no mesmo município se já titular do mesmo mandato e estiver concorrendo à reeleição.

A inelegibilidade reflexa é apenas na circunscrição do município, razão pela qual é permitido ao esposo da prefeita ser candidato a vereador ou prefeito de outro município.

Cabe ressaltar que a dissolução da sociedade ou vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade reflexa, nos termos da súmula vinculante 18:

A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7.º do artigo 14 da Constituição Federal.

Essa súmula busca evitar fraudes a norma constitucional de inelegibilidade, pois poderia ocorrer divórcio ou separação de forma fictícia com a finalidade de burlar essa regra.

No caso de morte do cônjuge não se aplica a inelegibilidade em tela, nos termos da jurisprudência que ora segue:

Em momento seguinte, a amplitude da SV 18/STF veio a ser explicitada pelo STF. Inicialmente, a 2.^a Turma, no julgamento do AC 3.298-AgR (Rel. Min. Teori Zavascki, j. 24.04.2013), afastou a sua aplicação diante das particularidades do caso. Na situação concreta, o Prefeito do Município de Pombal/PB havia falecido há mais de 1 ano antes do término de seu mandato, tendo sido sucedido pelo Vice. Na eleição subsequente, de 2008, a ex-cônjuge do Prefeito falecido foi eleita Chefe do Executivo do mesmo município. No curso do primeiro mandato, a viúva constituiu novo núcleo familiar, com novo casamento civil e religioso e com filhos dessa nova união. No pleito seguinte, candidatou-se e foi eleita em 2012. Em consulta

respondida no mesmo ano, o TSE entendeu que não haveria violação ao art. 14, § 7.º. Contudo, em razão de impugnação da candidatura pela coligação adversária, a Justiça Eleitoral decidiu pela inelegibilidade. Contra essa decisão do TSE foi interposto recurso extraordinário e, também, medida cautelar diretamente no STF para se dar o efeito suspensivo (requerendo o afastamento excepcional das Súmulas 634 e 635/STF). Em janeiro de 2013, o Min. Lewandowski, no exercício da presidência, determinou a manutenção da prefeita eleita no cargo. Contra essa decisão foi interposto o agravo regimental. No referido julgamento, cautelarmente, a 2.ª T. do STF confirmou a manutenção da prefeita no cargo por vislumbrar o afastamento da SV 18. (LENZA, 2022, p. 2364).

A inelegibilidade reflexa não ocorre no caso de falecimento do titular do cargo no primeiro mandato, conforme jurisprudência em consonância com a anteriormente mencionada.

A inelegibilidade do art. 14, § 7º, da Constituição NÃO ALCANÇA o cônjuge supérstite (sobrevivente, viúvo) quando o falecimento tiver ocorrido no primeiro mandato, com regular sucessão do vice-prefeito, e tendo em conta a construção de novo núcleo familiar. A Súmula Vinculante 18 do STF não se aplica aos casos de extinção do vínculo conjugal pela morte de um dos cônjuges. STF. Plenário. RE 758461/PB, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 22/5/2014 (repercussão geral) (Info 747). (CAVALCANTE, 2014).

Os ex-sogros, ex-cunhados e ex-cônjuges do chefe do poder executivo continuam inelegíveis na circunscrição, até o término do mandato, caso o divórcio ou separação de fato tenha ocorrido no curso deste.

A união homoafetiva e a união estável também é hipótese de inelegibilidade reflexa. Porém a relação de namoro não é causa de inelegibilidade, nos termos da jurisprudência pacífica do TSE.

A união estável atrai a inelegibilidade reflexa (REspe nº. 23.487), com a ressalva de que o mero namoro não se enquadra nessa hipótese (Respe nº. 24.672). Da mesma forma, segundo o TSE (Respe nº 24564, Rel. Min. Gilmar Mendes), a união homoafetiva também atrai a inelegibilidade reflexa. (NETO, 2021, p. 214).

Consigne-se que a inelegibilidade em razão do parentesco aplica-se apenas aos mandatos do poder executivo, não podendo atingir, por exemplo, os senadores e deputados.

Além disso, os parentes do chefe do poder executivo municipal não podem se candidatar a vereador, por estar na mesma circunscrição, porém podem se candidatar a senadores e deputados, na forma da jurisprudência.

Diferente é a situação dos parentes do chefe do poder executivo estadual, pois não podem se candidatar ao cargo de vereador ou prefeito de qualquer município, bem como de deputado estadual, deputado federal ou senador, uma vez que a circunscrição do governador é o Estado, em consonância com a jurisprudência.

Segue a jurisprudência:

Parentes do prefeito, entretanto, podem ser candidatos a deputados no mesmo estado, sem que tal fato gere inelegibilidade reflexa, uma vez que o território de jurisdição do prefeito (o município) é menor do que a circunstância das eleições para deputado estadual ou federal (todo o estado). Assim, por exemplo, o filho do prefeito de um município no interior do Paraná pode ser candidato a deputado estadual, federal, senador ou mesmo governador daquele estado, mesmo que não seja titular de mandato eletivo e esteja concorrendo à reeleição. O mesmo, entretanto, não ocorre se parente até o segundo grau do governador de um estado queira concorrer, no mesmo estado, a vereador ou prefeito de qualquer um dos municípios, ou mesmo deputado estadual, federal ou senador. Como a jurisdição do governador é todo o estado, ficam impedidos seus parentes até o segundo grau, bem como o seu cônjuge, de concorrer a mandatos eletivos no referido estado, salvo se já titulares de mandato eletivo e candidatos à reeleição. (NETO, 2021, p. 212).

Se o chefe do poder executivo cumpriu apenas o primeiro mandato e renunciou seis meses antes do pleito, não há impedimento para os parentes concorrerem ao mesmo cargo no mandato subsequente. Somente não é permitida uma reeleição para um terceiro mandato.

Se o prefeito, governador ou presidente da república, no exercício do primeiro mandato, contudo, renunciou ao cargo seis meses antes da eleição, ou vier a falecer, no mesmo período, seus parentes poderão disputar o referido cargo, sem que haja inelegibilidade reflexa. Foi o que ocorreu com a ex-governadora do Rio de Janeiro, Rosinha

Garotinho, que sucedeu, em 2022, seu marido, Anthony Garotinho, que houvera sido eleito governador em 1998, para um primeiro mandato, e renunciado ao cargo seis meses antes das eleições 2022 para concorrer à presidência da república. Se Anthony Garotinho já estivesse, naquela oportunidade, exercendo um segundo mandato consecutivo de governador, sua renúncia seis meses antes da eleição não seria suficiente para afastar a inelegibilidade reflexa de sua esposa, para disputa do cargo de governador (para outro cargo afastaria). Como o ex-governador só havia exercido um mandato, Rosinha Garotinho pôde se candidatar e se eleger governadora do Rio de Janeiro, em 2022 (neste sentido, cf. AC. TSE nº. 19.442, de 21.08.2001(NETO, 2021, p. 213).

Tem-se que aplica-se a inelegibilidade prevista no artigo 14, parágrafo 7º, da CF, às eleições suplementares.

As hipóteses de inelegibilidade previstas no art. 14, § 7º, da CF, inclusive quanto ao prazo de seis meses, são aplicáveis às eleições suplementares. STF. Plenário. RE 843455/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 7/10/2015 (repercussão geral) (Info 802). (CAVALCANTE, 2015).

Com isso, a inelegibilidade em tela é reflexa, porque impede os parentes próximos, até o segundo grau, de se candidatar a determinados cargos por certo período. Nesse viés, não está relacionado ao próprio candidato que se elegeu, mas aos seus parentes.

3.2.1.5. Militares

O artigo 14, parágrafo 8º, da Constituição Federal, prevê que o militar alistável é elegível, desde que obedecidas as condições estabelecidas.

Se o militar tem menos de 10 anos de serviço deverá se afastar da atividade. Por outro lado, se o militar tem mais de 10 anos de serviço deverá ficar agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato de diplomação, para a inatividade.

Caso o militar exerça o cargo com menos de 10 (dez) anos de serviço, o afastamento deve ser definitivo.

Em se tratando de militar com mais de 10 (dez) anos de serviço, haverá o afastamento temporário com a agregação pela autoridade superior e somente se eleito, no ato da diplomação, para a inatividade.

Nesse sentido, o acórdão:

“EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. Militar alistável. Elegibilidade. Policial da Brigada Militar do Rio Grande do Sul, com menos de 10 (dez) anos de serviço. Candidatura a mandato eletivo. Demissão oficial por conveniência do serviço. Necessidade de afastamento definitivo, ou exclusão do serviço ativo. Pretensão de reintegração no posto de que foi exonerado. Inadmissibilidade. Situação diversa daquela ostentada por militar com mais de 10 (dez) anos de efetivo exercício. Mandado de segurança indeferido. Recurso extraordinário provido para esse fim. Interpretação das disposições do art. 14, § 8.º, I e II, da CF. Voto vencido. Diversamente do que sucede ao militar com mais de dez anos de serviço, deve afastar-se definitivamente da atividade, o servidor militar que, contando menos de dez anos de serviço, pretenda candidatar-se a cargo eletivo” (RE 279.469, Rel. p/ o ac. Min. Cezar Peluso, j. 16.03.2011, Plenário, DJE de 20.06.2011). (LENZA, 2022, p. 2366).

Assim, o militar pode se candidatar a um cargo eletivo, desde que se afaste da atividade militar se estiver exercendo por menos de dez anos de serviço ou fique agregado se o exercício é em período superior a dez anos, necessitando se afastar e ser declarado inativo apenas se eleito.

Conclusão

Diante do estudo acima, verifica-se que os direitos políticos negativos são causas impeditivas do indivíduo de participar como candidato ao pleito eleitoral previstas na Constituição Federal ou em lei complementar.

Denota-se que para se candidatar a algum cargo eletivo a pessoa precisa ser alistada e não estar presente nenhuma causa de inelegibilidade.

Caso ocorra alguma situação de inelegibilidade o indivíduo não poderá se candidatar a determinado cargo ou a nenhum cargo por certo período.

No mais, a classificação mais difundida pela doutrina é de inelegibilidades absolutas e relativas. Absolutas são situações que o indivíduo não poderá se candidatar a nenhum cargo e relativas são circunstâncias que a pessoa poderá se candidatar a alguns cargos e não a outros.

Com isso, foram explanados casos que a jurisprudência e a Constituição Federal consideram como causas de inelegibilidades. No mais, não foram analisadas situações que geram inelegibilidades por meio de lei complementar.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 05 de maio de 2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A vedação ao exercício de três mandatos consecutivos pelo mesmo núcleo familiar aplica-se também na hipótese em que um dos mandatos tenha sido para suceder o eleito que foi cassado.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b1b20d09041289e6c3fbb81850c5da54>>. Acesso em: 05/05/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **As hipóteses de inelegibilidade são aplicáveis às eleições suplementares.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/8efb100a295c0c690931222ff4467bb8>>. Acesso em: 05/05/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Inelegibilidade reflexa e falecimento do titular do cargo no primeiro mandato.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/39461a19e9eddfb385ea76b26521ea48>>. Acesso em: 05/05/2023.

Lenza. Pedro. **Direito Constitucional. 26ª edição** – São Paulo. Coleção esquematizado. Editora Saraiva, 2022.

Neto. Jaime Barreiros. **Direito eleitoral. 11ª edição** – São Paulo. Coleção sinopse para concursos. Editora Juspodivm, 2021.

SUBORDINAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO AO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO: DESAFIOS PARA CONCRETIZAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO

WILSON CARLOS MUCAPOLA:

Docente da Faculdade de Direito da
ULAN. Advogado

Resumo: Para os dias de hoje a administração deve estar vinculada ao direito e sujeitar-se a normas jurídicas obrigatórias e públicas, que têm como destinatários tanto os próprios órgãos e agentes da administração como os particulares, os cidadãos em geral. O artigo aborda questões ligadas ao direito administrativo, com o objectivo de analisar e contribuir para as reformas em curso, cuja a urgência é diariamente evidenciada, nas relações que os cidadão estabelecem com administração pública, na perspectiva de vermos uma administração subordinada ao procedimento administrativo, constituindo-se num dos grandes desafios para concretização e implementação, na actual estrutura macro-administrativa angolana.

Palavras Chaves: Subordinação, Administração Procedimento, Desafios e Implementação.

Introdução

A presente investigação que desenvolvemos, tendo em conta o pioneirismo que representa, no tratamento destas matérias, na ordem jurídica angolana, pretende-se apenas lançar as bases para futuras discussões acerca deste instituto ligado ao direito administrativo, com particular enfoque para o procedimento administrativo.

O procedimento, segundo a doutrina clássica, ou não era considerado de todo, ou era considerado apenas para explicar a formação da decisão final da Administração, enquanto simples instrumento ao serviço do acto administrativo e não de uma forma autónoma. Daí que grande parte da Doutrina francesa, ainda hoje, tenda a ignorar a autonomia dos fenómenos do procedimento confundindo-o com a forma dos actos administrativos ou, pelo menos, a considerar a desnecessidade da sua regulação, dado que isso poderia constituir um obstáculo à actuação da jurisprudência do Conselho de Estado⁴². Precisamos conhecer a história do reconhecimento do procedimento administrativo se quisermos tomar uma posição em relação à sua denominação.

Falar da Subordinação da Administração ao Procedimento Administrativo, tal deve ser encarada como uma das formas de se encontrar uma base de harmonia e de equilíbrio na busca e na salvaguarda dos interesses colectivos e o respeito pela defesa das garantias e interesses legítimos dos particulares, de modo a limitar juridicamente os abusos do poder e proteger os cidadãos contra os excessos de autoridade da administração.

A materialização desta subordinação, deve ser vista ainda ao nível da nossa administração como um desafio para a sua concretização e implementação, daí os estudos feitos nessa vertente ao abrigo do novo código do procedimento, que pode servir de instrumento mediador para consensualizar todos os actores intervenientes na estrutura macro-administrativa angolana. É uma realidade que deve ser visto como um regime da legalidade democrática.

A actividade administrativa não se esgota na simples tomada de decisões, sem que antes haja actos preparatórios a praticar, estudos a efectuar, averiguações a fazer, exames a realizar, informações e pareceres a colher. Sempre que é tomada uma decisão, cabe a administração registar, efectuar controlos do comprimento da decisão, emitir vistos, publicar a decisão tomada, sob pena de ineficácia e, finalmente cabe, ainda a administração notificar aos interessados para que estes tomem conhecimento da conduta da administração.²⁴⁶

O Problema do Conceito do Procedimento Administrativo ao abrigo do Decreto Lei 16-A/95 de 15 de Dezembro

Em nosso entender um dos vários factores que certamente terá contribuído para a ineficácia da subordinação da administração ao procedimento, prende-se pelo do decreto lei 16-A/95, trazer uma abordagem, do Procedimento que no entendimento desta legislação em vias de revogação, conceptualiza como sendo "a sucessão ordenada de actos e formalidades com vista a formação e manifestação da vontade dos Órgãos de Administração Pública".²⁴⁷

Note que, este conceito era bastante limitado, na medida em que não respeitava nem fazia menção do respeito pelos direitos subjectivos e interesses legalmente protegido dos particulares e das pessoas colectivas. Facilmente percebia-se que, a administração pública podia mediante o uso dos poderes do seu privilegio de execução prévia que a própria lei lhe confere, impor a sua vontade, sem ter em atenção as garantias jurídicas das pessoas com as quais se relacione, que acorrem em busca dos serviços públicos.

O novo CPA, vem legitimar e clarificar, que por mais que os órgãos da Administração Pública, prossigam os interesses da colectividade, devem observar o respeito pelos direitos e as garantias jurídica dos particulares, num acto qualquer que se queira praticar, sob pena deste ver a sua esfera jurídica desrespeitada e esmagada. Dai que se pede uma ponderação

²⁴⁶ FEIJÓ, Carlos. PACA, Cremildo, *Direito Administrativo 5ª edição, Mayamba Direito*. 2016, p.253

²⁴⁷ Nos termos do artigo 1.º do Decreto Lei 16-A/95 de 15 de Dezembro

e equilíbrio na busca da satisfação da prossecução dos interesses públicos e os interesses legalmente protegidos.

Do conceito ora tipificado ao abrigo da norma supra, resultam várias incompreensões e com elas críticas, sendo que uma delas tem haver com o conteúdo excessivamente objectivista da noção, na medida em que nenhum momento se faz referência aos particulares, ou seja, para a definição o procedimento esta apenas ao serviço dos interesses da administração, o que de certo modo até então tem permitido de forma legitima a exteriorização da sua vontade. Não faz quais menção sobre as garantias jurídicas dos particulares.

Procedimento Administrativo

Hoje, cada vez mais, verifica-se uma tendência acentuada para ritualização ou procedimentalização da actividade administrativa. Assim sendo, é curial salientar que a procedimentalização da actividade administrativa impõe a ponderação de multiplos interesses contraditórios relevantes no processo de formação da decisão , surgindo assim, como uma alternativa à pré-definição rigorosa dos interesses públicos a prosseguir, e assegurando, deste modo, uma relativa legitimação da decisão.²⁴⁸

A palavra procedimento provém do verbo latino pro-ceder “procedere”, que significa prosseguir, andar para frente.²⁴⁹ O procedimento administrativo exprime uma sequência ordenada de normas e formalidades qu vêm permitir a administração pública formar e manifestar a sua vontade e, depois exercitá-la. Tem sido esta esta forma que a nossa administração, se apresenta em materiais procedimentais, com certo excesso de poder.

Para as reformAs em curso, sobretudo para questões ligadas a subordinação da administração ao procedimento, é concessual, que o procedimento deva ser visto, com base a ideia partilhada com o Professor João Caupers, perfilhada pelo Professor Carlos Feijó e o Mestre Cremildo Paca, que encaram o procedimento administrativo, como sendo a sucessão ordenada dos actos e foprmalidades que visam assegurar a correcta formação ou execução da decisão adminisatrativa e defesa dos direitos e interesses legitimos dos particulares. ²⁵⁰

Esta visão adequa-se perfeitamente ao actual instrumento da procedimentalização administrativa Lei n.º 31/22 de 30 Agosto, em substituição do decreto Lei 16-A/95, consagra uam abordagem sobre o procedimento adminiostrativo, como sendo “a sucessão

248 FEIJÓ, Carlos. PACA, Cremildo, *Direito Administrativo 5ª edição, Mayamba Direito*. 2016, p.254

249 Idem

250 Ibidem

ordenada de actos e formalidades tendentes à formação, manifestação e execução da administração pública, bem como o dever de execução administrativa das decisões jurisdicionais, tendo sempre como limite o respeito pelos direitos subjectivos e interesses legalmente protegido dos particulares e das pessoas colectivas públicas.”²⁵¹

A procedimentalização da actividade administrativa corresponde à necessidade de objectivar a vontade da pessoa colectiva pública, através de uma sequência de actos e formalidades pré-ordenados e fixados no termo da qual a vontade dos suportes dos órgãos se despersonalize e combine numa vontade qualitativamente distinta: da pessoa colectiva. Por esse modo, reúnem-se as melhores condições para a prossecução do interesse público, graças à necessidade de intervenção de vários órgãos, do confronto de pareceres, da expressão e publicitação dos motivos, da sujeição a controlos.

Convém, no entanto, notar que o procedimento administrativo tem por finalidade a preparação e o amadurecimento da vontade a ser manifestada pela administração pública. Contudo na visão do Professor Fauto de Quadros, se, por um lado, essa é a principal finalidade, não é verdade que seja única. O procedimento visa igualmente ponderar os direitos e interesses legítimos dos particulares envolvidos no regulamento que se pretende aprovar, ou no acto que se quer praticar, ou ainda no contrato que seja celebrar, daí que o procedimento deva ser visto como uma garantia dos particulares.²⁵²

Daí o entendimento concessual, que é preciso que se materialize a subordinação da administração ao procedimento administrativo, tal visa por um lado garantir a melhor ponderação possível da decisão à luz do interesse público, e, por outro, assegurar o respeito pelos direitos e interesses e interesses legítimos dos particulares.

Subordinação da Administração ao Procedimento Administrativo

Como resulta do acima exposto, não faltam razões para que se comece hoje um caminho rumo à descoberta da nova forma do princípio da legalidade, pelo que, por forma a evidenciar a sua importância e descobrir se efectivamente representa uma alternativa viável ao princípio da subordinação da administração ao procedimento. A primeira grande referência quando se começa a falar da juridicidade, resulta do conteúdo do princípio do Estado democrático e de direito, que orienta e determina como padrão para a prática de qualquer acto público, o Direito.

²⁵¹ Nos termos do artigo 2.º da lei 31/22 de 30 de Agosto, regula o código do procedimento administrativo

²⁵² FEIJÓ, Carlos. PACA, Cremildo, *Direito Administrativo 5ª edição, Mayamba Direito*. 2016, p.255

Fundamentalmente porque o Direito se apresenta como uma “arma” ao alcance de todo o cidadão e que busca o equilíbrio nas relações tendo em referência o princípio da justiça. As vinculações resultantes do Direito porque justas, e detentoras da “razão” servem e aplicam-se às pessoas e instituições nos mesmos termos, de tal sorte que Estado e cidadão, encontram-se igualmente vinculados às mesmas regras.²⁵³

Com isso, mais uma vez a Administração Pública deve alterar os seus padrões, de modo a adaptar-se aos novos desafios. Os traços mais evidentes destas alterações devem estar associados ao surgimento de outras formas de administração para além das clássicas. Nesta fase a Administração deve socorrer-se em instrumentos normativos e não só, cuja aplicação não deve restringir-se ao caso concreto, mas à uma generalidade de indivíduos, donde pontificam sem sombra de dúvidas as clara inicitiva do princípio do participativo.

O Estado pós-social consolidou a perspectiva do procedimento enquanto figura central da dogmática jurídica. Saiu da dicotomia agressão (Estado Liberal) vs prestação (Estado Social²⁵⁴) e trouxe um paradigma, que hoje pode ser considerado como o maior problema do Direito Administrativo e que o procedimento ajuda a solucionar de forma magistral, o conflito de interesses ao nível da actuação administrativa, interesse Público que constitui o seu móbil e o interesse privado, que tem de ser respeitado por esta. Tal só é possível se ponderarmos os dois interesses em sede do procedimento administrativo.²⁵⁵

Nos dias de hoje é ponto assente em como a administração continua a crescer e a adaptar-se aos novos desafios que a evolução social vai colocando, havendo mesmo autores que a propósito da fase actual de evolução da administração falam em Administração neoliberal.²⁵⁶

Relativamente ao modelo neoliberal o Professor Paulo Otero conclui a sua abordagem com as seguintes palavras:

A existência de uma administração neoliberal, suscitando claro divórcio entre textos constitucionais oficialmente definidores de modelos interventivos, à luz de postulados de bem-estar e níveis óptimos de satisfação de necessidades colectivas próprias de um Estado social, e a carência de meios financeiros suficientes para continuar a realizar uma Administração prestadora, num claro propósito político de se repensar a dimensão do

253 LOPES, Moreira, Dissertação do Mestrado, in Procedimento Administrativo angolano, na perspectiva Garantística. Lisboa 2017. P.18

254 Sobre o Estado Social de Direito e suas implicações para o povo, dentre outros veja, Paulo Otero, Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado, Coimbra editora 1998 p 14 ss.

255 Para maior desenvolvimento desta ideia *vide* Vasco Pereira da Silva ob cit.. p129.

256 Paulo Otero, Manual ob cit... p 287.

Estado Social, não se trata, porém, de um problema de memória história – aqui reside uma temática de última hora, reconduzível a um possível efeito permanente de um estado de emergência financeira que reflecte a tragédia do Estado, passível de ilustrar o desenvolvimento de uma normatividade não oficial²⁵⁷.”

Ora, do excuro feito pode-se compreender que a Administração Pública passou por vários estádios, até a fase actual, em que o procedimento administrativo se apresenta como seu principal “cartão de visita” pois é o instituto que melhor traduz a necessidade de um intercâmbio permanente entre os cidadãos e a administração em ordem a realizar da melhor maneira possível e de acordo com os postulados de justiça o interesse Público. Pode-se igualmente compreender que este percurso nem sempre foi fácil, porquanto a ideia de aproximação administração-cidadão ainda é aceite com alguma resistência²⁵⁸.

Tendo em conta os princípios do Direito Administrativo clássico de matriz francesa, a figura do procedimento não teria aceitação entre a doutrina e administração gaulesa, o que era perfeitamente admissível na época³⁷. Enquanto isso, outros países como a Espanha, -tido como pioneiro na regulação jurídica do procedimento- o instituto, embora com um âmbito de acção restrito, porquanto a sua violação não gerava responsabilização do funcionário em causa, era tido como mecanismo através do qual se podia proceder a uniformização das tarefas dos vários ministérios.³⁸

Constitui-se ainda num grande desafio, tornar o papel do procedimento enquanto meio de actuação da administração. Um dos grandes objectivos da presente investigação é evidenciar ao nível do nosso país, a importância do procedimento administrativo - para melhoria do trabalho da administração em ordem a satisfazer o bem comum - que por força de vários factores, têm sido ignorada. Portanto, muitas questões ao nível do procedimento devem merecer a nossa atenção, a título de exemplo, um aspecto que tem sido amplamente discutido em relação à matéria, tem a ver com a denominação, procedimento.

Desafios para Concretização e Implementação do Procedimento Administrativo

É certo que o Procedimento enquanto instituto ligado ao Direito Administrativo tem a sua raiz em França e é no contexto do nascimento deste ramo do direito que aquele foi forjado. A existência de regras aplicáveis à Administração Pública no que a sua organização

²⁵⁷ Paulo Otero, Manual ob cit.. p 292.

²⁵⁸ “Ao mesmo tempo, e ainda quanto ao tardio reconhecimento do procedimento administrativo, não é também só a natureza ensimesmada da administração liberal que justifica o desconhecimento o *iter* que antecede as decisões administrativas. Durante o século XIX, a actividade administrativa estava sujeita a um núcleo restrito de regras, tanto no capítulo organizatório, como no que diz respeito ao seu

interna diz respeito, e o seu evoluir, está na base do surgimento do procedimento administrativo.

Estas regras regiam a actuação da administração por ocasião da tomada de decisão, cada caso era tratado de modo individual por via de um *dossier* cuja estruturação era determinada pelas regras de funcionamento das instituições, as normas procedimentais. Importa referir que, o Procedimento Administrativo sempre existiu²⁵⁹ em França ou em qualquer outra realidade, pois ele está inapelavelmente associado à decisão administrativa e não só, portanto ali onde existir administração que toma decisões para satisfazer as necessidades dos cidadãos existirá indubitavelmente um itinerário a ser seguido.

Daí que não se afigura correcto falar do nascimento ou origem do procedimento, ou dissocia-lo da actual estrutura macro administrativa angolana. O que se pode discutir a este respeito, é a ideia do reconhecimento do instituto rumo a sua positivação com consequências para quem deixar de cumprir uma regra do seu regime jurídico, de modos a efectivar a sua materialização concreta nas decisões administrativas.

Princípios do Procedimento

O procedimento administrativo, a par de outros institutos do direito administrativo, também apresenta os seus respectivos princípios cada um dos quais introduzidos no funcionalismo público, trás consigo as suas especificidade e utilidade na conformação e uniformização dos procedimentos administrativos. Tal como podemos começar por aflorar baixo:

²⁵⁹ "O Procedimento é uma categoria chave para a compreensão do pensamento contemporâneo. Incluindo já no rol dos termos-fetiche, aparece inserido em jogos de linguagem tão diversos com a Filosofia Política, a Ética, a Teoria da Argumentação, o Direito Público e mesmo o Direito Privado. A euforia procedimental, criticada por Ossenbuh há uma década como moda e como tal condenada à efemeridade, continua desmentindo a morte anunciada. É inegável que numa época de pensamento débil pósmetafísico (Habermas) e pós-moderno (Lyotard), o procedimento vai assumindo novos contornos, não escapando ao espírito do tempo. Uma perspectiva de abordagem do procedimento que suscita crescentes apoios tem sido desenvolvida no quadro da Ciência da Administração. Sem prejuízo de uma ulterior consideração, no âmbito das funções do procedimento, interessa sublinhar que a Ciência da Administração parte da existência de um procedimento fáctico, ou seja, do reconhecimento que uma decisão se produz através de um determinado proceder empírico. Este procedimento fáctico não é monopólio dos poderes de Estado, mas verifica-se ao nível das próprias empresas. A ideia de que toda a actividade administrativa é ordenada em fluxos, de que não há *one shot decisions* serve de ponto de partida a este olhar, mediante uma grelha destinada a captar o *decision-making process*. Assim, a noção de procedimento da Ciência da Administração é mais ampla que a adoptada pela Ciência do Direito". João Carlos Simões Gonçalves Loureiro, O Procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra editora 1995 p 17-24.

1. Princípio do Devido Procedimento.²⁶⁰

- a) Nos termos deste princípio consagrado no artigo 26º da Lei n.º 31/22 de 30 de Agosto, “qualquer actividade administrativa susceptível de lesar posições subjectivas de particulares deve ser precedida de procedimento adjacente e justo”

Este princípio é uma linha orientadora daquilo que deve ser a actuação dos órgãos da administração pública, em matérias procedimentais, sobretudo em questões que tem que ver com matérias contratuais, que se pretende celebrar entre os organismos públicos e os particulares, é necessário que se observe um conjunto de formalidades tendes a prática do acto, sob pena do acto correr fortes riscos de ser impugnado.

Ainda na senda deste princípio faz alusão sobre adequação do procedimento de forma justa.

O procedimento adequado e justo envolve:

a) A participação dos interessados no procedimento, incluindo a obrigação de audiência prévia;

Neste princípio as entidades públicas administrativas, devem sempre assegurar que sejam previamente ouvidos os interessados, de er tomada qualquer decisão final.

b) A efectivação do direito ao contraditório;

As prtes devem ser-lhes garantido o direito ao contraditório, numa situação concreta, que precisam tecer os seus esclarecimentos, ou a versão contrária dos factos em apreciação.

c) A Fundamentação Expressa da Decisão

O dever de fundamentação dos actos administrativos susceptíveis de negar, extinguir, restringir, ou que decidam reclamação ou recurso administrativo que visam afectar por qualquer modo direitos ou interesses legalmente protegidos ou imponham ou agravem deveres, encargos sujeições ou sanções. Na mesma linha pensamento não são passíveis de fundamentação os actos os actos de homologação de deliberações tomadas

²⁶⁰ Nos termos do artigo 26.º da n.º lei 31/22 de 30 de Agosto, regula a procedimentalização administrativa

por júris, bem como as ordens dadas pelos superiores hierárquicos aos seus subalternos sem matérias de serviço e sob a forma legal.

O recente CPA, submete também a consideração dos entes públicos a Figura da Tutela dos Particulares, sobre a qual recai o dever legal da Administração Pública, espontaneamente, no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da data da notificação, executar as suas próprias decisões favoráveis aos particulares.

2. Princípio da Gratuitidade.²⁶¹

O procedimento administrativo é gratuito, salvo na medida em que normas especiais imponham o pagamento de taxas emolumentos ou de despesas efectuadas, pela administração pública.

Importa que os entes públicos percebam, que as formalidades para que se pratique um acto administrativo, são dispensáveis de qualquer despesa ao cidadão, em situações devidamente tipificadas pela legislação especial, numa situação especial em concreto pode se taxar ou pagar algum emolumento pela tramitação da actividade procedimental.

Tal acontece sobretudo por alguma insuficiência económica das pessoas que vam em busca dos serviços públicos, gozam do direito do apoio judiciário, deve administração pública, isentar total ou parcialmente o interessado do pagamento das taxas, emolumentos ou das despesas, a exemplo dos atestados que são emitidos pelas Administração Pública que visam essencialmente atestar a incapacidade económica do cidadão, que vam em busca de serviços a nível dos órgãos jurisdicionais, em plena harmonia com o preceito constitucional, concretamente no artigo 29.º da Constituição da República de Angola, abreviadamente designada por CRA, consagra à não denegação da justiça por insuficiência económica.

3. Princípio da Adequação Procedimental.²⁶²

Segundo o qual “na condução do procedimento administrativo, os órgãos da Administração Pública têm a faculdade de adoptar as condutas que melhor realizem o interesse público, tendo em conta o contexto, desde que não haja norma a impor as condutas adequadas”. Em situações de dar-se o caso, esta deve refugiar ou limitar-se na sua actuação pelos preceitos constitucionais, pelos princípios gerais da actividades administrativa e pelas garantias dos particulares.

Normas e Princípios Processuais Sobre o Procedimento Administrativo

²⁶¹ Op. Cit. Artigo 27.º

²⁶² Idem

A regulamentação do procedimento administrativo e da actividade administrativa, constitui um salto em frente, revelador de um inequívoco ponto de viragem na arquitectura do sistema de garantias jurídicas dos particulares perante a administração, no contexto da legalidade democrática e do Estado de Direito.²⁶³

Sendo que, bem vistas essas normas representam um desafio a capacidade e coerência plurifuncionais do Estado no seu conjunto e da administração, em particular, representam também sentido de empreendimento, mobilização e intervenção participada e responsável do indivíduo e da sociedade na prossecução do interesse público.

Nesta altura, de grosso modo, sem disprimórdio das demais normas que regulam o procedimento administrativo, temos a destacar a lei n.º 31/22 de 30 de agosto, que aprova o código do procedimento administrativo, temos ainda a lei n.º 33/22 de 1 de setembro, aprova o código de processo do contencioso administrativo, com respeito as demais legislações não aqui, mencionadas.

Espécies de Procedimentos Administrativos

A classificação dos procedimentos administrativos, quanto à tipologia, no pensamento do Professor Carlos Feijó, perfilhado com o Mestre Cremildo Paca, são unânimes na classificação do procedimento administrativo, na perspectiva dele obedecer a vários critérios, tais como:

a) Procedimento de iniciativa pública, ou início oficioso

O procedimento administrativo inicia-se, oficialmente, mediante despacho do órgão competente ou por iniciativa dos interessados mediante requerimento.²⁶⁴ O procedimento pode ser posto em marcha por iniciativa da administração pública, mas em certos tipos de procedimentos só fazem sentido quando precedidas de uma iniciativa particular.

²⁶³ FEIJÓ, Carlos. PACA, Cremildo, *Direito Administrativo 6ª edição, Mayamba Direito*. 2016, p.257

²⁶⁴ Nos termos do artigo 91.º da lei n.º 31/22 de 30 de Agosto, regula a procedimentalização administrativa

A ADEQUAÇÃO DAS EMPRESAS À LGPD: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

MATHEUS CORDEIRO DE BARROS MENDES:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP)²⁶⁵

RESUMO: A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) estabelece normas e requisitos para o tratamento de dados pessoais por empresas e organizações no Brasil. Este artigo científico aborda os desafios e perspectivas enfrentados pelas empresas na adequação à LGPD. O estudo destaca que as empresas precisam investir em recursos e tecnologias para garantir a conformidade com a lei, o que pode ser um desafio para organizações menores ou com menor capacidade financeira. Além disso, a complexidade da lei e a necessidade de mudanças culturais e processuais podem dificultar a adequação. No entanto, a adequação à LGPD pode trazer benefícios para as empresas, como a melhoria da reputação e a conformidade com normas internacionais. O artigo conclui que a adequação à LGPD é um processo contínuo que requer investimento e comprometimento das empresas, mas que pode trazer benefícios a longo prazo.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Geral de Proteção de Dados, LGPD, dados pessoais, empresas, conformidade, desafios, perspectivas, recursos, tecnologias, mudanças culturais, mudanças processuais, benefícios, reputação, normas internacionais.

ABSTRACT: The General Data Protection Law (LGPD) establishes norms and requirements for the treatment of personal data by companies and organizations in Brazil. This scientific article addresses the challenges and perspectives faced by companies in adapting to the LGPD. The study highlights that companies need to invest in resources and technologies to ensure compliance with the law, which can be a challenge for smaller organizations or those with less financial capacity. Additionally, the complexity of the law and the need for cultural and procedural changes can hinder adaptation. However, compliance with the LGPD can bring benefits to companies, such as improved reputation and compliance with international standards. The article concludes that compliance with the LGPD is an ongoing process that requires investment and commitment from companies but can bring long-term benefits.

KEY-WORDS: General Data Protection Law, LGPD, personal data, companies, compliance, challenges, perspectives, resources, technologies, cultural changes, procedural changes, benefits, reputation, international standards.

INTRODUÇÃO

²⁶⁵ matheuscodbm@gmail.com

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) foi promulgada pelo presidente Michael Temer no dia 14 de agosto de 2018, originária do PLC n. 53/2018, estabelecendo normas e requisitos para o tratamento de dados pessoais por empresas e organizações no Brasil, para assegurar o cumprimento das diretrizes que asseguram uma proteção à um direito que passou a ser reconhecido como direito fundamental, o direito a proteção de dados, sendo incluído no rol dos direitos fundamentais pela proposta de Emenda à Constituição (PEC) 17/2019.

A proteção de dados pessoais se tornou um tema cada vez mais relevante dentro do cenário global, especialmente com o crescente uso da tecnologia e a coleta massiva de informações pessoais por empresas e governos. Dessa forma, a proteção de dados pessoais se tornou essencial para garantir a privacidade, a dignidade e a liberdade dos indivíduos.

A LGPD tem o objetivo de proteger esse direito fundamental, ao mesmo tempo em que incentiva a inovação e o desenvolvimento de tecnologias. No entanto, a adequação à LGPD pode ser um desafio para as empresas, que precisam investir em recursos e tecnologias para garantir a conformidade com a lei, além de se adaptar a mudanças culturais e processuais.

Estas diretrizes da LGPD são extremamente técnicas, estipulam os meios e métodos que as autoridades governamentais e jurídicas devem utilizar para uma análise concreta do tratamento correto dos dados dos usuários. Neste sentido, é possível identificar uma dificuldade inicial das partes que devem realizar o tratamento de dados conforme as diretrizes estabelecidas na LGPD, as organizações enfrentam uma grande dificuldade para se adequar à esta lei devido à demanda por uma solução que englobe não apenas os aspectos jurídicos da legislação, mas também os fatores relativos aos processos tecnológicos. Essa exigência se dá pelo fato de que a LGPD não se limita apenas à proteção de dados pessoais, mas também abrange questões relacionadas à segurança e à privacidade das informações armazenadas pelas empresas. Dessa forma, é fundamental que as organizações adotem uma abordagem multidisciplinar para garantir a conformidade com a lei e proteger os dados pessoais dos indivíduos.

Além destes fatores, os conceitos de Compliance e governança corporativa estão incluídos no processo de adequação destas empresas às normas jurídicas que estipulam a proteção de dados, sendo um fator crucial para todas as empresas que realizam algum tipo de tratamento de dados, inclusive aos órgãos públicos.

Levando em conta toda a complexidade de analisar os casos que demonstram algum tipo de violação das diretrizes contidas na LGPD, a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), um órgão da administração pública federal brasileira responsável por zelar pela proteção dos dados pessoais e privacidade dos cidadãos, foi

uma das soluções encontradas pelos parlamentares brasileiros para estabelecer uma fiscalização correta e a criação de normas reguladoras que facilitem também os processos de segurança de dados e o seu respectivo manuseio dentro das empresas e órgãos públicos.

A ANPD tem como principais atribuições a elaboração de normas e diretrizes para a proteção de dados pessoais, a fiscalização e aplicação de sanções em caso de violações à LGPD, a celebração de acordos internacionais em matéria de proteção de dados, a cooperação com órgãos públicos e privados e a promoção de estudos e pesquisas sobre privacidade e proteção de dados pessoais.

A criação da ANPD é uma importante medida para garantir a proteção dos dados pessoais dos cidadãos brasileiros e garantir a conformidade das empresas com a LGPD. Com a atuação da autoridade, espera-se que as empresas sejam mais cuidadosas com a coleta, armazenamento e compartilhamento de dados pessoais, garantindo assim a privacidade e segurança dessas informações.

Nesse contexto, a adequação à LGPD representa um desafio significativo para as empresas, que precisam não apenas se adaptar às novas normas legais, mas também implementar mudanças em seus processos e sistemas tecnológicos para garantir a proteção dos dados pessoais dos seus clientes e funcionários.

Este artigo tem como objetivo analisar os desafios e as perspectivas para a adequação das empresas à LGPD, considerando tanto os aspectos jurídicos quanto os fatores tecnológicos envolvidos nesse processo. Serão discutidos os principais desafios enfrentados pelas empresas na adaptação à nova lei, bem como as perspectivas para o futuro da proteção de dados no Brasil.

Ao final do artigo, espera-se que os leitores tenham uma compreensão mais ampla sobre os desafios e as oportunidades envolvidos na adequação das empresas à LGPD, bem como sobre a importância da proteção de dados pessoais para garantir a privacidade, a liberdade e a dignidade dos indivíduos em uma sociedade cada vez mais conectada e tecnológica.

Revisão dos principais conceitos e requisitos da LGPD

A LGPD tem como objetivo proteger a privacidade e a liberdade dos indivíduos, ao mesmo tempo em que incentiva a inovação e o desenvolvimento de tecnologias. Para alcançar esses objetivos, a lei estabelece uma série de requisitos que as empresas e organizações devem cumprir ao tratar dados pessoais, sendo que o tratamento de dados, ou seja, o manuseio dos dados dos usuários só seram admitidos nas hipóteses previstas em lei.

“Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;

VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) ;

VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou

X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.”

Um dos principais requisitos da LGPD é a obtenção de consentimento explícito dos titulares dos dados para o tratamento de seus dados pessoais. Além disso, a lei estabelece que os titulares dos dados têm o direito de acessar seus dados pessoais, corrigi-los, excluir ou limitar o seu uso. As empresas também devem garantir a segurança e a confidencialidade dos dados pessoais, implementando medidas técnicas e organizacionais adequadas para proteger os dados de acesso não autorizado, perda ou destruição.

“Art. 9º O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso:

I - finalidade específica do tratamento;

II - forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

III - identificação do controlador;

IV - informações de contato do controlador;

V - informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade;

VI - responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e

VII - direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei.”

Outro ponto importante da LGPD é a criação da figura do encarregado de dados (DPO), que é responsável por garantir o cumprimento da lei dentro da empresa e atuar como ponto de contato com os titulares dos dados e a autoridade nacional de proteção de dados (ANPD).

“Art. 41. O controlador deverá indicar encarregado pelo tratamento de dados pessoais.

§ 1º A identidade e as informações de contato do encarregado deverão ser divulgadas publicamente, de forma clara e objetiva, preferencialmente no sítio eletrônico do controlador.

§ 2º As atividades do encarregado consistem em:

I - aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências;

II - receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências;

III - orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais; e

IV - executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares.

§ 3º A autoridade nacional poderá estabelecer normas complementares sobre a definição e as atribuições do encarregado, inclusive hipóteses de dispensa da necessidade de sua indicação, conforme a natureza e o porte da entidade ou o volume de operações de tratamento de dados.”

Desafios enfrentados pelas empresas na adequação à LGPD

A adequação à LGPD pode ser um grande desafio para as empresas, que precisam investir em recursos e tecnologias para garantir a conformidade com a lei, além de se adaptar a mudanças culturais e processuais. Uma das principais dificuldades enfrentadas pelas organizações é a complexidade da lei, que exige uma análise cuidadosa de como os dados pessoais são tratados dentro da empresa. Um dos aspectos dessa complexidade é a elaboração de um relatório de impacto à proteção de dados pessoais (RIPD). A análise de risco é uma etapa crucial para as empresas que buscam se adequar à LGPD, pois permite identificar quais tipos de dados pessoais estão sendo tratados e avaliar os riscos envolvidos nesse processo. Essa análise está intimamente relacionada à elaboração de uma documentação de análise de risco, que é imprescindível para tratar certos tipos de dados que possam afetar os direitos e liberdades dos titulares de dados. A documentação deve incluir informações como a natureza dos dados tratados, o propósito do tratamento, os meios utilizados para o tratamento, as medidas de segurança adotadas, entre outros aspectos relevantes para a proteção dos dados pessoais. Com base na análise de risco, as empresas podem definir as medidas de segurança necessárias para garantir a proteção dos dados pessoais e evitar possíveis violações à LGPD.

As empresas enfrentam o desafio de investir em recursos e tecnologias para assegurar a segurança e a confidencialidade dos dados pessoais, que são protegidos pela LGPD. Para atender a essas exigências, é necessário que as empresas implementem medidas técnicas e organizacionais adequadas para evitar a perda, destruição ou acesso não autorizado aos dados. Para isso, podem ser necessários investimentos em sistemas de criptografia, contratação de especialistas em proteção de dados e adoção de políticas de segurança da informação. Dessa forma, as empresas podem garantir a proteção dos dados pessoais e cumprir com as obrigações estabelecidas pela LGPD, minimizando os riscos de sanções e danos à sua reputação.

A mudança cultural e processual necessária para a conformidade com a LGPD também pode representar um desafio para as empresas. A cultura de privacidade e proteção de dados ainda não está totalmente consolidada no Brasil, o que pode exigir mudanças na forma como as empresas tratam dados pessoais. Além disso, as empresas precisam revisar seus processos internos para garantir a conformidade com a lei, o que pode envolver mudanças na forma como os dados são coletados, armazenados e compartilhados.

Outro ponto importante é a necessidade de investimento em tecnologia e infraestrutura adequadas para a proteção de dados. Isso envolve a adoção de medidas de segurança, como criptografia, controle de acesso e backups regulares, bem como a contratação de profissionais capacitados para lidar com a proteção de dados, o que representa um grande obstáculo as pequenas empresas, pois essas estruturas cibernéticas exigem um grande investimento, tanto relacionado a infraestrutura necessária para apoiar servidores e outros data centers, quanto para o investimento em funcionários qualificados, que podem identificar por meio de projetos, métodos para estabelecer uma cultura organizacional dentro da empresa de proteção de dados.

Não obstante, é importante destacar que a LGPD prevê sanções e multas que devem ser aplicadas pela ANPD, para as empresas que não cumprirem as normas estabelecidas. Essas multas podem chegar a 2% do faturamento da empresa, podendo chegar R\$ 50 milhões por infração, conforme:

“Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional: (Vigência)

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;

III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II;

IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;

V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;

VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração;

X - suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador;

XI - suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período;

XII - proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.”

A conformidade com a LGPD não é apenas uma questão ética e de proteção aos dados pessoais dos titulares, mas também uma questão financeira crucial para as empresas. As multas por violações à lei podem chegar a valores extremamente elevados, o que pode representar um impacto significativo no orçamento e na imagem da empresa. Portanto, é essencial que as organizações estejam atentas e se adequem à LGPD para evitar possíveis sanções e preservar a confiança dos seus clientes e parceiros comerciais.

Neste aspecto sancionatório, é importante ressaltar que a adequação à LGPD é crucial para evitar sanções administrativas que podem afetar severamente a saúde financeira das empresas. A ANPD, como órgão regulador responsável pela fiscalização e aplicação de sanções, tem desempenhado um papel fundamental na implementação da LGPD no país. Recentemente, em 27/02/2023, a ANPD publicou o Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas, Resolução CD/ANPD N°4, de 24 de Fevereiro de 2023, que foi um marco na atividade reguladora por parte da autoridade governamental. Esse regulamento estabelece critérios e procedimentos para a aplicação das sanções previstas na LGPD, visando garantir a proteção dos dados pessoais e a conformidade das empresas com a lei. Além disso, traz mudanças importantes na Resolução CD/ANPD N°1, de 28 de outubro de 2021, que contém o processo de fiscalização e sanções do órgão governamental. Essas mudanças processuais estabelecem nuances entre a dosimetria estabelecida nas multas aplicadas pela ANPD, o que demonstra o comprometimento da autoridade governamental em garantir a proteção dos dados pessoais dos titulares e a conformidade das empresas com a LGPD.

Apesar dos desafios, a conformidade com a LGPD pode trazer benefícios para as empresas. Ao adotar boas práticas de privacidade e segurança de dados, as empresas podem melhorar a confiança e fidelidade dos clientes, bem como sua reputação no

mercado. Além disso, a LGPD pode estimular a inovação e o desenvolvimento de novas tecnologias e soluções que garantam a proteção de dados pessoais.

Finalmente, é importante observar que a LGPD é uma legislação recente e ainda existem muitas incertezas e dúvidas sobre sua aplicação. Por isso, é fundamental que as empresas busquem orientação especializada e se mantenham atualizadas sobre as normas e mudanças na legislação para garantir a adequação contínua à LGPD.

Em resumo, a conformidade com a LGPD representa um grande desafio para as empresas, mas também uma oportunidade de aprimoramento e inovação. É necessário que as organizações adotem uma abordagem proativa na proteção dos dados pessoais dos titulares e invistam em tecnologia e cultura organizacional adequadas para garantir a conformidade com a legislação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei nº 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 20 mai. 2023

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 03 mai. 2021

PINHEIRO, Patrícia P. **PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: COMENTÁRIOS À LEI N. 13.709/2018 (LGPD)**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555595123. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595123/>. Acesso em: 03 mai. 2023.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **ANPD e LGPD: Desafios e perspectivas**. [Digite o Local da Editora]: Grupo Almedina (Portugal), 2021. E-book. ISBN 9786556272764. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556272764/>. Acesso em: 03 mai. 2023.

O que é ANPD? [Autoridade Nacional de Proteção de Dados]. Disponível em: <https://tecnoblog.net/responde/o-que-e-anpd-autoridade-nacional-de-protacao-de-dados/>. Acesso em: 21 de abr. 2023

ANPD publica regulamento de aplicação de sanções administrativas. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-publica-regulamento-de-dosimetria>>. Acesso em: 28 de abr. 2023

Quais São as Maiores Dificuldades Que as Empresas Enfrentarão para Implementar a LGPD? Disponível em: <<https://direitoparatecnologia.com.br/implementar-a-lgpd/>>. Acesso em: 4 maio. 2023.

Maldonado, Viviane Nóbrega, Blum, Renato Opice, coordenadores – **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada – 1ª Edição** – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Acesso em: 01 mar. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 04 mar. 2023.

COMITÊ CENTRAL DE GOVERNANÇA DE DADOS - CCGD. **Guia de Boas Práticas LGPD.** Abril 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/governancedados/guia-de-boas-praticas-lei-geral-de-protecao-de-dados-lgpd>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

EUTANÁSIA: DIREITO À VIDA OU A LIBERDADE INDIVIDUAL?

CAMILLA TAINARA VALEIRO PORTO:

bacharelanda no curso de Direito da
Universidade Brasil - Campus
Fernandópolis.

ELOISA DA SILVA COSTA²⁶⁶

(orientadora).

RESUMO: A eutanásia é um termo utilizado para descrever o ato de provocar ou acelerar a morte de um indivíduo que esteja sofrendo de uma doença terminal ou incurável, com o objetivo de aliviar seu sofrimento. O principal objetivo deste artigo é estudar, apresentar e instigar ao leitor, uma reflexão acerca da eutanásia, tema de extrema importância no mundo jurídico, onde existe um evidente confronto entre o direito à vida e a liberdade de escolha de um indivíduo, em situações de morte. Quando o assunto é eutanásia, dois dos principais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, quais sejam: a vida e a liberdade entram em confronto direto, por essa razão, o estudo do tema é de grande valia. No Brasil, a eutanásia é um crime previsto em lei como assassinato. O artigo abordará as divergências acerca do instituto da Eutanásia, estabelecendo sua conexão com os direitos fundamentais, abordará resumidamente o histórico do instituto da Eutanásia, além de abordar sobre como é atualmente sua aplicação em outros países. O estudo foi realizado através de pesquisa bibliográfica, por meio da análise de livros, doutrinas, artigos científicos atualizados sobre o tema.

Palavras-chave: Eutanásia. Direito à vida. Direito à liberdade. Morte digna.

ABSTRACT: Euthanasia is a term used to describe the act of causing or accelerating the death of an individual who is suffering from a terminal or incurable disease, with the aim of alleviating their suffering. The main objective of this article is to study, present and instigate the reader to reflect on euthanasia, a topic of extreme importance in the legal world, where there is an evident confrontation between the right to life and the freedom of choice of an individual, in situations of death. When the subject is euthanasia, two of the main fundamental rights provided for in the Federal Constitution of 1988, which are: life

266 (Possui pós-graduação em Direito (Ciências Criminais) pela LFG - Anhanguera Uniderp concluído em 2013. Lecionou em curso de extensão na Universidade Camilo Castelo Branco - Campus Fernandópolis,, em 2006. Foi Escrivã da Polícia Civil por 20 anos. Desde 2018 é Escrevente Técnico Judiciário na comarca de Fernandópolis/SP. Coordenadora do Maná Cursos e Apostilas. Professora na Universidade Unibrasil nas matérias de Processo Penal, Empresarial e Direitos Humanos. Cursa pós-graduação em Direito Constitucional e Processo Civil

Empresarial.

and freedom come into direct confrontation, for this reason, the study of the subject is of great value. In Brazil, euthanasia is a crime provided for by law as murder. The article will address the divergences about the Euthanasia institute, establishing its connection with fundamental rights, will briefly address the history of the Euthanasia institute, in addition to addressing how its application is currently in other countries. The study was carried out through bibliographical research, through the analysis of books, doctrines, updated scientific articles on the subject.

Keywords: Euthanasia. Right to life. Right to freedom. Dignified death.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. CONCEITO DE EUTANÁSIA; 1.1 TIPOS DE EUTANÁSIA; 2. EUTANÁSIA NO BRASIL; 3. DO DIREITO A VIDA; 4. DO DIREITO A LIBERDADE; 5. EUTANÁSIA NO DIREITO COMPARADO; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A eutanásia é a conduta na qual um indivíduo em estado terminal, ou portador de enfermidade incurável que esteja em sofrimento constante, escolhe cessar sua própria vida, por meio de uma morte rápida e sem dor (OLIVEIRA, 2017).

A vida humana é objeto do direito assegurado no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). A vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo. Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos (SILVA, 2007).

A eutanásia traz discordâncias entre o direito à vida e o direito à liberdade de escolha, onde a preservação da vida, entra em detrimento de princípios constitucionais como a autonomia de vontade e a dignidade da pessoa humana. O dilema existente entre tomar a decisão de morrer com dignidade ou continuar vivendo, mesmo que de maneira desumana, é de extrema relevância jurídica para que o legislador possa criar e elaborar leis acerca do tema.

O principal objetivo desse artigo é entender e esclarecer as divergências desse tema, tendo em vista tratar-se do bem jurídico mais valioso existente ao ser humano, a própria vida. Como metodologia, tem-se pesquisas doutrinas pertinentes ao tema, além das normas constitucionais existentes.

A legislação penal tem o intuito de punir as formas de interrupções da vida, embora tenha a exceção do instituto da legítima defesa, onde tirar a vida de outra pessoa para salvar a si próprio é considerado válido. Por essas razões, entende-se que há

controvérsias acerca do tema onde englobam conflitos de interesses e valores e não apenas sob um ponto de vista jurídico.

De um lado tem-se o dilema de tomar a decisão de morrer com dignidade abreviando um sofrimento que o indivíduo está submetido e do outro lado a escolha de continuar vivendo, mesmo que de maneira desumana, encontrando

esse, tutela integral no ordenamento jurídico, pois a vida, é considerada irrenunciável, não podendo existir interferência humana.

Este artigo além de trazer análise jurídica sobre o tema, tem por finalidade demonstrar como o instituto se apresenta, haja vista que está intimamente ligado ao direito à vida.

A ausência de legislação específica limita a aplicação da Eutanásia no Brasil, assim, evita que pacientes que se encontram em estado terminal escolham uma morte digna sem sofrimento.

No ordenamento jurídico brasileiro, como é impossível a aplicação da Eutanásia, esse instituto sofre limitação, prevalecendo o direito a vida acima do princípio da dignidade da pessoa humana.

A eutanásia é um tema polêmico e controverso em muitos países, levantando questões éticas, legais e religiosas. Enquanto alguns argumentam que a eutanásia é uma escolha pessoal e um direito fundamental do paciente, outros argumentam que ela viola os princípios éticos da medicina e da vida humana. A eutanásia é legal em alguns países, como Bélgica, Holanda e Suíça, mas é proibida em muitos outros.

Na pesquisa em questão o direito à vida entra em conflito com o direito da dignidade da pessoa humana, onde no instituto da Eutanásia, os dois entram em conflito e tem-se que analisa-los em conjunto pois esse instituto trata como ponto de partida uma morte digna, através da escolha do paciente, conforme seus princípios e valores, e mantendo sua dignidade respeitada.

1 CONCEITO DE EUTANÁSIA

A prática da eutanásia remonta a tempos antigos e é encontrada em várias culturas e sociedades ao longo da história, mas a palavra "eutanasia" foi criada pelo filósofo Francis Bacon no século XVII. A palavra vem do grego "eu", que significa "bom", e "thanatos", que significa "morte". No entanto, a prática da eutanásia remonta a tempos antigos, com exemplos registrados em várias culturas e sociedades, incluindo a Grécia Antiga e a Roma.

Na Grécia Antiga, por exemplo, a eutanásia era vista como uma forma honrosa de morrer, especialmente para aqueles que sofriam de doenças incuráveis. Os espartanos, por exemplo, praticavam a eutanásia em bebês que eram considerados fracos ou doentes demais para sobreviver.

Na Idade Média, a eutanásia era vista como um pecado pela Igreja Católica, que a considerava uma violação do sexto mandamento, "Não matarás". No entanto, a eutanásia continuou a ser praticada em segredo, especialmente em casos de doenças incuráveis e dor insuportável.

Com o surgimento da medicina moderna, a discussão sobre a eutanásia tornou-se mais intensa. Nos tempos modernos, o debate sobre a eutanásia se intensificou no final do século XIX e início do século XX, quando a medicina começou a avançar e as técnicas de cuidados paliativos ainda não eram tão desenvolvidas. Desde então, a discussão sobre a eutanásia tem sido objeto de intenso debate e discussão em todo o mundo, com pontos de vista variados e muitas questões éticas, morais e legais em jogo.

A eutanásia é a ação de encerrar deliberadamente a vida de uma pessoa que está sofrendo de uma doença incurável ou em estado terminal, a fim de aliviar o sofrimento.

Para Prado e Bittencourt (1995), eutanásia é tão somente a morte boa, piedosa e humanitária, que, por pena e compaixão, se proporciona a quem, doente e incurável, prefere mil vezes morrer, e logo, a viver garroteado pelo sofrimento, pela incerteza e pelo desespero.

De acordo com Sá e Naves (2009, p.302):

A eutanásia, propriamente dita, é a promoção do óbito. É a conduta, por meio da ação ou omissão do médico, que emprega, ou omite, meio eficiente para produzir a morte em paciente incurável e em estado de grave sofrimento, diferente do curso natural, abreviando-lhe a vida.

Eutanásia também significa "morte fácil e sem dor", "morte boa e honrosa", "alívio da dor" (MAGALHÃES, 2014).

A Eutanásia se difere do suicídio assistido, que se refere a prática em que uma pessoa que deseja morrer recebe ajuda de outra pessoa, geralmente um profissional de saúde, para cometer o ato suicida. O suicídio assistido é diferente da eutanásia, pois a pessoa que deseja morrer é a responsável por realizar a ação final que resulta em sua morte. No suicídio assistido, a outra pessoa, geralmente um médico, fornece a assistência

necessária, como prescrever medicamentos letais, para ajudar a pessoa a realizar o ato de suicídio.

O que diferencia a eutanásia do suicídio assistido é quem realiza o ato, no caso da eutanásia o pedido é feito para que alguém execute a ação que vai levar à morte; no suicídio assistido é o próprio paciente que realiza o ato, embora necessite de ajuda para realizá-lo, e nisto difere do suicídio, em que esta ajuda não é solicitada. (KOVÁCS, 2003, p. 196).

Existem dois tipos de eutanásia: a eutanásia passiva e a ativa, que serão abordadas no tópico seguinte.

1.1 Tipos de eutanásia

A Eutanásia ativa envolve a administração de uma substância letal com o objetivo de provocar a morte do paciente. Geralmente é realizada por um médico ou outro profissional de saúde.

A Eutanásia passiva envolve a retirada ou não administração de tratamentos médicos ou medidas de suporte que mantêm o paciente vivo. Isso pode incluir a interrupção da alimentação e hidratação artificiais, bem como a retirada de aparelhos de suporte vital.

De acordo com Pablo Jiménez Serrano (2021, p. 196):

Eutanásia ativa, (ou por comissão) é aquela que se pratica através de atos que ajudam o doente a morrer, buscando com isso aliviar ou eliminar seu sofrimento. Eutanásia passiva (ou por omissão), que consistente na abstenção deliberada da prestação de tratamentos médicos ordinários ou proporcionados – úteis – que poderiam prolongar a vida do paciente e cuja ausência antecipa a morte.

A eutanásia passiva é um tipo de eutanásia que ocorre quando um paciente em estado terminal ou com uma doença incurável é retirado dos cuidados médicos ou terapêuticos que mantêm sua vida, com o objetivo de permitir que a morte ocorra naturalmente. Diferentemente da eutanásia ativa, onde uma intervenção médica é realizada para provocar a morte do paciente, na eutanásia passiva, a morte ocorre naturalmente devido à interrupção dos cuidados médicos.

2 EUTANÁSIA NO BRASIL

Atualmente a eutanásia é considerada ilegal no Brasil. O Código Penal brasileiro proíbe a prática de qualquer forma de eutanásia, tanto a ativa quanto a passiva, podendo resultar em penalidades para aqueles que a praticarem.

No entanto, há discussões sobre a possibilidade de legalização da eutanásia em certas circunstâncias, como em casos de doenças incuráveis, sofrimento extremo e consentimento informado do paciente. Essas discussões têm ganhado destaque no Brasil e em outros países, e há movimentos que defendem a legalização da eutanásia como um direito do paciente.

No momento, a prática da eutanásia no Brasil é ilegal e pode resultar em penalidades para os envolvidos. A prática é proibida por ser considerada uma violação dos princípios éticos, morais e legais que regem a sociedade e a profissão médica.

O Código Penal (BRASIL, 1940) em seu artigo 121, define o crime de homicídio, que é punível com pena de prisão de seis a vinte anos. Mas no caso de eutanásia aplica-se o conceito de homicídio privilegiado motivado por relevante valor social ou violenta emoção, com base no § 1º do artigo 121, denominado de homicídio piedoso; quando houver dolo, a conduta incide sob o § 2º, por antecipar a morte intencionalmente.

O suicídio assistido enquadra-se no Artigo 122 do Código Penal que trata do induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio de alguém.

Além disso, o Conselho Federal de Medicina (CFM) brasileiro, por meio da Resolução nº 1.805/2006, também proíbe a prática da eutanásia pelos médicos, considerando-a uma violação dos princípios éticos da profissão médica, que devem priorizar a preservação da vida e a promoção da saúde.

Segundo BARROSO; MARTEL (2010, p. 38):

A morte é uma fatalidade, não uma escolha. Por essa razão, é difícil sustentar a existência de um direito de morrer. Contudo, a Medicina e a tecnologia contemporâneas são capazes de transformar o processo de morrer em uma jornada mais longa e sofrida do que o necessário, em uma luta contra a natureza e o ciclo natural da vida. Nessa hora, o indivíduo deve poder exercer sua autonomia para que a morte chegue na hora certa, sem sofrimentos inúteis e degradantes. Toda pessoa tem direito a uma morte digna.

Entretanto, o Conselho Federal de Medicina permite no artigo 41, § único do Código de Ética Médica que os médicos interrompam os tratamentos de pacientes em estado

terminal ou com doenças incuráveis, desde que isso seja feito de forma responsável e respeitando o direito do paciente à informação e à autonomia.

Assim, a eutanásia passiva não é considerada crime no Brasil, desde que seja respeitado o direito do paciente de ser informado sobre seu estado de saúde e de tomar decisões em relação aos cuidados médicos.

Além disso, existe ainda a ortotanásia, que se refere ao processo de permitir que uma pessoa morra naturalmente, sem intervenção médica agressiva ou medidas artificiais para prolongar sua vida, quando ela está em fase terminal de uma doença incurável ou em estado de sofrimento intenso e irreversível.

Ao contrário da eutanásia, que envolve ação ativa para pôr fim à vida de uma pessoa, a ortotanásia se concentra em permitir que a morte ocorra naturalmente, sem obstáculos ou intervenções desnecessárias.

A ortotanásia é muitas vezes considerada uma forma mais humana e compassiva de lidar com a morte, permitindo que uma pessoa morra com dignidade e sem sofrimento desnecessário.

Segundo Menezes, Selli e Alves (2009), na ortotanásia, é a doença de base que causa a morte, enquanto na eutanásia passiva, a doença não é fatal ou ainda não alcançou o estágio terminal da vida. Enquanto a eutanásia passiva busca encurtar a vida do paciente, a ortotanásia permite que a morte ocorra naturalmente, sem interferência médica.

3 DO DIREITO A VIDA

O direito à vida é um dos princípios fundamentais dos direitos humanos, garantido pela maioria das constituições e tratados internacionais de direitos humanos. Esse direito é universal, inalienável e inviolável, e garante a todos os indivíduos o direito de viver e ter acesso às condições necessárias para uma vida digna.

Está previsto no artigo 5 da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

O direito à vida inclui a proteção contra a violência, a discriminação, a exploração e o abuso, bem como o acesso à alimentação, saúde, educação, moradia e outras

necessidades básicas para uma vida saudável e plena. Ele também protege a vida antes do nascimento.

O direito à vida não é absoluto e pode sofrer limitações em certas circunstâncias, como em casos de legítima defesa, pena de morte ou guerra. A discussão sobre a eutanásia e o direito de escolha do paciente tem levantado questões sobre a extensão do direito à vida e a possibilidade de escolher quando terminá-la, o que gera controvérsias sobre a ética e a moralidade da prática. Como o Estado tem o dever de garantir o direito à vida, ele também proíbe a morte provocada, como na eutanásia.

De maneira geral, o direito à vida é um princípio fundamental e universal que deve ser protegido e garantido a todos os indivíduos, independentemente de sua raça, gênero, orientação sexual, religião ou origem socioeconômica. Ademais, o direito à vida é amparado por outras leis brasileiras, como o Código Penal, que criminaliza o homicídio e outras formas de violência contra a vida humana. O direito à vida também é contemplado em outras leis e políticas públicas relacionadas à saúde, segurança e assistência social, que visam garantir as condições necessárias para que as pessoas possam viver com dignidade.

4 DO DIREITO A LIBERDADE

A liberdade é um dos pilares fundamentais do Estado democrático de direito no Brasil, assegurado pela Constituição Federal de 1988.

O artigo 5º da Constituição garante diversos direitos relacionados à liberdade individual, tais como a livre manifestação do pensamento, a liberdade de expressão, a liberdade de associação e de reunião pacífica, entre outros. Esses direitos são essenciais para a proteção da dignidade humana, permitindo que os indivíduos exerçam suas escolhas e desenvolvam suas personalidades sem a interferência arbitrária do Estado ou de outros indivíduos.

A liberdade também está relacionada à garantia da igualdade, uma vez que todos os indivíduos devem ter as mesmas oportunidades de exercerem suas escolhas e alcançarem seus objetivos, sem discriminação de qualquer espécie.

A liberdade individual é um direito fundamental protegido por diversos tratados internacionais e constituições, sendo considerada um dos pilares da democracia e da sociedade liberal. É vista como fundamental para o desenvolvimento da personalidade e da cidadania de cada indivíduo, englobando diversos aspectos como a liberdade de expressão, de consciência, de religião, de associação e de reunião. Ademais, inclui ainda o direito de cada indivíduo de tomar suas próprias decisões e de agir de acordo com

suas próprias crenças e valores, desde que essas ações não prejudiquem os direitos e a segurança de outras pessoas (BODART, 2022).

Apesar de ser um dos princípios fundamentais do Estado democrático de direito, o direito à liberdade pode entrar em conflito com outros valores em questões relacionadas à eutanásia, como a vida e a dignidade humana. Embora a liberdade individual seja um direito importante, o debate sobre a eutanásia deve levar em consideração a complexidade da questão e a necessidade de proteger outros valores fundamentais, como a vida e a dignidade humana.

Como a eutanásia é um assunto que envolve questões éticas, morais e legais. Os defensores da eutanásia argumentam que a decisão de morrer com dignidade é uma questão de liberdade individual, e que a proibição da eutanásia viola o direito à autonomia e à privacidade.

Por outro lado, os oponentes da eutanásia argumentam que a vida humana é sagrada e que a prática da eutanásia é contrária aos valores fundamentais da sociedade. Eles argumentam que a eutanásia pode ser mal utilizada e que pode levar a abusos, especialmente em relação a pessoas vulneráveis, como os idosos e os doentes mentais.

Apesar das diferentes perspectivas em relação à eutanásia, é importante considerar que a decisão de morrer é uma escolha pessoal e que o direito à liberdade é um valor fundamental em uma sociedade democrática. No entanto, é preciso ponderar os diferentes valores envolvidos no debate e buscar soluções que respeitem tanto a liberdade individual quanto a dignidade humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana está presente na Constituição Federal de 1988 e é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, sendo invocado em várias decisões judiciais e políticas públicas. O princípio reconhece a importância intrínseca e inalienável de cada ser humano.

Esse princípio é baseado na ideia de que cada pessoa é um ser humano único e valioso, e que deve ser tratada com respeito, igualdade e dignidade em todas as situações. Isso inclui o direito à liberdade, à integridade física e psicológica, à privacidade, à educação, à saúde e a um julgamento justo, entre outros.

Apesar de o direito à liberdade ser um dos princípios fundamentais do Estado democrático de direito e garantir a autonomia individual, em casos envolvendo a eutanásia, pode haver conflitos com outros valores, como a vida e a dignidade humana. Nesse sentido, a liberdade individual não é um direito absoluto e pode ser limitada pelo Estado ou pela lei em situações em que as ações de um indivíduo possam prejudicar a segurança ou os direitos de outros.

Por exemplo, o Estado pode restringir a liberdade de expressão em casos em que essa expressão incite à violência ou à discriminação. Da mesma forma, o Estado pode limitar a liberdade de escolha em casos de eutanásia, quando se trata da vida e da morte de uma pessoa, a fim de proteger os interesses da sociedade e dos indivíduos envolvidos.

No entanto, é importante ressaltar que as limitações à liberdade individual devem ser estritamente necessárias e proporcionais ao objetivo a ser alcançado, de modo que não ocorra uma violação indevida desse direito fundamental. As restrições à liberdade individual devem sempre ser analisadas caso a caso, de forma justa e equilibrada, levando em consideração as circunstâncias específicas envolvidas e os direitos e interesses das partes envolvidas.

5 EUTANÁSIA NO DIREITO COMPARADO

A eutanásia é permitida legalmente em alguns países ao redor do mundo. Entre eles, destaca-se a Holanda, que foi o primeiro país europeu a permitir tanto a eutanásia quanto o suicídio assistido, desde 2002. De acordo com Duarte (2022), para que a prática seja legal, é necessário que a pessoa esteja sofrendo de uma doença incurável, esteja passando por um sofrimento insuportável e não tenha perspectivas de melhora. Além disso, a eutanásia pode ser realizada a partir dos 12 anos de idade, desde que haja o consentimento dos pais.

Segundo Duarte (2022), na Bélgica, a eutanásia foi descriminalizada em todas as suas formas em 2002, sem distinção entre abreviar a vida por meio de uma terceira pessoa, suicídio assistido ou permitir que o paciente morra.

Em 2020, a Espanha sancionou uma lei que permite tanto a eutanásia como o suicídio assistido por um médico. Neste caso, o paciente toma a dose prescrita de medicamentos para morrer (DUARTE, 2022).

De acordo com Sambado (2020), a Austrália legalizou a eutanásia para pacientes terminais em 2019.

Já na Suíça, não há uma legislação específica sobre a eutanásia, mas o Código Penal suíço prevê pena de prisão ou multa para quem provocar a morte de outra pessoa, a seu pedido genuíno ou insistente, por motivos atendíveis, como compaixão pela vítima. No entanto, a eutanásia passiva é aceita, por meio da interrupção de medicamentos, assim como a eutanásia indireta, em que a morte não é buscada intencionalmente, mas sim aceita como consequência indireta da administração de morfina (SAMBADO, 2020).

Assim como na Suíça, na Alemanha, o Código Penal prevê a eutanásia ativa como crime próprio, punindo-o com pena de prisão de seis meses a cinco anos, mas, a eutanásia passiva é permitida (SAMBADO, 2020).

É importante observar que a legislação e as regras em torno da eutanásia variam em cada país ou estado que a permitem. Em geral, a eutanásia só é permitida em circunstâncias específicas e com o consentimento informado e voluntário do paciente. Existem também procedimentos rigorosos que devem ser seguidos pelos profissionais de saúde que realizam a eutanásia, para garantir que ela seja realizada de forma ética e legal.

Portanto, como visto, a prática da Eutanásia é permitida em vários países. No entanto, cada legislação apresenta suas particularidades em relação à sua aplicação, a fim de garantir que não haja violação do direito do indivíduo que opta pela abreviação de sua vida.

CONCLUSÃO

A eutanásia é um tema complexo e controverso que envolve a decisão de encerrar a vida de uma pessoa que está sofrendo de uma doença incurável ou em estado terminal.

Como abordado neste artigo, existem dois tipos de eutanásia, a ativa que envolve a administração de uma substância para encerrar a vida da pessoa, e a passiva, que envolve a retirada de tratamentos que mantêm a pessoa viva.

Há muitos pontos de vista em relação à eutanásia, alguns defendem que ela é um direito humano básico para aqueles que sofrem muito e estão em estado terminal, enquanto outros argumentam que é contra os princípios éticos e morais da sociedade.

Os debates em torno da eutanásia levantam questões importantes sobre a autonomia individual, o direito à vida, a dignidade humana e a responsabilidade da sociedade para com aqueles que estão sofrendo.

De um lado, algumas pessoas defendem que a eutanásia é um direito já que a liberdade individual e o direito à autodeterminação devem permitir que uma pessoa tome a decisão de interromper o próprio sofrimento e escolher o momento de sua morte. Nessa perspectiva, a eutanásia é vista como uma forma de garantir a dignidade humana, evitar o sofrimento desnecessário e respeitar a autonomia do indivíduo.

Por outro lado, há quem argumente que a eutanásia viola o direito à vida e à proteção da pessoa humana, que são valores fundamentais e universais. Alguns defendem que a vida humana é um bem sagrado que deve ser protegido e que a eutanásia pode abrir caminho para abusos e pressões sobre pessoas vulneráveis, além

de colocar em risco a integridade do sistema de saúde e dos profissionais que o compõem.

É importante ressaltar que a eutanásia é ilegal no Brasil, já que é considerada como uma violação dos direitos humanos.

Um dos primeiros países a adotarem a prática da Eutanásia no ordenamento jurídico foi a Holanda, e posteriormente, a Bélgica também permitiu a aplicação do instituto da Eutanásia. Portanto, vale destacar que o interessado deve apresentar documentos e laudos que possam comprovar doença incurável ou em fase terminal (DINIZ; SERAFIM, 2017).

Conforme tratado neste artigo, o sistema normativo penal brasileiro não tem uma legislação específica sobre eutanásia. Mas, diante da ausência de legislação, a eutanásia pode ser enquadrada como auxílio ao suicídio, homicídio praticado por motivo piedoso ou até mesmo como omissão de socorro dependendo de cada caso concreto.

A decisão de realizar a eutanásia deveria ser cuidadosamente considerada e discutida entre o paciente, sua família e seus profissionais de saúde e não decidida por meio de legislação. A questão da eutanásia envolve a ponderação de valores e princípios em conflito, e não há uma resposta única ou fácil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Otavio. **Status legal da eutanásia e ortotanásia no Brasil**. 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/81213/status-legal-da-eutanasia-e-ortotanasia-no-brasil>>. Acesso em: 27 Out. 2022.

BARROSO, Luis R.; MARTEL, Letícia de Campos V. **A Morte como ela é: Dignidade e Autonomia Individual no Final da Vida**. 2010. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_19.pdf>. Acesso em: 16 Mar. 2023.

BODART, Cristiano. **Eu quero, ao menos, tentar voar: estrutura social e liberdade individual**. 2022. Disponível em: <<https://cafecomsociologia.com/liberdade-individual-que-ro-ao-menos-tentar-voar/>>. Acesso em: 23 Mar. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Ed. Planalto, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 23911, 31 de dezembro 1940.

BRASIL. **Resolução CFM N° 1.805/2006**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>>. Acesso em: 17 Fev. 2022.

CARVALHO, Isabela. **Eutanásia**: direito à vida x liberdade individual. Disponível em: <https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/EUTANASIA_%20DIREITO%20A%20VIDA%20X%20LIBERDADE%20INDIVIDUAL_.pdf>. Acesso em: 17 Out. 2022.

DUARTE, Renato. Eutanásia. **Quais as leis da morte assistida na Europa e mundo?**. 2022. Disponível em: <<https://rr.sapo.pt/noticia/mundo/2022/06/09/eutanasia-quais-as-leis-da-morte-assistida-na-europa-e-mundo/287624/>>. Acesso em: 01 Abr. 2023.

FRANCO, Sandra. **Eutanásia**: a importância de discutir a morte com dignidade. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-21/franco-eutanasia-importancia-discutir-morte-dignidade>>. Acesso em: 17 out. 2022.

GOLDIM, José. **Breve histórico da Eutanásia**. 2000. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/euthist.htm>>. Acesso em: 27 Out. 2022.

KOVÁCS, M.J. **Educação para a morte**: temas e reflexões. São Paulo: Casa do Psicólogo, Fapesp, 2003.

MAGALHÃES, Brenna M. C. Costa. **Eutanásia**: origem, ramificações e outras peculiaridades. 2014. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/eutanasia-origem-ramificacoes-e-outras-peculiaridades/>>. Acesso em: 27 Jan. 2023.

MENEZES, M.B.; SELLI, L.; ALVES, J.S. **Distanásia**: percepção dos profissionais da enfermagem. Rev. Latinoam. Enferm., v.17, n.4, p.443-8, 2009.

MORAES, Henrique. **Da eutanásia no direito comparado e na legislação brasileira**. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23299/da-eutanasia-no-direito-comparado-e-nalegislacao-brasileira/2>>. Acesso em: 20 Out. 2022.

OLIVEIRA, Lucas. **Eutanásia**. 2017. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/eutanasia.htm>>. Acesso em: 17 Out. 2022.

PRADO, Luiz Régis; BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Elementos de direito penal (parte geral)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Delrey, 2009.

SAMBADO, Cristiano. **Em que países a eutanásia não é considerada crime?**. 2020. Disponível em: <<https://www.rtp.pt/noticias/pais/em-que-paises-a-eutanasia-nao-e-considerada-crime>>. Acesso em: 03 Abr. 2023.

SERRANO, J. P. **Ética, bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Editora Jurismestre, 2021.

FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO DE DADOS: UMA ANÁLISE HISTÓRICA E COMPARATIVA

LAURIANE MATOS DA ROCHA:

Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Faculdade CERS, graduada em Direito pela Universidade de Brasília e Analista da Defensoria Pública do Distrito Federal.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a evolução da proteção de dados pessoais desde a formação do Estado Moderno até a recente implementação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil. O problema central da discussão é a constante tensão entre a coleta e o uso de dados pessoais e a proteção da privacidade individual. A justificativa para a pesquisa se baseia na crescente importância da privacidade dos dados na era digital. A metodologia adotada é a análise de marcos legislativos significativos na história da proteção de dados, bem como o estudo das quatro gerações de leis de proteção de dados propostas por Viktor Mayer-Schönberger. A hipótese levantada é que a LGPD brasileira alinha-se à quarta geração de leis de proteção de dados, que prioriza a autodeterminação informativa do cidadão e eleva o padrão coletivo de proteção.

Palavras-chave: Proteção de Dados, Privacidade, Lei Geral de Proteção de Dados, Autodeterminação Informativa, Gerações de Leis de Proteção de Dados.

INTRODUÇÃO

A privacidade e a proteção de dados têm raízes profundas na história, mas somente nos últimos séculos é que as suas dimensões foram amplamente reconhecidas e institucionalizadas. Este artigo explora a evolução dos debates sobre privacidade e proteção de dados, examina o desenvolvimento das leis de proteção de dados na Europa e analisa o contexto no qual a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) do Brasil foi promulgada.

1.A HISTÓRIA DA PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS

A discussão acerca da privacidade e da proteção de dados começou a ganhar destaque com a formação do Estado Moderno. As administrações perceberam que as informações pessoais de seus cidadãos seriam úteis para planejar e coordenar as ações governamentais visando um crescimento ordenado. Uma informação pessoal se caracteriza pela existência de um vínculo objetivo entre ela e uma determinada pessoa, revelando algo

sobre a mesma. As informações pessoais incluem elementos como o nome, o endereço e ainda os hábitos da pessoa.

A privacidade passou a ganhar cada vez mais relevância com a crescente importância da informação, especialmente no que tange ao tratamento de dados pessoais. Isto pode ser percebido nas construções jurisprudenciais e legislativas acerca do tema nos últimos 40 anos, sendo referências significativas a concepção de uma "informational privacy" nos Estados Unidos em 1974 e a "autodeterminação informativa" estabelecida como um direito pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em 1983.

2. GERAÇÕES DE LEIS DE PROTEÇÃO DE DADOS NA EUROPA

O enfoque dado à proteção dos dados pessoais vem passando por evoluções progressivas nas normas jurídicas que regem a matéria. De acordo com a classificação proposta por Viktor Mayer-Schönberger, essas normas foram divididas em quatro gerações de leis de proteção de dados, cada uma com suas particularidades e focos distintos.

A primeira geração de leis regulava, por meio de concessões de autorizações de funcionamento, um cenário no qual os grandes centros de processamento de dados concentravam a coleta e a gestão dos dados pessoais. A segunda geração de leis preocupava-se não apenas com as bases de dados estatais, mas também com aquelas da esfera privada, transferindo ao cidadão, por meio do consentimento, a decisão sobre a coleta, o uso e o compartilhamento dos seus dados pessoais.

A terceira geração, centrada no cidadão, passou a contemplar não apenas a liberdade de fornecer ou não os seus dados pessoais, mas também em garantir a efetividade dessa liberdade, considerando o contexto no qual lhe é solicitado que revele os seus dados. Finalmente, a quarta geração de leis, onde o consentimento deve ser livre, informado, inequívoco e específico, trouxe a presunção de que a proteção dos dados pessoais não pode ser baseada apenas na escolha individual, sendo necessários instrumentos que elevem o padrão coletivo de proteção.

3. A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL

Na atualidade, empresas que atuam na prestação de serviços e na venda de produtos frequentemente solicitam dados pessoais de seus usuários e consumidores para fins de cadastro. Muitas vezes, esses dados são repassados sem a autorização do titular para outras empresas, principalmente de marketing, que os utilizam para traçar um perfil do consumidor e oferecer serviços e produtos direcionados a ele.

Nesse contexto, com o crescente interesse na extração e no uso de dados pessoais, tanto para fins lucrativos quanto políticos e sociais, os dados adquiriram uma relevância significativa. O conceito de direito à privacidade foi ampliado para incluir o controle sobre as informações que digam respeito ao sujeito, a autodeterminação informativa, o direito à não discriminação, dentre outros direitos.

Dessa forma, surgiu a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD – Lei 13.709/2018), visando proteger de forma sistemática o tratamento de dados pessoais e estabelecer regras claras para que as empresas, o poder público e outros utilizem esses dados de forma transparente, respeitando os direitos de seus titulares.

A LGPD inaugurou um modelo ex ante de proteção de dados no Brasil, baseado na ideia de que não existem mais dados irrelevantes diante do processamento automatizado e ubíquo de dados na sociedade da informação. Essa é a razão pela qual a tutela jurídica dos dados pessoais - nos moldes da LGPD - realiza-se de forma horizontal, aplicando-se a todos os setores econômicos e também ao setor público.

4.A LGPD E AS GERAÇÕES DE LEIS DE PROTEÇÃO DE DADOS

A Lei Geral de Proteção de Dados brasileira assemelha-se à quarta geração de leis de proteção de dados, segundo a classificação de Viktor Mayer-Schönberger. Nela, o consentimento do titular deve ser livre, informado, inequívoco e específico. Presume-se que a tutela dos dados pessoais não pode se basear apenas na escolha individual, sendo necessários instrumentos que elevem o padrão coletivo de proteção.

As leis de quarta geração de proteção de dados pessoais buscam fortalecer a posição do indivíduo em relação às entidades que coletam e processam os seus dados, reconhecendo um desequilíbrio nessa relação que não é resolvido por medidas que apenas reconhecem o direito à autodeterminação informativa, sem contudo conferir-lhe a devida efetividade.

CONCLUSÃO

A trajetória da proteção de dados tem sido marcada por um crescente reconhecimento da importância da privacidade e da necessidade de salvaguardar as informações pessoais dos cidadãos. Como vimos, a LGPD do Brasil representa um importante passo nesse sentido, ao se alinhar à quarta geração de leis de proteção de dados, colocando o cidadão no centro do processo de decisão sobre o uso de seus dados.

REFERÊNCIAS

Bignami, F. (2007). Privacy and Law in Europe and the United States. *Law and Contemporary Problems*, 70(1), 73-94.

Bygrave, L. (2002). *Data Protection Law: Approaching Its Rationale, Logic and Limits*. Kluwer Law International.

Mayer-Schönberger, V. (2008). *Generational Development of Data Protection in Europe*. In *The Handbook of Information and Computer Ethics* (pp. 219-241). John Wiley & Sons.

Schwartz, P., & Peifer, K. (2017). *Transatlantic Data Privacy Law*. *Georgetown Law Journal*, 106, 115-179.

Solove, D. (2006). *A Taxonomy of Privacy*. *University of Pennsylvania Law Review*, 154(3), 477-560.

Warren, S., & Brandeis, L. (1890). *The Right to Privacy*. *Harvard Law Review*, 4(5), 193-220.

Brasil. (2018). *Lei N° 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. *Diário Oficial da União*.

AS CONSEQUÊNCIAS DO FEMINICÍDIO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

MARCIO FERNANDO MENEZES DE SOUSA:
graduando em direito pela Escola Superior
Batista do Amazonas - ESBAM

PAULO SERGIO LIMA DOS SANTOS

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como objeto de estudo o crime de feminicídio, e a sua delimitação se volta para a compreensão das consequências desse crime nas relações familiares. Assim como a violência doméstica contra a mulher, o feminicídio também se refere a violência contra a mulher, mas a conduta consiste no assassinato de mulheres pelo simples fato de elas serem mulheres. O feminicídio traz consequências graves para a família das vítimas, e é isso que se pretende abordar no presente estudo. Nesse mesmo parâmetro, ainda deve ser tratado sobre as ações do Estado voltadas para amparar os familiares das vítimas. A problemática que se pretende responder é a seguinte: Por que ainda há números alarmantes do feminicídio no Brasil e quais as consequências que afetam as famílias das vítimas? O objetivo geral do presente estudo é analisar de forma reflexiva a Lei Maria da Penha, de forma a compará-la com a Lei do Feminicídio, evidenciando a tratativa jurídica para a violência contra a mulher. Como objetivos específicos tem-se a compreensão das raízes históricas da violência contra a mulher e a análise das consequências do feminicídio para as famílias das mulheres. O artigo seguirá o método de pesquisa dedutivo e a metodologia de pesquisa bibliográfica. O artigo será estruturado em três capítulos, o primeiro com foco no histórico da violência doméstica, o segundo se voltará para a análise da Lei Maria da Penha e da Lei do Feminicídio, e o último discutirá as consequências do feminicídio para as famílias das vítimas.

Palavras-chave: Feminicídio; Violência; Consequências.

ABSTRACT: This article has as its object of study the crime of femicide, and its delimitation is aimed at understanding the consequences of this crime in family relationships. Like domestic violence against women, femicide also refers to violence against women, but the conduct consists in the murder of women for the simple fact that they are women. Femicide has serious consequences for the victims' families, and that is what this study intends to address. In this same parameter, the actions of the State aimed at supporting the victims' families must still be addressed. The problem that we intend to answer is the following: Why are there still alarming numbers of femicide in Brazil and what are the consequences that affect the victims' families? The general objective of this study is to reflectively analyze the Maria da Penha Law, in order to compare it with the Femicide Law, highlighting the legal approach to violence against women. As specific objectives, there is an understanding

of the historical roots of violence against women and an analysis of the consequences of femicide for women's families. The article will follow the deductive research method and the bibliographic research methodology. The article will be divided into three chapters, the first focusing on the history of domestic violence, the second focusing on the analysis of the Maria da Penha Law and the Femicide Law, and the last one will discuss the consequences of femicide for the victims' families.

Keywords: Femicide; Violence; Consequences.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo o feminicídio. A delimitação do tema se volta para a compreensão das consequências do feminicídio para os familiares da vítima.

A violência, por ter sido calcada na cultura no decorrer da história da humanidade, não deixa de ser um fenômeno social. A violência revela vínculos de desigualdade e conflito, declarados entre os oprimidos e seus opressores. Neste íterim de disparidades, as estruturas de poder e autoridade, sejam de natureza individual ou de comunidade, são impostas sobre os subjugados por intermédio da expropriação cultural, doutrinária, social e financeira, bem como pela desvalorização da vida e do desrespeito aos direitos humanos.

A violência contra a mulher é um crime inaceitável, não se trata de uma realidade exclusiva da contemporaneidade, mas sim um fato extremamente antigo como a própria humanidade.

Na atualidade, a violência contra a mulher é consequência de uma sociedade patriarcal e sexista, na qual há uma forte presença nas relações intrafamiliares do desrespeito à mulher. Ou seja, a violência contra a mulher contém raízes profundas e possui um significado cultural bastante significativo.

Juntamente com os discursos de ódio e o preconceito social, a violência contra a mulher foi se ampliando, com diversas notícias diárias de alguma mulher assassinada, violentada, lesada e ONGs difundindo informações sobre a gravidade da situação. O discurso de violência contra a mulher, do continuum ao assassinato, internacionalizava-se, indo muito além dos movimentos a favor dos direitos das mulheres.

Esse cenário preocupante impulsionou a criação de mecanismos de proteção e punição aos casos de violência contra mulheres, como conselhos comunitários, coletivos feministas, delegacias da mulher, a Lei Maria da Penha e a Lei de Femicídio.

O feminicídio representa a última etapa de um ciclo de violência que leva ao último ato, a morte. Trata-se de crimes cometidos por homens contra as mulheres, e suas

motivações são as mais diversas, precedido por outros eventos, tais como agressões físicas e psicológicas, com o objetivo de submeter às mulheres a uma lógica de dominação masculina, baseado em um padrão cultural que subordina a mulher.

É importante compreender quais as consequências do feminicídio no núcleo familiar da vítima, bem como compreender quais as ações do Estado voltadas para o amparo dessas famílias. A problemática que se pretende responder é a seguinte: Por que ainda há números alarmantes do feminicídio no Brasil e quais as consequências que afetam as famílias das vítimas?

Com o fim de atingir os resultados propostos, o trabalho seguiu o método dedutivo e a metodologia de pesquisa bibliográfica, a pesquisa é explicativa, tendo em vista a abordagem de conceitos e o aprofundamento de ideia dentro da temática proposta.

1 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E DE GÊNERO CONTRA A MULHER

1.1 AS RAÍZES DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

É sabido que a discussão a respeito das desigualdades entre homens e mulheres, não é algo novo na sociedade. Dos gregos antigos até poucas décadas atrás, a sociedade acreditava que a mulher era um ser inferior na escala metafísica que dividia os seres humanos, e, por isso, os homens detinham o direito de exercer uma vida pública.

Strey (1997) explica que a discriminação contra a mulher remonta à antiguidade, onde no Código Hindu de Manu havia a previsão de que a mulher, na infância, dependia de seu pai, durante a juventude, de seu marido, e caso o seu marido viesse a óbito, de seus filhos, caso a mulher não tivesse filhos, ela dependeria dos parentes próximos do seu marido, porque a mulher não poderia governar-se à sua vontade.

No Império Romano, a mulher era considerada "*res*" ou seja, "coisa", nesse período as mulheres eram vítimas de diversos tipos de violência, e os seus agressores não eram punidos e não havia reprovação social nessas ações. O Direito Romano retirava a capacidade jurídica da mulher.

Para os hebreus, a mulher também pertencia aos homens, era um bem, assim como os animais e os escravos, no entanto, sob o ponto de vista jurídico ela era considerada um bem mais importante em comparação com os outros (DUBY; PERROT, 1990).

Portanto, como visto, a mulher sempre foi alvo de preconceito social e estrutural. O assassinato de mulheres por razões de gênero é denominado de feminicídio, trata-se de uma realidade presente em todas as sociedades, essa realidade nasce de uma cultura de dominação e desequilíbrio de poder existente entre os gêneros masculino e o feminino.

Essa cultura (patriarcal e machista) é responsável pela inferiorização da condição feminina, resultando na violência de gênero (feminicídio e violência doméstica).

O patriarcado é entendido como sendo um sistema contínuo de dominação masculina que se encontra presente, ainda na atualidade, nas estruturas sociais e estatais, mantendo as formas de divisão sexual do trabalho e perpetuando a violência de gênero.

Meneghel e Portella (2017, p. 3079) afirmam que “em sociedades patriarcais, a condição feminina é o fator de risco mais importante para a violência letal”. Isso porque é no patriarcalismo que surge o ódio contra a mulher, bem como a subjugação feminina na sociedade.

Conforme ensina Teles e Melo, a violência de gênero surge do poder de dominação do homem, o autor ainda afirma que essa violência é fruto do processo de socialização das pessoas, e não da natureza:

A violência de gênero deve ser entendida como uma relação de poder dominação do homem e de submissão da mulher. Ela demonstra que os papéis impostos às mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem relações violentas entre os sexos e indica que a prática desse tipo de violência não é fruto da natureza, mas sim do processo de socialização das pessoas. Ou seja, não é a natureza responsável pelos padrões e limites sociais que determinam comportamentos agressivos aos homens e dóceis e submissos às mulheres (TELES; MELO, 2017, p. 25).

Seguindo o mesmo pensamento anteriormente exposto, de acordo com Gebrim e Borges (2014), a violência contra a mulher tem um caráter estrutural, trata-se de uma relação de poder que se baseia em padrões de dominação, controle e opressão, esses padrões “leva à discriminação, ao individualismo, à exploração e à criação de estereótipos, os quais são transmitidos de uma geração para outra e reproduzidos tanto no âmbito público [...] como no âmbito privado”. (GEBRIM; BORGES, 2014, p. 59).

Por fim, destaca-se que a expressão máxima da violência contra a mulher é o óbito. As mortes de mulheres decorrentes de conflitos de gênero, ou seja, pelo fato de serem mulheres, são denominados feminicídios ou femicídios.

1.2 O FEMINICÍDIO

Feminicídio é uma palavra antiga, tendo em vista que se refere ao assassinato de pessoas do gênero feminino, crime esse que sempre ocorreu, como estudado no primeiro capítulo. No entanto, no meio jurídico e acadêmico, a palavra passou a ser usada de forma difundida há pouco tempo. Mas ainda no século XVIII essa terminologia já era utilizada.

Assim, o termo Feminicídio apareceu pela primeira vez no livro *A Satirical View of London*, de *John Corry*, datado de 1801, no qual o historiador mencionou o assassinato de uma mulher, entretanto, apenas dois séculos seguintes essa expressão teria seu conteúdo utilizado novamente.

Embora não haja confirmação, vários pesquisadores indicam que foi a autora Diana Russel quem utilizou a palavra “feminicídio” pela primeira vez em público. A palavra foi citada no ano de 1976 enquanto discursava no Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, realizado na cidade de Bruxelas na Bélgica. O seu discurso girava em torno da violência de gênero, mais especificamente do assassinato de mulheres.

Russel estabelece uma conexão entre os diversos tipos de violência contra a mulher, como é o caso do estupro, do incesto, do abuso físico e emocional, do assédio sexual, do uso das mulheres na pornografia, na exploração sexual, a esterilização ou a maternidade forçada etc., que, resultantes em morte, são considerados femicídio (GEBRIM; BORGES, 2014).

Na década de 90, o termo passou a ser largamente utilizado, e estabeleceu-se o consenso de seu conceito: tratava-se o feminicídio do assassinato de mulheres pelo fato de serem mulheres.

Nesse vértice, Luiz Regis Prado (2019, p. 102) enfatiza que “qualquer homicídio praticado contra mulher, fora das relações domésticas e familiares, sobretudo se o sujeito ativo for do sexo masculino, pode dar margem à “presunção” de uma situação de discriminação ou menosprezo”.

O autor continua:

Afinal, se de um lado a discriminação, no sentido perquirido pelo legislador, refere-se a um impulso proveniente da segregação e do preconceito, de outro, o menosprezo dá margem à inclusão das mais variadas motivações para o crime, visto que contempla a indiferença, a falta de consideração e a depreciação (PRADO, 2019, p. 102).

Assim, como explicado pelo autor, a mulher é vítima de segregação e preconceito, e esse menosprezo por si só pode fazer com que a mulher seja vítima do feminicídio.

Fernando Capez (2019) traz em sua obra a definição de feminicídio, destacando que é o crime cometido por ser a vítima uma mulher, ou seja, a motivação é o fato de ela ser do sexo feminino, como se vê:

femicídio é o homicídio doloso praticado contra a mulher por “razões da condição de sexo feminino”, ou seja, desprezando, menosprezando, desconsiderando a dignidade da vítima por ser mulher, como se as pessoas do sexo feminino tivessem menos direitos do que as do sexo masculino. A lei pune mais gravemente aquele que mata mulher por “razões da condição de sexo feminino” (por razões de gênero). Não basta a vítima ser mulher para que exista o crime de feminicídio, é preciso que a morte aconteça pelo simples fato de a vítima ter a condição de sexo feminino (CAPEZ, 2019, p. 159).

Damásio de Jesus e André Estefan (2020) explica que existem duas formas de feminicídio: a primeira se refere ao assassinato de mulher em situação de violência doméstica ou familiar, como é o caso, por exemplo, do marido que mata a esposa; a segunda se refere ao assassinato praticado por menosprezo ou discriminação à condição de mulher, por exemplo, quando o homem mata a mulher por considera-la gênero inferior a ele.

2 A LEI MARIA DA PENHA

2.1 ANALISANDO A LEI MARIA DA PENHA

Diante do alto número de mulheres sendo vítimas de violência doméstica, fez-se necessário a criação de uma legislação especial visando a criação de mecanismos para coibir a ocorrência desse tipo de violência. Assim surgiu a lei 11.340 de 2006, conhecida popularmente como Maria da Penha.

A lei leva o nome de Maria da Penha porque uma das vítimas desse tipo de violência se chama Maria da Penha, e o seu caso foi amplamente divulgado, tanto no cenário nacional como no internacional, devido a sua luta para ver seu agressor, que era seu próprio marido, sendo devidamente punido.

Maria da Penha Fernandes trabalhava como biofarmacêutica e residia em Fortaleza – Ceará. No ano de 1983, Marco Antonio H. Ponto Vieiros atentou contra a vida de Maria da Penha, desferindo um tiro de espingarda em suas costas, enquanto dormia. Devido a tentativa de homicídio, Maria da Penha ficou paraplégica (ANDREUCCI; 2019).

As violências por parte do marido de Maria da Penha não cessaram, uma semana depois a vítima recebeu uma descarga elétrica de seu marido, enquanto tomava banho. O agressor foi denunciado em 1984, o processo caminhava lentamente e o acusado não havia sido preso ainda. A própria Maria da Penha buscou ajuda internacional e apresentou denúncia à Comissão Internacional de Direitos Humanos (ANDREUCCI; 2019).

No ano de 2001 o Brasil foi condenado pela Organização dos Estados Americanos (OEA), por negligência e omissão em relação à violência doméstica, recomendando a tomada de providências a respeito. Ainda no ano de 2001 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou o relatório 54/2001, onde as principais disposições são as seguintes:

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos reitera ao Estado Brasileiro as seguintes recomendações: 1. Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia. 2. Proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva [...]. 3. Adotar, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações [...]. 4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil [...] (CIDH; 2001, p. 02).

A prisão do acusado ocorreu somente em setembro de 2002, após 19 anos do cometimento dos crimes. Nota-se que essa prisão só veio a ocorrer após a grande pressão internacional exercida sobre o Brasil, e aos esforços da própria vítima, Maria da Penha.

Assim, com a edição da lei 11.340 de 2006, o país passou a ter uma legislação especial voltada para a proteção da mulher vítima de violência doméstica, objetivando a punição do agressor. O intuito é coibir a prática desse tipo de violência, com a consequente diminuição dos casos.

De acordo com Porto:

Mais do que para regulamentar quaisquer relações econômicas ou sociais, a Lei Maria da Penha ingressa no sistema jurídico brasileiro com uma finalidade muito determinada: contribuir para modificar uma realidade social, forjada ao longo da história, que discrimina a mulher nas relações familiares ou domésticas, aviltando-a à condição de cidadã de segunda categoria, rebaixando sua autoestima e, por

consequência, afetando-lhe a dignidade humana (PORTO; 2021, p. 24).

Para que se caracterize a violência doméstica e familiar contra a mulher, não é necessário que o sujeito ativo seja um homem. O agressor pode ser um homem (união heterossexual) ou uma mulher (união homoafetiva) ao se considerar uniões civis e afetivas. Mas o agressor também pode ser um integrante da família da vítima, como o pai, a mãe, o irmão, dentre outros. Por outro lado, o sujeito passivo sempre será a mulher, seja ela cisgênero²⁶⁷ ou transgênero²⁶⁸; o sujeito passivo não poderá ser o homem.

Nesse vértice, Porto (2021; p. 28) entende que o legislador ao utilizar da expressão “violência doméstica e familiar”, quis realizar uma diferenciação entre os dois núcleos, sendo que no primeiro, será abrangida todas as formas de violência contra a mulher que ocorram no âmbito doméstico, sem a necessidade de vínculo parental, ao passo que a segunda se refere aos atos de violência praticado por um sujeito ativo que detém vínculo familiar com a vítima.

2.2 COMPARAÇÃO COM A LEI DO FEMINICÍDIO

Decorrente do Projeto de Lei do Senado de número 8.305, de 17 de dezembro de 2014, em 9 de março de 2015 foi publicada a Lei nº 13.104, alterando o artigo 121 do Código Penal²⁶⁹, criando-se uma modalidade de homicídio qualificado, que passou a ser denominado de “feminicídio”.

A necessidade em criar uma lei específica no Brasil, que possa prevenir e punir o feminicídio segue orientações de organizações internacionais, tais como a Comissão sobre a situação da Mulher (CSW) e o Comitê sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), da ONU.

Ainda, a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre a Violência contra a Mulher, que investigou a violência contra a mulher nos estados brasileiros de março de 2012 até

²⁶⁷ Pessoa que se identifica completamente com o seu gênero de nascimento.

²⁶⁸ Pessoa que nasceu com determinado sexo biológico, e não se identifica com o seu corpo.

²⁶⁹ Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. [...] Feminicídio VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: [...] Pena - reclusão, de doze a trinta anos. [...] § 2o-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015) I - violência doméstica e familiar; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015) II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (BRASIL, 1940).

2013, observou o alto número de agressões contra a mulher e fez uma recomendação para a criação da referida lei.

A Comissão Parlamentar Mista de Inquérito de Violência contra a mulher no Brasil foi instaurada com a finalidade de investigar e apurar a omissão do poder público na efetividade dos instrumentos previstos em lei.

A inclusão da tipificação do feminicídio foi muito solicitada pelos movimentos feministas, ativistas, de certo ponto também para responsabilizar e fomentar a responsabilidade do Estado. Assim, como já destacado, a Lei de Feminicídio foi elaborada a partir de uma orientação da CPMI entre 2012 e 2013.

Assim, a Lei nº. 13.104/2015 tipifica o feminicídio como homicídio qualificado, considerado crime hediondo. Antes do advento dessa lei não havia nenhuma punição específica para o homicídio praticado contra a mulher por razões de gênero, ou seja, pela condição de sexo feminino. O crime também passa a integrar o rol de crimes hediondos.

O homicídio contra a mulher pelo simples fato de ela ser mulher, antes da legislação em questão, caracterizava homicídio qualificado por motivo fútil ou torpe, dependendo do caso concreto. O Brasil foi o 16º país da América Latina a prever o crime de feminicídio.

O feminicídio tem como marco normativo, na esfera internacional, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ratificada pelo Brasil em 1984. Essa convenção tem o objetivo de eliminar qualquer forma de discriminação e garantir a igualdade (PIOVESAN, 2010).

Outro marco normativo é a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, chamada de "Convenção de Belém do Pará", ratificada pelo Brasil em 1995, definindo a violência contra a mulher como qualquer ato baseado no gênero, que cause morte ou dano físico, sexual ou psicológico (PIOVESAN, 2010).

Rogério Sanches Cunha explica como o feminicídio pode incidir no caso concreto:

O feminicídio, entendido como a morte de mulher em razão da condição em ser sexo feminino. A incidência da qualificadora reclama situações de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade (CUNHA, 2017, p. 64).

Para a tipificação da qualificadora prevista no art. 121, IV, CP faz-se necessária a verificação de todos os elementos do tipo, ou seja, a conduta deve ser: "matar alguém"

(art. 121, caput), sendo o sujeito passivo, “mulher” (art. 121, VI), estando o crime envolvido em “violência doméstica ou familiar” (art. 121, § 2º-A, I) ou motivado por misoginia, que o Código define como “menosprezo ou discriminação à condição de mulher” (art. 121, § 2º-A, II). A pena de reclusão para o feminicídio pode variar de 12 a 30 anos, sem considerar condições agravantes.

No feminicídio, assim como ocorre no homicídio, o Estado age quando da violação do direito à vida. A punição da pessoa que violou esse direito é retirada do Código Penal. O direito à vida é, portanto, o objeto jurídico do crime. A diferença entre homicídio e feminicídio se refere ao objeto material do crime e do sujeito passivo, que é a mulher, bem como pela motivação da conduta.

O direito à vida encontra-se previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, tal direito é um bem jurídico protegido pelo Direito Penal. Assim sendo, a vida é bem jurídico e também é objeto jurídico do crime de feminicídio, sendo a sua tutela efetivada através da utilização do aparato penal, que objetiva punir quem mata outrem, neste caso, em razão da condição de mulher.

A Lei 13.104/2015 explica no que consiste a chamada “condição do sexo feminino”:
“§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I – violência doméstica e familiar; II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher” (BRASIL, 2015).

Define-se o menosprezo como desprezo, ódio ou repulsa à pessoa em razão do sexo feminino. A discriminação denota toda exclusão, restrição ou distinção, que prejudique ou suprima o reconhecimento, o gozo ou exercício pela mulher dos direitos humanos e liberdades fundamentais.

Para sua incidência, no caso do §2º-A, inciso I, não basta que o crime seja consumado no âmbito da violência doméstica, ou seja, dentro do espaço doméstico, no convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, ainda que esporadicamente ligadas a este espaço de convívio. Tal violência doméstica caracterizadora do feminicídio precisa estar agregada ao fator do gênero feminino. (GONÇALVES, 2016).

O sujeito ativo do crime, em regra, é o homem, mas não impedimento para a mulher, ou seja, o sujeito ativo também pode ser uma mulher, embora venha a ser contraditório uma mulher matar outra mulher pelo simples fato de ela ser mulher.

O sujeito passivo necessariamente deve ser a mulher. É possível que o transexual feminino (aquele que se submeteu a cirurgia de mudança de sexo) possa figurar como sujeito passivo. (SALIM; AZEVEDO, 2020).

Deve-se destacar que a mulher que não passou pela transgenitalização, mas modificou o seu gênero com a alteração civil, é, para fins jurídicos, uma mulher. Nesse caso, também poderá figurar no polo passivo do crime.

Damásio de Jesus e André Estefam (2020) explicam que pode haver feminicídio contra homem, mas estritamente nos casos de erro na execução, e exemplifica: um homem pretende matar uma mulher, mas por erro na execução (*aberratio ictus*) atinge um homem que caminhava pelo local. Nessa situação, de acordo com o Código Penal, o agente irá responder por feminicídio, como se tivesse atingido a vítima pretendida.

Sendo assim, em síntese, analisando a redação do inciso VI, pode-se verificar que feminicídio é o homicídio doloso qualificado contra a mulher, por razões das condições do sexo feminino, com reclusão de 12 a 30 anos, ficando evidente que a pena base já parte dos 12 anos, demonstrando o endurecimento da pena aplicada no caso concreto. É um crime de competência do Tribunal do Júri, seguindo, portanto, o rito especial, ocasião na qual, quem julga o crime de feminicídio são os jurados (conselho de sentença).

3 CONSEQUÊNCIAS DO FEMINICÍDIO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

3.1 COMO AS FAMÍLIAS SOFREM AS CONSEQUÊNCIAS

Qualquer tipo de violência deixa marcas, em suas vítimas ou nos familiares das vítimas fatais. Observa-se o pronunciamento do ex-secretário geral da ONU Kofi Anann, sobre esse tema:

A violência contra as mulheres causa enorme sofrimento, deixa marcas nas famílias, afetando várias gerações, e empobrece as comunidades. Impede que as mulheres realizem suas potencialidades, limita o crescimento econômico e compromete o desenvolvimento. No que se refere a violências contra as mulheres, não há sociedades civilizadas (2006 apud UNRIC, 2019, p. 1).

Trata-se o feminicídio de um crime extremamente grave, capaz de deixar consequências negativas na vida dos familiares da vítima, notadamente das crianças e adolescentes. Conviver durante toda a vida com o fato de que a mãe ou parente próxima foi vítima de um assassinato por razões de gênero exige um preparo psicológico específico. É na infância que ocorre o desenvolvimento do indivíduo, é por isso que conviver com situações de violência extrema em seu núcleo familiar é uma realidade prejudicial.

Nesse sentido:

O feminicídio já é muito grave, mas ele deixa uma consequência ainda pior, porque além da perda da vida, quando acontece um

feminicídio crianças e adolescentes ficam órfãs. Precisamos amadurecer para que a sociedade se acorde e que as políticas públicas aconteçam. O problema social já é imenso quando se tem um índice de natalidade tão alto, imagine sendo retirado do núcleo familiar aquela que vai cuidar. Isso gera mais problema social [...] Já está provado que as crianças e adolescentes que têm seus direitos violados ou vivenciam situação de violência, negligência, abandono, e principalmente de violência dentro de sua casa, elas têm consequência dentro do seu desenvolvimento (CARVALHO, 2020, p. 01).

No caso da tentativa de feminicídio, a vítima sobrevivente pode desenvolver problemas psicológicos, como a depressão, a fobia, a vergonha, desencadeando o consumo de álcool ou até mesmo drogas, além de distúrbios de sono e alimentação. Tudo isso influenciará diretamente em sua família.

3.2 O QUE O ESTADO FAZ PARA AMPARAR AS FAMÍLIAS DAS VÍTIMAS

Quando ocorre o feminicídio, o Estado e a sociedade se preocupam unicamente com a punição do autor do crime. Essa preocupação não está errada, é necessário que haja a justa punição do agressor. No entanto, os familiares da vítima precisam ser o foco da atenção social e do Estado. Nesse cenário se insere a Justiça Restaurativa.

A Justiça Restaurativa é tida como um fenômeno social de grande importância para a superação das consequências do crime pela vítima, e também pelos seus familiares. A justiça restaurativa, nas palavras de Renato Sócrates Gomes Pinto:

[...] baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime (PINTO, 2010, p. 20).

Nesse sentido, os traumas deixados na vida dos familiares das vítimas merecem especial atenção da sociedade e também do Estado. A violência não deve ser o único foco do direito penal e das pessoas. As vítimas não merecem ser somente integrantes de uma estatística.

Deve haver a preocupação social em fazer com que os seus familiares se sintam bem e acolhidos, e deve haver a preocupação do Estado em realizar a justiça restaurativa, dando

foco para os sentimentos dos familiares das vítimas. Os traumas de uma violência brutal, embora seja difícil, podem ser superados.

Ainda, cabe destacar o Plano Nacional de Enfrentamento ao Feminicídio – PNEF, que consiste em um conjunto de ações e metas que pretende implementar políticas públicas integradas e articuladas em todo o território nacional. Esse Plano é composto de 5 eixos, e o eixo de número 4 consiste em promover o atendimento humanizado, não revitimizador e qualificado às mulheres em situação de violência. Além disso, serão contempladas as vítimas de feminicídio tentado, bem como as vítimas indiretas (familiares e filhos). Ou seja, mais uma ação estatal cuja preocupação também é voltada para os familiares da vítima.

Ademais, é evidente que a maior preocupação é a punição, e não o amparo dos familiares das vítimas, por isso são encontrados poucos programas destinados a esse amparo familiar. O Estado deve atuar ativamente no núcleo familiar das vítimas, de forma a minimizar as consequências da sua perda violenta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme estudado no desenvolvimento do presente estudo, o feminicídio é um dos crimes mais graves do nosso ordenamento jurídico, pois consiste na retirada da vida de uma mulher pelo simples fato de ela ser mulher, ou seja, trata-se de uma violência de gênero.

Infelizmente, muitos casos de violência doméstica contra a mulher, prevista na Lei Maria da Penha evoluem para o feminicídio, por esse motivo foi necessária a edição da Lei de Feminicídio, tendo em vista a recorrência desse tipo de crime.

Ademais, a preocupação do Estado quando da ocorrência do feminicídio, como de qualquer crime, é a punição do criminoso, conforme as exigências legais, jurídicas e sociais. No entanto, a preocupação quase nunca recai sobre a família da vítima.

Em vários casos, a vítima deixa filhos e familiares próximos que vão sofrer com a violência sofrida pela mulher, o que pode desencadear inúmeros problemas psicológicas nesses familiares, notadamente dos filhos.

Exige-se, nessa situação, uma participação ativa do Estado, de forma a amparar os familiares das vítimas de feminicídio, por meio de programas assistenciais e disponibilização de assistência psicológica, visando superar esse episódio de violência no núcleo familiar. Atualmente, muito se fala em Justiça Restaurativa, que realmente se volta para a vítima e seus familiares, mas ela por si só não é suficiente. É importante que todos os poderes direcionem a sua preocupação para a família, cujas consequências podem ser fatais também.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL, Lei. n. 13.104 de 9 de março de 2015. **Lei de Femicídio**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 nov. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte especial**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARVALHO, Lílian. Femicídio traz efeitos danosos na vida dos filhos e vítimas. In: InfoNet. 2020. Disponível em: <https://infonet.com.br/noticias/politica/femicidio-traz-efeitos-danosos-na-vida-dos-filhos-das-vitimas/>. Acesso em 22 nov. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório nº 54 de 2001, Caso 12.051, Maria da Pena Maia Fernandes, 4 de abril de 2001**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em 18 nov. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal Parte Especial**. 10. Ed. Juspodvim, 2017.

DUBY, Georges; PERROT, Michelle. **História das mulheres no ocidente: a antiguidade**. São Paulo: Edbrasil, 1990.

GEBRIM, Luciana Maibashi; BORGES, Paulo César Corrêa. **Violência de gênero: tipificar ou não o femicídio/femicídio?** Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 51, n. 202, p. 59-75, abr./jun. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/202/ril_v51_n202_p59.pdf. Acesso em: 07 nov. 2021.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Parte Especial: Esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

JESUS, Damásio de; ESTEFAM, André. **Direito penal: crimes contra a pessoa e crimes contra o patrimônio**. 36. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENEGHEL, Stela Nazareth; PORTELLA, Ana Paula. **Femicídios: conceitos, tipos, cenários**. Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 22, n. 9, p. 3077-3086, set. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n9/1413-8123-csc-22-09-3077.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2021.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa é possível no Brasil?** In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. Disponível em: http://www.ibjr.justicarestaurativa.nom.br/pdfs/LivroJustca_restaurativa.pdf. Acesso em: 16 nov. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral e especial. 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André de. **Direito penal, parte especial**. 8. Ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

STREY, Marlene Neves (Org.). **Mulher**: estudos de gênero. São Leopoldo: Unisinos, 1997.

TELES, Maria Amélia de Almeida. MELO, Maria Amélia de Almeida. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2017.

UNRIC (Centro Regional de Informações das Nações Unidas). Disponível em: <https://www.unric.org/pt/actualidade/7453>. Acesso em: 20 nov. 2021.

DA PROVA MATERIAL

FLÁVIA CARÓSIO GOES:
Advogada. Pós-graduada em Ciências Criminais. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP). Universidade de São Paulo – USP. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” – FADIR da Universidade Federal de Uberlândia – UFU;

CLÁUDIO DO PRADO AMARAL

(orientador)

RESUMO: No presente artigo, tratamos a respeito do negacionismo científico, evidenciando sua repercussão no campo probatório, que se manifesta, sobretudo, na adoção de práticas investigativas e probatórias de idoneidade questionável. Construimos nossa argumentação em torno da importância da *objetivização* da matéria probatória, incluindo a necessidade de uma maior preocupação com o rigor científico dispensado aos procedimentos de produção da prova, de modo que se chegue a maior aproximação possível da verdade, tendente a refletir o que de fato ocorreu no momento do crime. Palavras-chave: Direito Processual Penal; Provas; Negacionismo Científico; Crítica à Ciência; *Objetivização* da prova.

RESUMEN: *En este artículo discutimos el negacionismo científico, destacando su repercusión en el campo de la prueba, que se manifiesta, sobre todo, en la adopción de prácticas investigativas y probatorias de dudosa idoneidad. Construimos nuestro argumento en torno a la importancia de objetivar la evidencia, incluyendo la necesidad de una mayor preocupación por el rigor científico que se le da a los procedimientos de producción de evidencia, de manera que se alcance la mayor aproximación posible a la verdad, tendiendo a reflexionar sobre qué hecho ocurrió en el hora del crimen. Palabras clave: Derecho Procesal Penal; evidencias; Negacionismo científico; Crítica de la Ciencia; Objetivación de la prueba.*

1. APRESENTAÇÃO DO TEMA

Inicialmente, para fins didáticos, importante e fundamental esclarecer o significado e a extensão da palavra *prova*, que em sentido amplo é empregada para designar aquilo que demonstra que uma afirmação ou um fato são verdadeiros.²⁷⁰ Tal palavra traduz as ideias de demonstração, comprovação, confirmação, evidência.

Assim sendo, no processo penal, a prova é usada a fim de demonstrar a veracidade de uma afirmativa feita a respeito de um fato delituoso tido por sucedido no mundo real. Imagine-se, por exemplo, o caso de um furto qualificado pelo arrombamento de porta e janela da residência: se a acusação afirmar que o fato criminoso foi praticado mediante o rompimento de obstáculo à subtração da coisa, é indispensável a presença de prova para a confirmação da veracidade de tal assertiva.

É com base na prova que o Estado-Juiz certificar-se-á de que o fato delituoso imputado ao acusado é verdadeiro, aplicando-se a ele, em caso positivo, a pena cominada ao delito. Sobre o tema, ensina José Carlos G. Xavier de Aquino que "(...) provas são elementos de convicção fornecidos ao juiz, com os quais ele poderá reconstruir os fatos investigados e estabelecer uma certeza jurídica (ou verdade possível), certeza essa que apenas equivale a uma probabilidade".²⁷¹

Pode-se dizer, portanto, que a prova tem íntima relação com o direito de punir do Estado, pois este só poderá exercer, legitimamente, seu *ius puniendi* contra o acusado na presença de prova contundente capaz de incriminá-lo. Assim, ilustrando, quando há a imputação de um fato delituoso a determinado sujeito, para que a sua liberdade seja legitimamente restringida, é imprescindível que haja provas idôneas no sentido de ser ele o autor do delito que lhe é atribuído, bem como provas materiais da existência dos fatos imputados.

O Código de Processo Penal, em seu art. 386, VII, estabelece que caso não exista prova suficiente para a condenação, caberá ao juiz absolver o réu. Nesse sentido também o princípio do *in dubio pro reo* – que é a regra de julgamento que vigora no campo penal – pelo qual, caso persista uma dúvida razoável sobre a culpabilidade do acusado no momento da prolação da sentença, o caminho a ser seguido pelo julgador penal é a absolvição do imputado.

²⁷⁰ HOUAISS. *Dicionário da língua portuguesa*. Disponível em: <https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol_www/v6-0/html/index.php#1>. Acesso em: 26 fev. 2022.

²⁷¹ AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 8.

Daí a importância da prova no processo penal, porquanto, com base nela, que eventualmente se condenará o réu, impondo-se a ele uma sanção penal,²⁷² o que muito provavelmente irá refletir negativamente em sua vida profissional e social, considerando os efeitos deletérios de uma condenação criminal aos acusados em geral, sobretudo quando implique pena privativa de liberdade, cujos efeitos são quase sempre estigmatização perante a sociedade, dissolução de laços familiares e profissionais, criminalização do preso, além de submeter o indivíduo a um risco considerável de contaminação por doenças infectocontagiosas, como, por exemplo, a tuberculose.²⁷³ Por isso, há de se considerar ilegítima e totalmente inadmissível, em um Estado Democrático de Direito, uma condenação embasada em meras conjecturas ou suspeitas, ou em elementos de convicção que não sejam seguros.

Assim, devido à grande relevância do tema, há inúmeros dispositivos legais e constitucionais que cuidam da matéria, definindo os procedimentos a serem seguidos no que se refere à produção e preservação dos elementos probatórios no âmbito processual penal. Em outras palavras, a legislação instituiu as regras do jogo²⁷⁴ como forma de se assegurar que a prova avaliada pelo juiz efetivamente é autêntica e que foi produzida em fiel observância aos princípios do devido processo legal e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LIV e LVI).

Atualmente, há forte tendência de *objetivização* da matéria probatória no âmbito processual penal, o que é feito, por exemplo, por meio da valorização de fontes de prova reais (o lugar, a arma, o cadáver, a ferida, etc.) em detrimento de fontes pessoais (ofendido, acusado, testemunhas, etc.). Isso porque, a prova produzida no processo irá servir de base a uma absolvição ou a uma condenação, ditando, portanto, o destino do acusado. Logo, há que se ter preocupação com o rigor científico dispensado aos procedimentos de produção da prova; bem como com fontes de prova que possam trazer com mais

²⁷² Ressalvando-se, obviamente, as hipóteses de perdão judicial, nas quais, a despeito de existir prova do fato delituoso e da respectiva autoria, não haverá imposição de pena devido a ato de clemência do Estado.

²⁷³ De acordo com a Fiocruz (Presídios têm 30 vezes mais casos de tuberculose. Disponível em: <<https://portal.fiocruz.br/noticia/presidios-tem-30-vezes-mais-casos-de-tuberculose>> Acesso em: 12/07/2022 às 22:36), pessoas privadas de liberdade têm, em média, chance 30 vezes maior do que a população em geral de contrair tuberculose.

²⁷⁴ Expressão utilizada por Alexandre Morais da Rosa (A Teoria dos Jogos aplicada ao Processo Penal. Lisboa/Florianópolis: Rei dos Livros/Empório do Direito, 2015).

fidedignidade o que de fato ocorreu no momento do crime, de modo que se chegue a maior aproximação possível da verdade, tendente a refletir ao máximo a realidade.

Diante disso, percebe-se um movimento ao longo da história, sobretudo a partir do século XX – com destaque para a teoria positivista de Hans Kelsen –, no sentido de visualizar o Direito como ciência, com método e objeto próprios, o que, por óbvio, produziu reflexos na seara processual penal, inclusive no tocante à atividade probatória. Passou-se a atribuir importância não apenas à fonte de prova em si, mas, também, à maneira com que essa prova seria produzida, é dizer, confere-se crescente proeminência ao procedimento probatório; aos poucos, a confissão deixou de ser conhecida como a *rainha das provas*, como algo de valor irrefutável, ao passo que os exames periciais passaram a ser tidos como imprescindíveis, em se tratando de crimes que deixam vestígios, não suprimindo sua ausência nem mesmo a confissão do acusado.

Desse modo, as Ciências Jurídicas receberam consideráveis influxos das Ciências Exatas e Biológicas, seja como estímulo para que fosse pensado um método e objeto próprios para o estudo do Direito, seja no que se refere à utilização no campo jurídico de um conjunto de procedimentos desenvolvidos no âmbito das mencionadas Ciências Exatas e Biológicas (como ocorre, a título de ilustração, em um exame de balística), que tem contribuído sobremaneira para proporcionar ao órgão julgador um juízo de convicção mais preciso e seguro acerca da dinâmica delitiva.

Imagine-se, por exemplo, que alguém tenha sido denunciado pela prática de um crime sexual. Nesse caso, o exame de DNA – efetuado por meio da comparação do material genético do acusado com os vestígios de sêmen encontrados no corpo da vítima – seria o meio de prova mais confiável para comprovar ou afastar a imputação constante da peça acusatória. Caso não fosse determinada a realização de exame pericial, poderia subsistir a dúvida razoável quanto à identidade do autor do fato delituoso, sobretudo, porque em regra os crimes sexuais são praticados à clandestinidade, sem testemunhas presenciais, hipótese que poderia ensejar uma absolvição ante a ausência de certeza de autoria, ou, o que é pior, a uma condenação injusta.

Nesse sentido, aliás, lecionam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes,

“(…) O desenvolvimento das ciências em geral possibilitou maior utilização da prova técnica, tanto na demonstração da materialidade da infração penal, por meio do exame de corpo de delito, como na comprovação de outros dados

relevantes à apuração da verdade. Exige-se, em consequência, cada vez mais, que seja aproveitado o avanço científico e tecnológico para aperfeiçoamento da investigação. (...)”²⁷⁵

2.ABORDAGEM HISTÓRICA DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Aqui abordaremos o traço histórico do desenvolvimento do processo de produção de provas no âmbito penal, a fim de se obter uma melhor visão acerca da tendência de *objetivização* da matéria probatória e do quanto isso pode ser benéfico para a existência de um processo penal eficaz e justo.

Como dito acima, se hoje há uma tendência de se caminhar para um sistema que valoriza a prova material,²⁷⁶ pode-se dizer que nem sempre foi assim.

Walter Coelho, citando Ferri, ensina que o referido criminólogo italiano aponta cinco fases na evolução dos sistemas probatórios, quais sejam, (i) uma fase das sociedades primitivas, por ele (Ferri) denominada de *fase étnica*, do mais absoluto empirismo, em que a simples percepção sensorial conhece apenas a prova do flagrante; (ii) uma fase mística ou religiosa, de conotação divina, que persiste inclusive na Idade Média, caracterizada pelas órdalias, pelos juízos de Deus e duelos judiciais; (iii) uma fase legal, na qual se estabelecem os meios de prova, bem como a gradação de sua maior ou menor força probatória, numa verdadeira tabela que, aprioristicamente, institui um rígido formalismo para o convencimento judicial; (iv) uma fase que Ferri intitula de *sentimental*, que seria a fase da íntima convicção, na qual o magistrado é inteiramente libertado de amarras preestabelecidas ao ato de julgar, estando vinculado somente à certeza moral ditada pela sua consciência; e, por fim, (v) uma fase científica, na qual a apreciação da prova adentra na apurada técnica das ciências experimentais, graças aos notórios avanços que, nesta área, nos levaram aos novos tempos.²⁷⁷

²⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12ª ed. São Paulo: RT, 2011. p. 140.

²⁷⁶ Segundo Renato Brasileiro de Lima (*Manual de processo penal: volume único*. 8ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 661), pode-se dizer que “a prova material é aquela que resulta da verificação existencial de determinado fato, que demonstra a sua materialização, tal como ocorre com o corpo de delito, instrumentos do crime, etc”.

²⁷⁷ COELHO, Walter. *Prova indiciária em matéria criminal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 35-36.

Na Antiguidade – período que se iniciou com o desenvolvimento da escrita e se encerrou com a queda do Império Romano do Ocidente (século V) – não havia propriamente um Estado organizado tal qual conhecemos hoje (que detém o monopólio do poder-dever de punir), de modo que a tradição jurídica era pautada numa justiça privada caracterizada pela vingança entre grupos, que vislumbravam a infração como sendo algo que ofendia não apenas a vítima, mas todo o grupo.

Com o desenvolvimento dos grupos sociais e de seu vínculo com a religião – o que acabou refletindo no direito –, os delitos cometidos no seio da sociedade passaram a ser encarados como um atentado à ordem estabelecida pelas divindades, e o agressor deveria ser punido, a fim de que fosse aplacada a ira dos deuses e reconquistada a sua benevolência.²⁷⁸

Os indivíduos na busca da verdade frequentemente recorriam ao pensamento mágico e à intercessão junto aos poderes divinos, através da prática de rituais religiosos e do uso de meios simbólicos, a exemplo da chamada *ordália* (ou *juízo de Deus*). Esta última consistia em um meio de prova e de punição em que os acusados eram submetidos à testes de resistência, a fim de se provar sua inocência ou sua culpa: se aquele que tinha delinquido sobrevivesse, por exemplo, à fogueira, entendia-se que havia sido absolvido pela vontade divina; se, por outro lado, sucumbisse, isso significava que ele havia sido condenado e executado pelo juízo divino.

Ressalta José Carlos G. Xavier de Aquino que:

“Já os povos antigos, mesmo aqueles de civilização mais rudimentar, possuíam certa noção de prova. Contudo, nessa época, predominava a chamada prova mística, que sujeitava os acusados a determinados processos bárbaros e desumanos. Tais processos recorriam ao juízo dos deuses para indicação do culpado. Para tanto, os suspeitos tinham de suportar toda sorte de sofrimentos, pois, se resistissem a eles, provariam sua inocência. Esse meio primitivo de prova denominava-se ‘ordália’”.²⁷⁹

²⁷⁸ CALDEIRA, Felipe Machado. *A Evolução Histórica, Filosófica e Teórica da Pena*, in *Revista da EMERJ*. Vol. 12, nº 45, 2009. p. 261.

²⁷⁹ AQUINO, José Carlos G. Xavier de. Op. cit. p. 3.

Dessa forma, pode-se afirmar que à míngua de procedimentos técnicos ou científicos apropriados para a produção de provas coerentes e racionais, recorria-se ao uso da *ordália* a fim de se atestar a inocência ou a culpabilidade de um acusado.

Cumprido destacar que a utilização da *ordália*, como visto, recorrente na Antiguidade, se estendeu pela Idade Média até o século XIII, conforme se extrai das palavras de Michel Foucault a seguir destacadas:

“Havia, finalmente, as famosas provas corporais, físicas, chamadas ordálios, que consistiam em submeter uma pessoa a uma espécie de jogo, de luta com seu próprio corpo, para constatar se venceria ou fracassaria. Por exemplo, na época do Império Carolíngio, havia uma prova célebre imposta a quem fosse acusado de assassinato, em certas regiões do norte da França. O acusado devia andar sobre ferro em brasa e, dois dias depois, se ainda tivesse cicatrizes, perdia o processo. (...)”²⁸⁰

Porém, foi ainda na Idade Média que o referido meio de prova entrou em declínio, principalmente a partir do IV Concílio de Latrão, em 1215, no qual a Igreja passou a repudiar a utilização dos meios de prova compreendidos como irracionais. Podemos afirmar que até o século XIII houve o predomínio, no processo penal, do emprego de um tipo de prova chamado de *irracional*, já que não podia ser explicado a partir da razão.²⁸¹ Contudo, ao final da Idade Média, houve uma certa racionalização dos meios de prova, uma vez que se abandonou as crenças sobrenaturais como ferramenta para explicar a inocência ou a culpabilidade de um acusado.

No fim da Idade Média, utilizou-se amplamente o processo inquisitivo, no qual determinados meios de prova possuíam hierarquia em relação a outros, o que se denominou de sistema da prova tarifada. Relativamente a tal sistema, Renato Brasileiro de Lima afirma que dele:

²⁸⁰ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes; supervisão final do texto Léa Porto de Abreu Novaes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002. p. 60.

²⁸¹ CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 134-135.

“(…) deriva o conceito da confissão como rainha das provas, sendo que nenhuma outra prova seria capaz de infirmá-la. Além disso, uma única testemunha jamais seria suficiente para a comprovação de uma afirmação acerca de fato que interessasse à solução da controvérsia posta em juízo (*testis unus, testis nullus* – uma só testemunha não tem valor). Tal regra autorizava uma conclusão absurda: a verdade dita por uma única testemunha não teria valor, na medida em que, de acordo com a lei, um depoimento isolado não tinha qualquer valor; pelo contrário, se uma mentira fosse contada por duas testemunhas acabaria prevalecendo.”²⁸²

Pode-se dizer que, no sistema inquisitorial, a prova testemunhal e a confissão figuravam dentre os meios de prova usualmente empregados. Na busca da verdade material, frequentemente se lançava mão da tortura, visando a obtenção de uma confissão do acusado, que era visto como mero objeto do processo. Resumidamente, podemos afirmar que a característica principal do processo inquisitivo é a reunião de poderes nas mãos do juiz inquisidor, que desempenhava as funções de acusar, defender e julgar, adotando não raramente a tortura como forma de alcançar a elucidação dos fatos.

É possível inferir que apesar de ter ocorrido algum progresso no que concerne aos meios de prova, principalmente comparando-se com o período anterior (Idade Antiga), as provas ainda não eram produzidas conforme um método objetivamente científico; pelo contrário, empregava-se a tortura para obtenção de uma confissão do acusado, o que retirava totalmente a idoneidade da prova, uma vez que um inocente muito provavelmente para fazer cessar torturas afirmaria que era culpado. Desse modo, de dois homens, igualmente inocentes ou igualmente culpados, aquele que fosse mais forte e mais destemido seria absolvido; o mais fraco, por sua vez, seria condenado em razão deste raciocínio: *Eu, juiz, necessito encontrar um culpado; tu, que és robusto, soubeste resistir à dor, e por isso eu te absolvo; tu, que és fraco, cedeste à força dos tormentos; portanto, eu te condeno. Bem sei que uma confissão arrancada pela violência da tortura não tem força nenhuma, mas se não confirmares agora o que confessaste, far-te-ei atormentar de novo.*²⁸³

²⁸² LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 682.

²⁸³ BECCARIA, Cesare Bonesana. Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. Tradução: José Cretella Jr, Agnes Cretella. 2ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 65.

Já na Idade Moderna, com o intuito de conferir um viés humano ao Direito Penal europeu, à época notoriamente arbitrário e medieval, Beccaria, em sua célebre obra *Dos delitos e das penas*, publicada em 1764, passou a criticar severamente a tortura e os tratamentos desumanos em geral, seja como meio de obtenção de prova, seja como sanção penal. Isso não significa, obviamente, que deixou de ser empregada, visto que até hoje, vez ou outra, a mídia noticia casos de pessoa torturada por agentes do próprio Estado. Ocorre que atualmente não é mais admitida no ordenamento jurídico de qualquer Estado que se pretenda democrático.

No decorrer do século XIX, por sua vez, ocorreu grande desenvolvimento das ciências exatas e biológicas, cujos reflexos foram expressivos no campo processual penal. Merece destaque Jean Alexandre Eugène Lacassagne (1843-1924), importante médico francês, que foi responsável por estudos científicos específicos no campo da medicina legal, com aplicação de novas técnicas na identificação de cadáveres (necropsia), e também na área da balística, possibilitando associar os projéteis às estrias do cano da arma de onde provinham os disparos.²⁸⁴

Devemos mencionar, também, as pesquisas a respeito das linhas das impressões digitais do dedo empreendidas por William Herschel (1833-1917), Henry Faulds (1843-1930), Francis Gaulton (1822-1911) e Juan Vucetich (1850-1925), responsáveis por lançar as bases da Papiloscopia, ao desenvolverem mecanismos fundamentais que permitiram que a identificação criminal se tornasse uma realidade e um instrumento importante à resolução de crimes.²⁸⁵²⁸⁶

Já no final do século XX, surgiram novos desafios ao Estado no combate à delinquência, especialmente no que se refere ao campo probatório, tendo em vista a sofisticação da criminalidade organizada (dotada grande poderio econômico e tecnológico), não sendo mais suficientes os tradicionais meios de obtenção de prova para fazer frente ao desmantelamento das organizações criminosas.²⁸⁷ A partir daí, houve o

²⁸⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 48.

²⁸⁵ NORONHA FILHO, Adalberto Salvador. *Direitos humanos fundamentais e a evolução da identificação criminal: da mutilação ao perfil genético*. Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-n-01->

²⁸⁶ <[Artigos/Adalberto%20Salvador%20Noronha%20Filho.pdf](#)> Acesso em: 19/04/2022 às 13:10.

²⁸⁷ Como observa SILVA (*Crime organizado: procedimento probatório*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31), "além da complexidade e da variedade dos atos que compõem a criminalidade organizada, seus autores também se dedicam a impedir a obtenção da prova. Essa 'cultura da supressão da prova', relata Elvio

desenvolvimento das chamadas técnicas especiais de investigação (v.g., interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário, etc.), que são procedimentos sigilosos de investigação e de colheita de provas postos à disposição da Polícia, dos órgãos de inteligência e do Ministério Público para a apuração da materialidade e da autoria dos crimes perpetrados por organizações criminosas nacionais e transnacionais.

Merecem destaque os estudos do geneticista britânico Alec Jeffreys (1950), os quais levaram, em meados da década de 80, a descoberta dos perfis genéticos de DNA (ácido desoxirribonucleico), promovendo a partir de então uma revolução não só na Medicina, mas também no campo do Direito. Isso porque, a referida técnica contribuiu significativamente para o exercício e aprimoramento da investigação criminal, bem como para melhor acerto dos fatos delituosos submetidos a julgamento, na medida em que é um elemento capaz de ligar pessoas à cena do crime com elevado grau de confiabilidade, propiciando um juízo de certeza quase irrefutável no sentido da culpabilidade (ou inocência) do acusado.

Na atualidade, observa-se o crescente desenvolvimento da nanotecnologia forense, bem como da biometria avançada, possibilitando o reconhecimento de uma pessoa "mediante a análise das características físicas, tais como a impressão digital, a geometria ou as características da face, da mão, da íris ou da retina e a análise do DNA ou características comportamentais únicas, como a dinâmica da assinatura ou da digitação, o reconhecimento pela voz ou pelos movimentos".¹⁸

Assim, como se vê, o desenvolvimento científico e os avanços tecnológicos em diversas searas do conhecimento humano são de grande valia ao processo penal, uma vez que vem possibilitando o alcance de conhecimentos e de resultados intangíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais, de modo a redesenhar a forma pela qual uma infração penal pode ser esclarecida. A exatidão e a certeza exigidas, no campo probatório, pelos modernos ordenamentos jurídico-penais, apenas podem ser asseguradas por uma crescente intervenção da ciência (biológica e exata) e da tecnologia forense.

Fassoni, pode ser notada nas atitudes dos criminosos contemporâneos: a arma disparada para matar alguém é destruída, para evitar comparações com outros episódios de fogo; o automóvel utilizado não é apenas roubado, mas incendiado, para não deixar vestígios; o assassino, proveniente de muito longe, é desconhecido no ambiente onde age; os telefonemas dos sequestradores não duram mais tanto tempo para não permitir a identificação de sua origem; as fontes testemunhais, quando raramente existem, vêm intimidadas ou oprimidas, para evitar os danos decorrentes de um possível dissociado no futuro."

¹⁸ SOBRINHO, Mário Sérgio. *A identificação criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 34.

A nosso ver, na narrativa jurídica se dá relevo insuficiente ao papel das Ciências Exatas e Biológicas e dos avanços tecnológicos, no desenvolvimento do processo penal, sobretudo no que se refere ao campo probatório e respectivos meios de prova e de obtenção de prova.

2.NEGACIONISMO DA CIÊNCIA E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

No decorrer do tempo, inúmeras teorias negacionistas surgiram, tendo se manifestado principalmente no âmbito da ciência e da história. Nesse cenário, definições da ciência tidas como unanimidade entre os pesquisadores são questionadas com fundamento em falsas evidências, assim como fatos históricos – cuja ocorrência é amplamente aceita entre os historiadores – também são contestados por negacionistas.

Costuma-se citar como exemplo de teoria negacionista aquela que refuta a ocorrência do Holocausto, mesmo diante de robustas evidências apresentadas pela historiografia (tais como documentos, edifícios, filmagens, imagens e depoimentos), que comprovam cabalmente a barbárie perpetrada contra o povo judaico. A propósito, vale lembrar que este evento consistiu no genocídio de judeus praticado pela Alemanha durante o regime nazista no contexto da Segunda Guerra Mundial. De acordo com os negacionistas do Holocausto, a morte de judeus não configurou genocídio, pois não se tratava de uma política de extermínio, mas de resultado decorrente do próprio contexto bélico.²⁸⁸

Outro negacionismo visto frequentemente é o daqueles que questionam o formato esférico da Terra. Atualmente, trata-se de uma conclusão fácil de se chegar devido ao desenvolvimento da tecnologia (com imagens produzidas por satélite), e apesar das diversas evidências científicas, muitos ainda acreditam que o planeta é plano.

Assim, como exposto acima, o negacionismo científico não é um fenômeno contemporâneo, pois ele já se manifestou em momentos pretéritos e em contextos histórico-sociais variados. Atualmente, mesmo diante das inúmeras descobertas científico-tecnológicas e de suas contribuições para o desenvolvimento da vida humana (proporcionando às pessoas melhores condições de saúde, bem como um aumento da

²⁸⁸ AVELAR, Alexandre de Sá; BEVERNAGE, Berber; VALIM, Patrícia. Negacionismo: história, historiografia e perspectivas de pesquisa. Disponível em: <
<https://www.scielo.br/j/rbh/a/mKqygYCGFLmDBCNWmVKJ4gd/?lang=pt>> Acesso em: 01/08/2022 às 07:00.

qualidade e da expectativa de vida), há indivíduos — popularmente chamados de *negacionistas* — que constantemente questionam a veracidade e confiabilidade dos estudos e das pesquisas científicas.

No entanto, o negacionismo científico compreende não apenas o ato de questionamento de evidências, pesquisas e consensos científicos (como, por exemplo, negação do aquecimento global de origem humana, da esfericidade da terra, etc.), mas, também, a atribuição de *status* científico a teorias ou métodos comprovadamente falsos.

Nesse contexto, as incertezas, inerentes ao processo de produção científica, são interpretadas drasticamente como debilidades da ciência, proporcionando um cenário de desconfiança, campo fértil para a propagação de teorias conspiratórias.²⁸⁹ De todo modo, é oportuno destacar que a maior riqueza da ciência não são as certezas produzidas ao fim do processo de investigação, mas sim o modo altamente qualificado de tratar as dúvidas durante esse processo.

Basta pensarmos no contexto da pandemia da COVID-19, em que inúmeras pessoas (de variados níveis de instrução) questionaram a segurança e a eficácia dos imunizantes contra a referida doença, bem como a importância da vacinação em massa e da adoção de outras medidas profiláticas para o combate à pandemia de coronavírus, muitas vezes, inclusive, associando a vacinação ao desenvolvimento de enfermidades (como miocardite e aids).²⁹⁰

“Cabe considerar que a existência do *negacionismo científico* não é algo que possa ser considerado uma inovação de nosso tempo atual, tampouco do contexto brasileiro. Ao longo da história da produção do conhecimento científico, as controvérsias e negações operaram como resistência a conhecimentos circulados socialmente, causando rejeições e obstáculos. Entretanto, o negacionismo parecia estar restrito a uma minoria da população letrada, e seu impacto sobre políticas públicas educacionais, em especial as de natureza sanitária, pouco registrado. Como exemplo, o século 20, marcadamente nos

²⁸⁹ CASSIANI, Suzani; OSTERMANN, Fernanda; SELLES, Sandra Lucia Escovedo. Negacionismo científico e crítica à Ciência: interrogações decoloniais. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ciedu/a/WSht8HLnbbGLdBH4nFCWBJS/?lang=pt#>> Acesso em: 01/08/2022 às 07:45.

²⁹⁰ Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/bolsonaro-vira-alvo-de-inquerito-no-stf-porligar-vacina-contracovid-a-aids/>> Acesso em: 08/08/2022 às 08:56.

Estados Unidos, testemunhou posições negacionistas acerca da teoria da evolução ou mesmo da esfericidade da Terra”.²⁹¹

O negacionismo, em nosso país, aliás, é cada vez mais latente e preocupante. Salta aos olhos o grau de alienação do Congresso Nacional ao aprovar uma Medida Provisória (MP) 1.112, que autoriza que recursos destinados à pesquisa e inovação sejam usados na renovação da frota de caminhões. Com a aprovação da referida MP, as empresas do setor de óleo e gás natural no Brasil poderão contabilizar como *investimento em pesquisa, desenvolvimento e inovação* o repasse de recursos ao Programa Renovar, cujo propósito é o de promover o desmonte e a destruição de sucata de veículos.²⁹² Como se vê, é flagrante o descaso e a indiferença de parte da população brasileira com a Ciência, aí se incluindo os membros dos poderes da República, o que, inegavelmente, reflete na seara processual penal, como será exposto ao longo do presente trabalho.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento das ADIs 6.586/DF e 6.587/DF, foi chamado a se manifestar acerca da constitucionalidade da obrigatoriedade da vacinação contra a COVID-19. O julgamento representou um passo em direção à ciência ao rechaçar o crescente movimento antivacina no Brasil. Concluiu o STF que o Estado pode impor aos cidadãos que recusem a vacinação as medidas restritivas previstas em lei, como, por exemplo, multa, impedimento de frequentar determinados lugares e de se fazer matrícula em escola, etc.

Mariana Lima Vilela e Sandra Escovedo Selles afirmam que no Brasil, a negação de conceitos e teorias que contam com o consenso dos cientistas passou a ganhar força, mormente com a ascensão mundial do conservadorismo de ultradireita, tomando proporções extraordinárias com o advento da internet e das redes sociais, responsáveis por agregar e fortalecer grupos identitários e o consumo acrítico de desinformação.²⁹³

²⁹¹ CASSIANI, Suzani; OSTERMANN, Fernanda; SELLES, Sandra Lucia Escovedo. Negacionismo científico e crítica à Ciência: interrogações decoloniais. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ciedu/a/WSht8HLnbbGLdBH4nFCWBJS/?lang=pt#>> Acesso em: 01/08/2022 às 07:45.

²⁹² Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/economia/camara-aprova-mp-que-permite-ao-setorde-oleo-e-gas-gastar-dinheiro-de-pesquisa-na-renovacao-de-frota-de-caminhao/>> Acesso em: 08/08/2022 às 08:56.

²⁹³ VILELA, Mariana Lima; SELLES, Sandra Escovedo. *É possível uma educação em ciências crítica em tempos de negacionismo científico?*. Caderno Brasileiro de Ensino de Física, Florianópolis, v. 37, n. 3, p. 1722-1747. DOI: <https://doi.org/10.5007/2175-7941.2020v37n3p1722>

“Nesse movimento, a defesa de crenças desprovidas de uma base evidencial – a pós-verdade – vem alcançando dimensões no mínimo preocupantes, sobretudo porque acaba por impactar políticas públicas. (...) Assistimos à negação das queimadas na Amazônia, ao desprezo sobre as perdas do incêndio do Museu Nacional, à censura à divulgação de dados de pesquisas de instituições consagradas, à promoção de aglomerações da população em meio a uma pandemia de um patógeno altamente contagioso, ao desprezo sobre recomendações de organismos internacionais de saúde e meio ambiente para manutenção da vida, ao corte de recursos que viabilizam o desenvolvimento científico no país”.²⁹⁴²⁹⁵

Assim como em outras searas do conhecimento científico, o negacionismo também se manifesta no âmbito das Ciências do Direito. Bom exemplo disso diz respeito ao emprego da constelação familiar por diversos magistrados Brasil afora para dirimir questões em matéria familiar.²⁹⁶ Segundo o professor e físico Marcelo Takeshi Yamashita, “não existe nenhum embasamento experimental ou teórico, do ponto de vista da psicologia, que embase essa prática [da constelação familiar]”.²⁹⁷ Contudo, o que impressiona ainda mais é o fato de a constelação familiar fazer parte das Práticas Integrativas e Complementares em Saúde (PICS), as quais foram institucionalizadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS) como recursos terapêuticos transversais, ao lado da acupuntura, da homeopatia e da terapia de florais, entre outras.²⁹⁸

Na seara processual penal, deparamo-nos com inúmeros exemplos de práticas probatórias, entendimentos jurisprudenciais e disposições legais que de algum modo representam posicionamentos negacionistas, o que é de extrema gravidade, devido à circunstância de estar em jogor, no campo do processo, a liberdade de locomoção do

²⁹⁴ VILELA, Mariana Lima; SELLES, Sandra Escovedo. *É possível uma educação em ciências crítica em tempos de negacionismo científico?*. Caderno Brasileiro de Ensino de Física, Florianópolis, v. 37, n. 3, p.

²⁹⁵ -1747. DOI: <https://doi.org/10.5007/2175-7941.2020v37n3p1722>

²⁹⁶ Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/namidia/11746/Projeto+constela%C3%A7%C3%A3o+familiar+resolve+conflitos+por+meio+de+concilia%C3%A7%C3%A3o>> Acesso em: 01/08/2022 às 07:45.

²⁹⁷ Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/03/24/defensores-e-criticosdebateconstelacao-familiar-na-cas>> Acesso em: 01/08/2022 às 07:45.

²⁹⁸ Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/p/praticas-integrativas-ecomplementares-pics-1>> Acesso em: 06/08/2022 às 07:45.

acusado, bem de natureza indisponível da maior envergadura. É dizer, a pessoa, em última análise, pode vir a ser encarcerada com base em suposições factuais despidas de qualquer base empírica. O tema será amplamente aprofundado no decorrer do presente trabalho. Por ora, para esclarecer e ilustrar, convém analisarmos, ainda que brevemente, alguns exemplos de práticas investigativas e probatórias de idoneidade questionável, que, comumente, são utilizados como premissas para medidas preventivas graves e decisões condenatórias.

No âmbito jurisprudencial, como exemplo, pode ser citado, dentre outros, entendimento constante em diversos julgados do STJ no sentido de ser possível a prolação de um decreto condenatório pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006) mesmo sem a apreensão da droga e, conseqüentemente, sem a realização do exame pericial, já que outras provas podem, na dicção da referida corte superior, suprir a falta de apreensão.²⁹⁹ A nosso ver, e com a devida vênia, não se pode concordar com a possibilidade de uma condenação sem a apreensão da droga e, por conseqüência, sem o laudo de exame toxicológico, o qual se apresenta como único elemento hábil a comprovar a materialidade do delito de tráfico de drogas.

Como exemplo retirado da lei, vale citar as normas elencadas entre os arts. 149 a 154 do Código de Processo Penal, que dispõem sobre a possibilidade de realização de perícia psiquiátrica caso haja dúvida quanto à sanidade mental do autor do delito. Para alcançarem uma conclusão quanto à sanidade mental do imputado, os peritos valer-se-ão de elementos numerosos, como, por exemplo, anamnese, histórico do caso, exame direto

²⁹⁹ A ausência de apreensão da droga não torna a conduta atípica se existirem outros elementos de prova aptos a comprovarem o crime de tráfico. STJ. 6ª Turma. HC 131.455/MT, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 2/8/2012. A materialidade do crime de tráfico de entorpecentes pode ser atestada por outros meios idôneos existentes nos autos quando não houve apreensão da droga e não foi possível realizar o exame pericial, especialmente se encontrado entorpecentes com outros corréus ou integrantes da organização criminosa. STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 1.116.262/GO, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 06/11/2018. A ausência de apreensão da droga não torna a conduta atípica se existirem outros elementos de prova aptos a comprovarem o crime de tráfico. STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 1.662.300/RN, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 16/06/2020. Esta Corte já se manifestou no sentido de que a ausência de apreensão da droga não torna a conduta atípica se existirem outras provas capazes de comprovarem o crime, como no caso, as interceptações telefônicas e os depoimentos das testemunhas. STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 1.471.280/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 26/05/2020.

do paciente, exame somático, mental, de laboratório, etc., pronunciando, ao final, um juízo acerca da (in) existência de possível enfermidade mental.³⁰⁰

Cumpra assinalar que, conforme o art. 182 do CPP,³⁰¹ o juiz não está vinculado às conclusões do laudo pericial, dele podendo discordar e, até mesmo, decidir em sentido contrário à conclusão dos peritos. Contudo, a possibilidade conferida ao magistrado pelo referido dispositivo legal de discordar dos peritos não pode ser vista sem ressalvas, afinal enquanto estes dispõem de conhecimentos científicos do campo da medicina em que será realizado o exame pericial, a autoridade judiciária não domina a área das Ciências Médicas nem detém os conhecimentos técnico-científicos indispensáveis para aferir a saúde mental do imputado, tampouco a sua capacidade de se autodeterminar.³⁰²

Por fim, vale mencionar exemplo colacionado por Paulo Akira Kunii e Rachel Herdy referente à prática negacionista no campo probatório:

“(...) Essa tolerância com práticas pseudocientíficas pode ser observada em decisões judiciais particulares — como os casos das cartas psicografadas, admitidas como meios de prova em processos penais —, mas também em medidas institucionais específicas (...) A Polícia Científica do Paraná, por exemplo, manteve uma seção de hipnose forense por cerca de 14 anos com o objetivo de auxiliar investigações policiais. Em que pese à afirmação presente em diferentes publicações, de que a referida seção contribuiu para a solução de mais de 800 casos, ‘não houve produção científica sobre essa atuação’. Além disso, o sigilo dos dados produzidos nesses casos impede a verificação de tal cifra e a natureza dessa contribuição. Por outro lado, na literatura científica da psicologia há predomínio de pesquisadores, publicações e, principalmente, evidências contraindicando o emprego da hipnose como ferramenta para a

³⁰⁰ NORONHA, E. Magalhães, 1906-1982. *Curso de direito processual penal*. ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 110-111.

³⁰¹ CPP: Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

³⁰² A esse respeito, vale destacar as lições de Gustavo Badaró: “Em princípio aplica-se ao laudo que resulta do incidente de insanidade mental a regra geral das perícias, prevista no art. 182 do CPP, segundo a qual o juiz não fica vinculado aos laudos periciais, podendo aceitá-los ou rejeitá-los, no todo ou em parte, o que é uma decorrência da máxima de que o juiz é o peritus peritorum. Todavia, em virtude da elevada especialização técnica da questão de definir ou não a ocorrência de insanidade mental no momento da prática da infração penal, será muito difícil que o juiz, sem qualquer outro elemento técnico, possa divergir do laudo pericial”. (*Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus Jurídico/Elsevier, 2012. p. 249).

'recuperação de memórias'. Os principais riscos identificados colocam em xeque a confiabilidade dessa técnica para fins de investigação ou produção de provas: de um lado, episódios ou detalhes imaginados pela pessoa hipnotizada podem se sedimentar em sua memória como se fossem lembranças reais; de outro lado, a confiança na veracidade de memórias falsas ou distorcidas pode ser reforçada pelo simples fato de a pessoa ter se submetido à hipnose. Com efeito, a mera sugestão de ter participado de uma sessão de hipnose pode levar uma pessoa a ter maior confiança na precisão de suas memórias".³⁰³³⁰⁴

3.PROVAS

Nos próximos tópicos, discorreremos sobre a imprescindibilidade da *objetivização* da matéria probatória para um provimento jurisdicional final justo, bem como acerca dos reflexos do negacionismo científico na seara processual penal, mais especificamente no campo probatório.

3.1 Terminologia da prova

A palavra *prova* é polissêmica, plurissignificativa – é dizer, tem vários significados –, e pode ser empregada em diversos contextos. Por tal motivo, inicialmente, se faz necessário firmarmos algumas premissas terminológicas.

3.1.1 Sentidos da palavra *prova*

A partir das lições de Renato Brasileiro de Lima,³⁰⁵ três são as acepções da palavra *prova*, quais sejam: a) prova como atividade probatória, consiste no processo pelo qual a parte visa persuadir o magistrado de que diz a verdade; b) prova como resultado; e c) prova como meio, é dizer, equivale ao instrumento utilizado pela parte a fim de demonstrar ao julgador que suas afirmações formuladas ao longo do processo correspondem à verdade

³⁰³ HERDY, Rachel; KUNII, Paulo Akira. Negacionismo científico também afeta o direito probatório. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-abr-08/limite-penal-negacionismo-cientifico-tambemafeta-direito-probatorio#:~:text=Essa%20toler%C3%A2ncia%20com%20pr%C3%A1ticas%20pseudocient%C3%ADficas,tamb%C3%A9m%20em%20medidas%20institucionais%20espec%C3%ADficas.>> Acesso em:

³⁰⁴ /07/2022 às 08:56.

³⁰⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 657-658.

dos fatos (por exemplo, prova pericial e prova testemunhal). Nesse sentido também, o posicionamento de Grinover, Scarance e Magalhães, ao apontarem que o termo *prova* não é unívoco, visto que “em uma primeira acepção, indica o conjunto de atos processuais praticados para averiguar a verdade e formar o convencimento do juiz sobre os fatos. Num segundo sentido, designa o resultado dessa atividade. No terceiro, aponta para os “meios de prova”³⁰⁶.

3.1.1 Fonte de prova, meios de prova e meios de obtenção de prova

A expressão *fonte de prova* designa os objetos e as pessoas a partir dos quais é possível se obter informações a cerca de um fato delituoso. É dizer, uma fonte de prova possibilitará o esclarecimento da autoria e das circunstâncias de um crime (como fatores de tempo, lugar, *modus operandi*, etc.). Assim, a partir de uma faca encontrada no local da prática delituosa, é possível colher eventuais impressões digitais constantes no referido objeto, aumentando as chances de se identificar, com clareza e precisão, o possível autor de crime. Através de uma testemunha ocular é possível verificar, por exemplo, quais as características físicas do autor do crime (estatura, cor dos olhos, etc.) e em qual horário este teria ocorrido.

Segundo aponta Gustavo Badaró, “as fontes de prova decorrem do fato em si, independentemente da existência do processo. Ocorrido o fato, tudo aquilo que puder servir para esclarecer alguém sobre a existência desse fato pode ser considerado como fonte de prova daquele fato”³⁰⁷.

Conforme as lições de Antonio Magalhães Gomes Filho, quanto aos meios de prova, estes podem ser definidos como “(...) instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção de prova). São, em síntese, os canais de informação de que se serve o juiz”³⁰⁸³⁰⁹.

³⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance.

Op. cit. p. 114.

³⁰⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 165.

³⁰⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*, in *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Ed, 2005. p.

Em outras palavras, os meios de prova funcionam como uma ponte cuja função é a de estabelecer uma conexão entre a fonte de prova e processo judicial.³¹⁰

Por fim, os meios de obtenção da prova referem-se a certos procedimentos (em regra, extraprocessuais) regulados por lei, cuja finalidade precípua é a de angariar provas materiais. Cumpre destacar que os referidos meios de investigação de prova, via de regra, são realizados sem prévia comunicação à parte contrária, funcionando a surpresa como importante traço peculiar, sem a qual seria inviável a obtenção das fontes de prova.³¹¹ São exemplos de meios de obtenção de prova: busca e apreensão, quebra de sigilo bancário, captação ambiental de imagens e sons, interceptação telefônica, entre outros.

Pelo exposto acima, percebe-se, portanto, que são "(...) mecanismos probatórios que restringem direitos fundamentais, notadamente privacidade".³¹² Assim sendo, especial atenção deve ser dispensada pelo legislador ao disciplinar a matéria, a fim de que não haja margem para que o Estado possa incorrer em arbitrariedades.

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima, os meios de obtenção da prova

"diferenciam-se dos meios de prova, na medida em que, em relação a estes, é de rigor a observância do contraditório, que pressupõe tanto o conhecimento acerca da produção de determinada prova, quanto a efetiva participação na sua realização".³¹³

Importante frisar que os meios de obtenção da prova aceitos como legítimos em um Estado podem, de certa forma, ser utilizados como parâmetro para avaliar o quão democrático é o referido Estado, bem como o seu grau de comprometimento com os direitos fundamentais dos jurisdicionados. Isso porque, em se tratando de um Estado comprometido com os direitos dos cidadãos, as provas não poderão ser produzidas a qualquer custo, ignorando-se, por exemplo, direitos e garantias fundamentais do imputado. Por outro lado, em estados autoritários, o imputado não é tido como um sujeito de direitos, mas, sim, como um mero objeto de investigação, colocando-se acima de tudo

³¹⁰ O presente assunto será objeto de análise mais detalhada no próximo tópico.

³¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 161.

³¹² DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 636.

³¹³ Op. cit. p. 161.

(inclusive dos direitos e das liberdades individuais constitucionalmente tutelados) a descoberta de uma verdade real, utópica e inalcançável.

3.2 Meios de prova e meios de obtenção de prova em espécie

Cumpramos aprofundarmos o tema, justamente porque a *objetivização* da matéria probatória está intimamente relacionada aos meios de prova e aos meios de obtenção de prova em espécie, conforme será evidenciado adiante.

3.2.1 Das perícias em geral

Diante da impossibilidade de o magistrado dominar toda sorte de matérias que lhes são levadas a julgamento (justamente devido à complexidade de certos casos concretos), surge a necessidade de se valer de profissionais dotados de conhecimentos teóricos que fujam do âmbito de sabedoria do julgador, o qual possui formação de natureza jurídica,³¹⁴ sendo, na dicção de Julio Fabbrini Mirabete, desprovido de “conhecimentos enciclopédicos”.⁴³

Conforme pontua Fernando da Costa Tourinho Filho, “entende-se por perícia o exame procedido por pessoa que tenha determinados conhecimentos técnicos, científicos, artísticos ou práticos acerca de fatos, circunstâncias ou condições pessoais inerentes ao fato punível, a fim de comprová-los”.³¹⁵

Vale destacar que mesmo tendo o julgador conhecimentos especiais sobre determinado assunto, alheio ao campo jurídico, este não poderá prescindir da colaboração do perito, pois, caso contrário, correria o risco de se apartar da ciência. Nos dizeres de Ronaldo Batista Pinto:

“Na mesma proporção em que se verificam enormes avanços científicos e tecnológicos, cresce a relevância da prova pericial. Afinal o espírito investigativo do homem, com sua curiosidade insaciável, coloca, a cada dia, ao dispor do julgador, novas metodologias, das quais não pode apartar-se, sob pena de colocar-se na contramão da ciência”.³¹⁶

³¹⁴ PINTO, Ronaldo Batista. *Prova penal segundo a jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 61. ⁴³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 8ª ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1998. p. 267.

³¹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 218.

³¹⁶ PINTO, Ronaldo Batista. Op. cit. p. 61.

Ressalte-se que, segundo dispõe expressamente o artigo 182 , *caput*, do Código de Processo Penal, o magistrado não fica vinculado à conclusão da prova pericial, uma vez que nosso diploma processual penal adotou o sistema da persuasão racional (livre convencimento motivado), pelo qual é dado ao julgador a mais ampla liberdade na apreciação da prova, podendo conferir a ela o valor que bem entender.

Aos olhos da 6ª Turma do STJ, o laudo pericial não é necessariamente vinculante, porém, para o efetivo reconhecimento da inimputabilidade ou semi-imputabilidade do réu e consequente aplicação do art. 26 do Código Penal, é indispensável a realização do exame médico-legal.³¹⁷

Ronaldo Batista Pinto leciona que se o juiz ficasse vinculado à opinião do perito, ocorreria verdadeira substituição daquele por este último, pois seria o *expert* quem, em última análise, daria a palavra final sobre a questão em debate. Ainda, conforme o referido autor, a perícia pressupõe desconhecimento do julgador a respeito de determinado assunto, demandando, assim, o auxílio do perito. Exatamente por esse motivo, ainda que não adstrito à conclusão pericial, apenas se admite um julgamento contrário à perícia, caso devidamente fundamentado, com crítica pertinente ao exame, demonstrando o equívoco no qual ele incorreu, para que seja possível, ao final, rechaçar o resultado. “Em suma: somente quando devidamente fundamentada se aceita a prevalência da opinião de um leigo (o juiz) sobre a de um técnico (o perito)”.⁴⁷

É de rigor observar que a despeito de acatarmos o posicionamento exposto acima, não podemos deixar de mencionar que, apesar de o referido entendimento ser à primeira vista o mais adequado, ele não é de todo imune a críticas. Isso porque, a nosso ver, partir do momento em que é dado ao magistrado o poder de decidir contra o exame pericial (elaborado notadamente por um profissional considerado experto na área do conhecimento em que se está realizando a perícia), abre-se uma margem para que um mesmo caso *sub judice* seja sentenciado de maneira completamente distinta a depender do magistrado responsável pelo julgamento. Ilustrando, caso um exame pericial conclua pela inimputabilidade do acusado ao tempo da prática do crime, um juiz mais devoto à ciência poderá acatar o laudo, aplicando, por conseguinte, uma medida de segurança; por outro lado, um magistrado mais adepto às provas testemunhais, poderá entender pela sanidade mental do acusado, impondo-lhe a pena cominada em lei ao respectivo crime.

³¹⁷ STJ, 6ª Turma, REsp 1.802.845/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 23/06/2020, DJe 30/06/2020. ⁴⁷ Ibid., p. 63-64.

Tal fato traz, inegavelmente, certa insegurança jurídica, além de margens à subjetivismos.³¹⁸ Isso sem contar que, com base em tal raciocínio, de certa forma, estarse-ia indo de encontro com a ciência, exatamente pelo privilégio concedido ao entendimento de um leigo no assunto (juiz) em detrimento do de um especialista (perito).

Por último, como exemplo do indevido abandono da prova material e da manifesta ausência rigorismo científico, cumpre destacar que o Superior Tribunal de Justiça vem apresentando uma tendência absolutamente inadequada de dispensar o exame pericial de eventual arma de fogo empregada no delito de roubo, podendo, na dicção da referida corte superior, incidir a causa de aumento de pena do art. 157, § 2º, I, do CP, mesmo na ausência da perícia.³¹⁹

3.2.2 Prova testemunhal

A palavra *testemunha* vem de *testibus*, que significa dar fé da veracidade de um fato. Testemunha é a pessoa que, não sendo parte nem sujeito interessado no processo, depõe perante a autoridade judiciária, declarando o que sabe sobre os fatos percebidos por seus sentidos que interessam à decisão da causa.³²⁰ Logo, a prova testemunhal tem por finalidade trazer ao processo dados de conhecimento que derivam da percepção sensorial daquele que é chamado a depor em juízo.

É notório que o meio de prova em comento assume, no processo penal, papel de relevo, demandando, portanto, cautela na sua produção e posterior valoração. Isso porque, verifica-se que, no meio judiciário, não raro diversos acontecimentos são registrados, ainda que involuntariamente, de forma distinta da realidade. Não é arriscado afirmar que em virtude disso, pessoas inocentes já foram condenadas pela prática de crimes que não cometeram, ao passo que pessoas culpadas se encontram à solta.

“Donde se concluir que a prova testemunhal, como qualquer outro meio de prova, é de valor falível e precário. Há, ainda, o problema da duração dos estímulos. São estes que determinam as sensações.

³¹⁸ Para mais detalhes acerca do tema, remetemos o leitor ao item “4.3. *Objetivização da prova*”.

³¹⁹ STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.614.995/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 04/10/2016, DJe 14/10/2016.

“O entendimento pacificado da Terceira Seção deste Tribunal Superior é no sentido da prescindibilidade da apreensão e perícia da arma de fogo para a incidência da majorante, desde que evidenciada sua utilização por outros meios de provas, tais como a palavra da vítima ou o depoimento de testemunhas, como ocorreu na hipótese”

³²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 763.

Aquele que mira um quadro, durante dez minutos, tem melhores condições de descrevê-lo do que o outro que o olhou por dois minutos. O grau de iluminação também altera as percepções sensoriais. O silêncio exerce notável influência nas percepções. A falta de atenção é outro fator. Neste particular, as experiências de Claparède, Von Liszt, Varendonck, Erisman, Mário Ponzio, Alberto Pessoa, Afrânio Peixoto confirmam a palavra do Prof. Quintiliano Saldanã, no sentido de que o testemunho é prova falível. Em 1973, durante aula, e sem que os alunos soubessem o que pretendíamos fazer, distribuímos papel, como se fôssemos fazer uma prova. Em seguida, fixamos em oito minutos o tempo para que eles desenhassem a bandeira brasileira. Apenas 4, num grupo de 79, conseguiram fazê-lo, com detalhes. Noutra Faculdade, fazendo a mesma experiência, perguntamos aos alunos quantos degraus havia na escada que ligava o interior da Escola à área de recreação. Todos os dias eles passavam por ali. Nenhum acertou! Isso demonstra que a falta de atenção torna imprestável um depoimento”.³²¹

Ainda segundo pontua Tourinho Filho, a ciência já comprovou que as percepções dos sentidos são imprecisas e facilmente modificáveis por circunstâncias e fatores diversos, como, por exemplo, o grau de luminosidade do ambiente, a maior ou menor duração dos estímulos, a falta de atenção, o silêncio, a emoção, a imaginação, as alucinações, as ilusões, a perturbação da memória, a paranoia, a paixão, a histeria, a imbecilidade, a falta de interesse, a melancolia, o tempo, entre outras causas, internas ou externas, que podem levar uma pessoa, que ainda que tenha a intenção de dizer a verdade, a desvirtuar os fatos.⁵²

Conforme adverte Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, apesar de a prova testemunhal ser a mais comum na seara processual penal, “é a mais falha das provas, mesmo quando a testemunha demonstre a maior correção e seriedade possíveis”. O autor justifica seus dizeres, ensinando que:

³²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 336. ⁵² Ibid., p. 335.

“(...) se correta a testemunha, quatro fatores influenciam inevitavelmente seu depoimento, possibilitando o erro: o modo pelo qual viu o fato que deverá narrar (distância, ângulo, estado emocional etc.), sua opinião pessoal sobre o fato e os envolvidos (repugnância ou aceitação, amigo ou inimigo etc.), a maneira pela qual é feita a pergunta (impositiva ou com liberdade) e o estado emocional quando prestará seu depoimento. Mesmo quando a testemunha procure agir com total correção e seriedade, tais elementos influenciarão, de qualquer modo, o depoimento”.³²²

Em síntese, há indivíduos com memória privilegiada, outros não possuem nenhum interesse em guardar determinados fatos e, finalmente, existem aqueles que sofrem de perturbações (amnésias, hipermnésia, etc.). Às vezes a testemunha está incapacitada para depor, seja em virtude do medo que, muitas vezes, pode acometer seu espírito, seja em face de sua imaturidade, seja por um defeito sensorial, ou até mesmo por uma anomalia psíquica. Outras vezes a testemunha depõe na certeza de estar dizendo a verdade, sem que o esteja. Enfim, mente, sem saber que está mentindo. Tudo isso, demonstra a precariedade do testemunho.

Como bem expõe Renato Brasileiro de Lima, estudos provenientes da psicologia sugerem que testemunhos são, essencialmente, informações irrepetíveis, uma vez que um depoimento jamais será rigorosamente igual ao outro, justamente pelo fato de o decurso do tempo atuar como um relevante fator de deterioração da memória. A incidência temporal, também chamada de *intervalo de retenção da memória*, poderá levar o indivíduo ao esquecimento, à perda da nitidez e da riqueza de detalhes e à contaminação da memória.³²³ No mesmo sentido, as palavras de José Carlos G. Xavier de Aquino, “(...) é de se ter presente que a memória está sujeita a desgastes, razão pela qual muitas vezes, no momento em que o homem necessita dela entra no trabalho mental de evocar o passado para fazê-lo presente, ela pode apresentar-se alterada”.⁵⁵

Em conclusão, é importante ressaltar que apesar de comumente a prova testemunhal ser uma necessidade – mormente quando não houver outros meios de prova à disposição do magistrado para esclarecer a dinâmica delitiva –, esta pode ser eivada de

³²² ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 139.

³²³ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 136. ⁵⁵ Op. cit. p. 38.

inúmeros equívocos e imprecisões, não sendo, por isso, viável atribuir-lhe valor absoluto. Pensamos, inclusive, ser temerária a prolação de um juízo condenatório assentado exclusivamente em prova testemunhal ou em qualquer outra espécie de meio de prova subjetivo.

3.2.3 Declarações do ofendido

Devido ao sistema da livre persuasão racional do juiz, tem-se que o valor probatório das declarações do ofendido é relativo. Obviamente, nos crimes cometidos às ocultas, a palavra da vítima ganha um pouco mais de relevo, mas daí não se pode concluir que seu valor seria absoluto. É o que ocorre, por exemplo, em crimes contra a dignidade sexual, geralmente cometidos em locais ermos, sem testemunhas presenciais.³²⁴

3.2.4 Confissão

Confissão é a declaração ou admissão pelo acusado do crime que praticou. Trata-se de um meio de prova, ou seja, um dos instrumentos colocados a disposição do juiz para que conheça a verdade dos fatos.

A confissão não deixa de ser um testemunho, é dizer, uma declaração a respeito de alguma coisa que se viu, ouviu ou conheceu, capatada por meio dos órgãos sensitivos. Todavia, trata-se de um testemunho contrário aos interesses de quem o fornece e, especificamente, direcionado ao reconhecimento da prática de um delito.³²⁵

Além disso, é preciso destacar que referida declaração deve ser voluntária, ou seja, produzida livre de qualquer coação em relação a pessoa do declarante. Ausente sua vontade, inexistente a confissão, já que não há como garantir que os fatos confessados por um indivíduo coagido correspondem à realidade, isto é, que os fatos realmente se passaram como o confitente expressou. Fruto da natural aversão do ser humano à dor, à humilhação e à violência, é provável que o indivíduo assuma a responsabilidade por determinado delito para se ver livre da coação física ou psicológica sofrida. “Até mesmo confissões extraídas de modo seguramente voluntário podem ser falsas, de maneira que

³²⁴ Nessa linha: STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 1.275.114/DF, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 21/08/2018, DJe 03/09/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.245.796/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 07/08/2018, DJe 17/08/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg nos EDcl no AREsp 1.147.225/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 02/08/2018, DJe 15/08/2018.

³²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 77.

seria calamitoso aceitar como válido o testemunho do acusado extraído mediante algum tipo de violência".³²⁶

A propósito, vale rememorar que já foi considerada como a rainha das provas, sendo a única que podia, no âmbito do processo penal, assegurar a consciência do magistrado de modo a permitir-lhe sem remorso pronunciar o *castigo capital*.³²⁷ No entanto, como assevera E. Magalhães Noronha,

"Não desfruta ela, hoje, de tanto prestígio. Reconhece-o a Exposição de Motivos quando diz: 'A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, *prova plena* de sua culpabilidade' (item VII). E assim é no sistema do Código que, no art. 197, declara que ela será aferida pelos critérios adotados para os outros elementos probatórios, e para sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com outras provas colhidas verificando se existe entre elas compatibilidade e concordância".³²⁸

Ademais, é possível mencionar diversos fatores capazes de ensejar e até mesmo de justificar uma falsa confissão, dentre outros, os seguintes:

- a) erro: não é incomum que alguém confesse a prática de um delito com sinceridade, porém de maneira inexata, porque envolto pelo erro. O acusado pode ter uma percepção equivocada a respeito de como os fatos verdadeiramente se deram e acaba por se convencer de que praticou o crime, embora não o tenha feito. Portanto, pode confessar com sinceridade, embora não se trate de uma confissão que retrata a realidade. Podemos citar a confissão das pessoas com baixo Q.I., depressivas ou emocionalmente vulneráveis que, por vezes, podem não ter condições de compreender as perguntas que lhes estão sendo feitas e respondem algo distinto do que realmente desajariam contar. Outro exemplo, ainda que de difícil ocorrência na prática: *A*, agindo com intuito de matar *B*, atira contra este, mas não o acerta. Terceira pessoa, contudo, atirando no mesmo instante, atinge a vítima almejada. *A* pode confessar ter matado *B*, pois assim lhe pareceu, apesar de ter ficado apenas na esfera da tentativa;³²⁹

³²⁶ Ibid., p. 79.

³²⁷ GARRAUD, René. *Compêndio de direito criminal*. Tradução de A. T. de Menezes, vol. II, 1915. p. 207.

³²⁸ Op. cit. p. 142.

³²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 102.

- b) coação psicológica: existem certas maneiras de se coagir psicologicamente um indivíduo com intuito de levá-lo a confissão, sem necessidade de promover uma tortura. Capturar e prender, por exemplo, um familiar de um suspeito, ameaçando-o de algum mal, pode conduzir à confissão. Para evitar que o ente querido sofra de alguma maneira nas mãos da polícia, o imputado admite a prática delituosa.³³⁰

Acreditamos, portanto, que a confissão, ao lado da prova testemunhal e das declarações do ofendido, deve ser vista com ressalvas, justamente por envolver subjetivismos pessoais (de difícil controle jurídico), seja dos sujeitos que estão a relatar a dinâmica delitiva, seja do julgador que ficará responsável por avaliar o valor probante daquilo que lhe foi transmitido.

3.2.5 Reconhecimento de coisas e pessoas

O reconhecimento de coisas e pessoas (com tratamento no Código de Processo Penal entre os seus arts. 226 a 228) é tido como meio de prova, conforme doutrina mais aceita.³³¹ Segundo destaca Adalberto José Q. T. de Carmargo Aranha, “o reconhecimento é o meio processual de prova, eminentemente formal, pelo qual alguém é chamado para verificar e confirmar a identidade de uma pessoa ou coisa que lhe é mostrada com que viu no passado”.³³²

Quando houver necessidade de se realizar o reconhecimento de pessoa, há de se observar o procedimento previsto no art. 226 do CPP:

- i. – a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;
- ii. – a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

³³⁰ Ibid., p. 103.

³³¹ Nessa linha: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 335. E ainda: ANTONNI, Rosmar; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 356. Com entendimento semelhante: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020. p. 564.

³³² ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 222.

- iii. – se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;
- iv. – do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

De acordo com o parágrafo único do art. 226 do CPP, o disposto no número III não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário do julgamento. Ademais, no que for aplicável, utiliza-se o procedimento acima descrito para fazer o reconhecimento de objetos.

Ocorre que no dia a dia de fóruns criminais e delegacias, é comum que as autoridades não se atenham às disposições do art. 226 do CPP, o que, em tese, possibilitaria o questionamento em relação à legalidade do procedimento probatório, sendo afastada qualquer credibilidade que porventura pudesse oferecer o reconhecimento de pessoas ou coisas no momento de sua valoração judicial. Prevalece, contudo, o entendimento jurisprudencial no sentido de que eventuais irregularidades relativas ao reconhecimento pessoal do acusado não ensejam nulidade, uma vez que as formalidades previstas no art. 226 do CPP funcionam como meras recomendações legais.³³³

Especificamente quanto ao reconhecimento do acusado através de fotografias, é de todo relevante destacar que este não encontra previsão legal. Contudo, tem sido admitido pela doutrina e pela jurisprudência, apesar de constituir um meio de prova bastante criticável por não oferecer, a nosso ver, um juízo de certeza, ao magistrado, acerca da autoria e da materialidade além de qualquer dúvida razoável.³³⁴³³⁵

Em sentido contrário, todavia, em julgados mais recentes, ambas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça têm entendido que tanto o reconhecimento fotográfico,

³³³ Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, AgRg no AgRg no AREsp 728.455/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 28/06/2016, DJe 03/08/2016; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.434.538/AC, Rel. Min. Felix Fischer, j. 02/06/2016, DJe 15/06/2016.

³³⁴ Admitindo a possibilidade de utilização do reconhecimento fotográfico do réu como meio idôneo de prova para fundamentar a condenação, mormente quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e ampla defesa. A propósito: STJ, 5ª Turma, HC 427.051/SC, Rel. Min. Felix Fischer, j.

³³⁵ /04/2018, DJe 10/04/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 683.840/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 15/03/2018, DJe 23/03/2018; STJ, 6ª Turma, HC 224.831/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 28/06/2016, DJe 01/08/2016; STJ, AgInt no AREsp 1.000.882/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 10/11/2016, DJe 24/11/2016.

quanto o reconhecimento presencial de pessoas efetuado pela vítima em sede inquisitorial sem a observância dos procedimentos descritos no art. 226 do CPP, não são evidências seguras acerca da autoria do crime. Dessa maneira, evidencia-se uma mudança significativa de orientação jurisprudencial do STJ acerca do assunto, com a uniformização da 5ª e 6ª Turmas da referida Corte admitindo a superação da ideia de “mera recomendação” e entendimento atual de necessária observância do procedimento edificado no art. 226 do CPP para que haja legitimação e validade do reconhecimento de pessoas como prova apta a convencer acerca da autoria delitiva. A propósito, veja-se parte da ementa do julgamento Habeas Corpus nº 652.284/SC.³³⁶

“(…) Uma reflexão aprofundada sobre o tema, com base em uma compreensão do processo penal de matiz garantista voltada para a busca da verdade real de forma mais segura e precisa, leva a concluir que, com efeito, o reconhecimento (fotográfico ou presencial) efetuado pela vítima, em sede inquisitorial, não constitui evidência segura da autoria do delito, dada a falibilidade da memória humana, que se sujeita aos efeitos tanto do esquecimento, quanto de emoções e de sugestões vindas de outras pessoas que podem gerar ‘falsas memórias’, além da influência decorrente de fatores, como, por exemplo, o tempo em que a vítima esteve exposta ao delito e ao agressor; o trauma gerado pela gravidade do fato; o tempo decorrido entre o contato com o autor do delito e a realização do reconhecimento; as condições ambientais (tais como visibilidade do local no momento dos fatos); estereótipos culturais (como cor, classe social, sexo, etnia etc.) (...) Diante da falibilidade da memória seja da vítima seja da testemunha de um delito, tanto o reconhecimento fotográfico quanto o reconhecimento presencial de pessoas efetuado em sede inquisitorial devem seguir os procedimentos descritos no art. 226 do CPP, de maneira a assegurar a melhor acuidade possível na identificação realizada”.

Conforme Gustavo Henrique Badaró, citando Gorphe, “o reconhecimento pessoal já foi apontado como a mais falha e precária das provas. A principal causa de erro no

³³⁶ STJ, 5ª Turma, HC 652.284/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, j. 27/04/ 2021, DJe 03/05/2021; STJ, 6ª Turma, HC 598.886/SC, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 27/10/2020, DJe de 18/12/2020.

reconhecimento é a semelhança entre as pessoas”. Ainda segundo o autor, Gorphe também indica “outros fatores que concorrem para o erro do reconhecimento: as más condições de percepção, por exemplo, o fato de ter ocorrido à noite, sob o influxo da emoção, ou com defeito de atenção, em um tempo bastante curto (...)”.³³⁷³³⁸

3.2.6 Prova documental

Inicialmente importa notar que o conceito de documento pode ser abordado de forma estrita ou de modo amplo. Numa concepção mais restrita, documentos são os escritos que servem como prova em juízo (CPP, art. 232, caput). “Pode-se defini-lo, assim, como toda a peça escrita que condensa graficamente o pensamento de alguém, podendo provar um fato ou a realização de algum ato dotado de relevância jurídica”.³³⁹ Em sentido amplo, *documento* consiste em qualquer suporte material em que haja a fixação do pensamento humano e que represente um fato ou acontecimento juridicamente relevante, conceito no qual se pode incluir fotografias, fitas de vídeo, desenhos, CDs, emails, figuras digitalizadas, planilhas, croquis, etc.³⁴⁰

Como a prova documental, basicamente, nada mais é do que a condensação gráfica do pensamento de alguém, está sujeita, a nosso juízo, às mesmas falhas e incorreções apresentadas pela prova testemunhal, bem como pela confissão e pelas de

3.3 Objetivização da prova

Inicialmente, vale ressaltar que quanto à forma da prova, temos três possibilidades diversas de manifestação em juízo: a) documental, também chamada de instrumental ou literal (cartas, escritos públicos ou particulares, livros comerciais, fiscais, etc.); b) testemunhal (acareações, oitiva do ofendido, testemunhas); c) material (instrumento do crime, corpo de delito, exames, vistorias, etc.).

As formas testemunhal e documental são obtidas através do pensamento humano, que pode ser transmitidos, basicamente, de duas formas: uma rápida, pela palavra falada, e outra permanente, pela palavra escrita ou grafada. A prova material, por sua vez, “é a

³³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020. p.

³³⁸ .

³³⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 790.

³⁴⁰ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas: (atualizado de acordo com as Leis 11.689, 11.690/08 e 11.719/08*. Campinas: Millennium Editora, 2008. p. 264. ⁷¹ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 24.

obtida por meio químico, físico ou biológico que sirva como veículo de percepção para se chegar ao fato probando”,⁷¹ sendo esta, a nosso ver, a que oferece maior segurança e confiabilidade, justamente por não ser proveniente de impressões mnemônicas de um fato. A prova material traz, sem influência do espírito humano, vestígios do fato probando.

Com base em trabalho elaborado por Vitor de Paula Ramos,³⁴¹ acreditamos que para que se atinja a maior aproximação possível da certeza dos fatos e, conseqüentemente, uma decisão judicial mais acertada, além da valorização e da priorização da adoção de provas materiais, se faz necessário migrar de um modelo subjetivo para um modelo objetivo.

O modelo subjetivo se vincula basicamente à crença ou convicção do juiz acerca dos fatos delituosos. É dizer, em última análise, o que se pretende com a prova é formar no magistrado um estado de convencimento referente à existência (ou inexistência) das circunstâncias fáticas. Assim, no modelo em comento, o juiz (sujeito a ser convencido) pode ser entendido como figura central da atividade probatória, uma vez que todas as etapas de produção da prova serão meios para alcançar um fim: o convencimento do juiz.

No modelo acima mencionado, não há falar em uma prova ser confiável objetivamente. E isso porque, uma prova será (ou não) confiável a depender entendimento do julgador, sendo deste último o poder de dar a última palavra em relação às provas que são aptas a lhe convencer. “Assim, critérios ou conhecimentos científicos tornam-se de importância menor, pois somente o juiz terá condições de avaliar o que pode e o que não pode lhe convencer a respeito da confirmação ou não de determinada hipótese fática”.³⁴²

No modelo objetivo, por sua vez, há a pretensão de se eliminar o convencimento do juiz *A* ou *B* do centro do procedimento probatório. Aqui, afirmar que *está provado que Y* significa que *existem elementos suficientes a favor de Y*. Assim, o Direito deverá definir de maneira objetiva quando um conjunto de provas é suficiente, independentemente da crença de um ou de outro magistrado. Contudo, a busca pela verdade e pela máxima objetividade possível não significa que o conhecimento da verdade a ser atingido seja absoluto. Uma decisão que afirma que *está provado que Y*, quando, na realidade, *Y* não é verdadeiro, continuará sendo equivocada epistemologicamente falando, devendo o

³⁴¹ RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal - do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

³⁴² Ibid., p. 41.

Direito não apenas admitir a possibilidade do erro, mas, também, cada vez trabalhar para reduzir as possibilidades de que isso aconteça.

No modelo objetivo, a prova é tida como um meio para obter um fim: conhecer aquilo que efetivamente ocorreu (e não o convencimento do juiz como ocorre no caso modelo subjetivo). Assim sendo, tanto a completude, como a qualidade e a fiabilidade do material probatório são preocupações centrais do processo judicial.

“A principal vantagem que, na minha opinião, há em colocar o objetivo da apuração da verdade no lugar das convicções judiciais, com efeito, se refere ao fato de que reconhecer a falibilidade das decisões fáticas é fundamental para poder até mesmo tentar melhorar um sistema probatório concreto; para mantê-lo em constante atualização, inclusive com pesquisas empíricas constantes, e pensar na forma de distribuir os riscos do erro entre os sujeitos. Definitivamente, tendo um *standard* externo de correção, o sistema não se poderá contentar com *qualquer busca da verdade*, deverá ter a melhor busca da verdade possível”.³⁴³

Assim, conhecimentos científicos tornam-se cruciais, uma vez que apenas os conhecimentos mais atualizados da ciência possibilitarão que a busca da verdade seja a melhor possível e que, conseqüentemente, a finalidade do processo penal seja alcançada.

Muito importante, portanto, a *objetivização* da matéria probatória no âmbito processual penal, com a conseqüente priorização da adoção de provas materiais (instrumento do crime, corpo de delito, exames, vistorias, etc.) em detrimento de provas testemunhais e documentais, já que aquelas são aptas a conferir maior grau de certeza quanto à existência do crime e quanto à autoria ou participação.

4.CONCLUSÃO

Portanto, como exposto, o sistema processual penal pátrio não se encontra totalmente imune a práticas negacionistas. Considerando que, na seara penal, a liberdade de locomoção dos acusados está constantemente em cheque, é de extrema importância combater quaisquer práticas probatórias, entendimentos jurisprudenciais e disposições legais que de algum modo representem posicionamentos negacionistas.

³⁴³ Ibid., p. 47

Daí a importância da *objetivização* da matéria probatória no âmbito processual penal, o que é feito, por exemplo, por meio da valorização de provas materiais (instrumento do crime, corpo de delito, exames, vitorias, etc.) em detrimento de provas testemunhais e documentais. Ademais, há que se ter certa preocupação com o rigor científico dispensado aos procedimentos de produção da prova; bem como com fontes de prova que possam trazer com mais fidedignidade o que de fato ocorreu no momento do crime, de modo que se chegue a maior aproximação possível da verdade, para que, ao final, se obtenha um provimento jurisdicional final justo e legítimo.

REFERÊNCIAS

- AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 8.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 139.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 165.
- BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus Jurídico/Elsevier, 2012. p. 249.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. Tradução: José Cretella Jr, Agnes Cretella. 2ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 65.
- CALDEIRA, Felipe Machado. *A Evolução Histórica, Filosófica e Teórica da Pena, in Revista da EMERJ*. Vol. 12, nº 45, 2009. p. 261.
- CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 134-135.
- COELHO, Walter. *Prova indiciária em matéria criminal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 35-36.
- DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 636.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas: (atualizado de acordo com as Leis 11.689, 11.690/08 e 11.719/08.* Campinas: Millennium Editora, 2008. p. 264.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas.* Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais; supervisão final do texto Léa Porto de Abreu Novaes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002. p. 60.

GARRAUD, René. *Compêndio de direito criminal.* Tradução de A. T. de Menezes, vol. II, 1915. p. 207.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro), in Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover.* São Paulo: DPJ Ed, 2005. p. 305.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal.* 12ª ed. São Paulo: RT, 2011. p. 140.

HOUAISS. *Dicionário da língua portuguesa.* Disponível em:
<https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol_www/v6-0/html/index.php#1>. Acesso em: 26 fev. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único.* 8ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 661.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal.* 8ª ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1998. p. 267.

NORONHA, E. Magalhães, 1906-1982. *Curso de direito processual penal.* ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 110-111.

NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 77.

PINTO, Ronaldo Batista. *Prova penal segundo a jurisprudência.* São Paulo: Saraiva, 2000. p. 61.

RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal - do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia.* 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3^a ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 48.

SOBRINHO, Mário Sérgio. *A identificação criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 34.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 218.

ANÁLISE DAS PERSPECTIVAS MUNICIPAIS COM A EFETIVIDADE DA ARRECAÇÃO DO IPTU NO MUNICÍPIO DE DIANÓPOLIS-TO

JOSIENE SOARES GUIMARÃES:

Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS, Câmpus Dianópolis/TO. ³⁴⁴

KÁRITA CARNEIRO PEREIRA SCOTTA³⁴⁵

(orientadora)

RESUMO: O Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU, de competência dos municípios, traz consigo uma responsabilidade para a gestão pública municipal em relação à arrecadação e destinação da sua receita. O presente trabalho tem como objetivo analisar a efetividade da arrecadação do IPTU em relação à perspectiva de aplicação da sua receita. Para tanto, realizou-se uma pesquisa qualitativa, de caráter exploratória, em relação aos seus objetivos. Os objetos do estudo foram a área tributária municipal, seus instrumentos legais e o comportamento da arrecadação, bem como os subsídios para o aprimoramento da gestão tributária na gestão municipal. Para a análise dos dados foi aplicada a técnica do método indutivo. Os principais resultados obtidos mostram que a gestão municipal precisa se aperfeiçoar quanto à atualização da sua legislação, bem como melhorar a receita arrecada com IPTU. Ao se comparar a despesa com a destinação dos valores arrecadados nos últimos três anos, percebeu-se que a receita ainda é muito baixa. Ademais, quanto à destinação da receita do IPTU, há previsão constitucional e infraconstitucional quanto a sua destinação específica, bem como percentuais que podem ser empregados a qualquer despesa.

PALAVRAS-CHAVE: IPTU, Orçamento Público. Receitas Tributárias. Despesa Pública. Prefeitura de Dianópolis-TO.

1. INTRODUÇÃO

344 *E-mail:* josienesg1@gmail.com.

345 Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade Estadual do Tocantins Gurupi/TO

O Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) possui suas origens fincadas ainda no império o qual recebia o nome de “Décima Urbana”. Seu intuito era suprir os cofres da corte portuguesa recém-instalada no Brasil (MODERNO 2017).

Pelos recortes históricos, em 1834 o imposto que era de competência da coroa portuguesa passou a ser de competência das províncias existentes no Brasil naquela época. Em 1873 passou a ser chamado de “Imposto sobre Prédios” e não mais “Décima Urbana”, sendo denominado como imposto predial em 1881. Já na constituição republicana de 1891, a competência para cobrança passou a ser dos Estados-membros e era denominado como Imposto sobre a Propriedade Imobiliária Rural e Urbana (SOARES, 2015).

Somente com a constituição de 1934 que a competência para cobrança desse imposto passou a ser dos municípios, e ainda se dividia em dois: o Predial e Territorial urbano, feita à unificação apenas com a Constituição Federal (CF) de 1946.

Segundo Montalvão (2018), apesar de os governos locais deterem a competência para cobrar o imposto os municípios não eram considerados entes federativos independentes, vindo a ganhar autonomia e tornando-se independentes, político, financeira e administrativamente somente com a nossa Carta Magna de 88.

A independência dos municípios, no entanto, veio acompanhada de responsabilidades, já que agora teriam que arcar com suas próprias despesas ficando os serviços públicos em sua grande parte às suas expensas, pois é no município que a população reside e tem um contanto mais próximo com os serviços públicos. No entanto, dentre os entes federados, os municípios são os que recebem a menor parcela das receitas, próprias (tributos municipais) ou provenientes de repasse dos outros entes federados (BRANDT 2010).

Assim surge a problemática: o IPTU como uma fonte de receita própria do município tem atendido a perspectiva da gestão pública e dos munícipes em relação ao retorno de benefícios no Município de Dianópolis -TO?

Dentre os objetivos da presente pesquisa busca-se analisar a efetividade da arrecadação do IPTU em Dianópolis – TO, na perspectiva municipal, trazendo uma visão para a própria gestão pública e para os munícipes em relação às receitas arrecadadas com esse imposto e o retorno dos benefícios. Dos objetivos específicos, consta apresentar ao leitor uma visão geral, permitindo compreender as vicissitudes com relação à cobrança e gestão; descrever sobre o paralelo entre IPTU e Orçamento Público municipal; verificar os

dados referentes à cobrança e os benefícios nos últimos três anos, além de identificar instrumentos que possam ser utilizados pela Administração Pública municipal para melhorar sua arrecadação, contribuindo assim com uma visão para a própria gestão pública e os munícipes em relação à arrecadação e aplicação da receita desse imposto.

Segundo Afonso, Araújo e Nobrega (2013), é comum o contribuinte fazer uma correlação entre o imposto pago e o retorno em forma de benefícios, além disso as receitas locais referentes aos impostos, normalmente são prejudicadas pela falta de gestão e aparatos administrativos. Nesse sentido, essa temática se justifica pela relevância em conhecer e aprimorar as técnicas de cobrança de impostos no Brasil, principalmente em relação à aplicação dos impostos municipais e ao que o contribuinte espera como retorno do município.

Ademais cabe ressaltar que os aumentos das despesas com prestações de serviços sociais básicos apontam para uma busca de meios de financiamento dessas políticas, fazendo-se de extrema relevância buscar meios para aperfeiçoar a arrecadação municipal (SOBRINHO 2019).

Para tanto foi utilizada como forma de abordagem a pesquisa qualitativa, que conforme Prodanov (2013) se baseia na coleta de dados do ambiente natural, com posterior apuração subjetiva do pesquisador. A presente pesquisa foi desenvolvida com base na análise de dados coletados em sites oficiais, tais como, portal da transparência do município de Dianópolis e Tribunal de Contas do Tocantins, bem como da observação dos mecanismos de gestão do IPTU no departamento de arrecadação do município de Dianópolis/TO.

De início, foi realizado um levantamento dos dados arrecadados e do orçamento dos últimos três exercícios financeiros a fim de analisar a destinação das verbas tributárias e analisar a perspectiva da gestão pública quanto à arrecadação de IPTU, sendo elaborados gráficos dos orçamentos. Posteriormente foram comparados os valores arrecadados com os orçados nas leis orçamentárias municipais e sua efetividade em relação à despesa a que foi destinado.

Quanto à forma de análise dos dados usou-se o método indutivo. Segundo Creswell (2007), nessa forma de análise o pesquisador reúne informações amplas sobre o tema, em seguida seleciona as informações em categoria e posteriormente levantando teorias que são comparadas com a literatura ou mesmo experiências pessoais. Na presente pesquisa foram coletados dados referentes à gestão e cobrança do IPTU em Dianópolis e analisado em consonância a literatura sobre o tema.

A pesquisa é exploratória, visto que busca proporcionar mais informações sobre o assunto fixando objetivos, levantado hipóteses, conforme afirma Prodanov (2013). Foi feita a revisão bibliográfica sobre o tema bem como análise de dados de acordo com o problema elencado, quanto à efetividade e as perspectivas do imposto municipal IPTU.

O presente trabalho permitiu traçar uma visão geral sobre o IPTU em relação às normas gerais pertinentes ao tema, bem como no âmbito do município de Dianópolis. Foi analisado o papel do IPTU em relação ao orçamento público permitindo uma visão sobre o planejamento orçamentário municipal e a aplicação das receitas tributárias, mas especificamente a receita do IPTU, considerando a expectativa do contribuinte e da própria gestão municipal. Nesse sentido, passa-se a discorrer acerca das especificidades do IPTU.

2. VISÃO GERAL SOBRE IPTU

Segundo Mazza (2018), o IPTU é um dos impostos de atribuição municipal conforme competência atribuída pelo Art. 156, I da CF (Constituição da República Federativa do Brasil). Sua principal função é fiscal, qual seja, de auferir receita aos cofres públicos municipais. Com isso fica evidente que o município deve conhecer e investir em mecanismos acerca da cobrança desse imposto.

Pode-se dizer que o fato gerador do IPTU é a propriedade, a posse e o domínio útil de bem imóvel, conforme inteligência do Art.32 do CTN (Código Tributário Nacional). A regulamentação acerca do fato gerador cabe à legislação ordinária municipal que poderá definir os três institutos ou apenas um deles (SABBAG, 2017).

Conforme Sabbag (2017), um ponto de destaque com relação ao fato gerador desse imposto, é que o imóvel deve estar localizado na zona urbana do município. O conceito de zona urbana está previsto no §1º do Art.32 do CTN ao dispor que é aquela definida em lei municipal com a observância de, pelo menos dois melhoramentos indicados em seus incisos, quais sejam: meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais; abastecimento de água; sistema de esgotos sanitários; rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar; escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de três quilômetros do imóvel considerado.

Conforme o mencionado acima, é interessante perceber, a importância do município manter sua legislação alinhada e atualizada, de forma a evitar conflitos na

cobrança do imposto, visto que definir o fato gerador do imposto é um dos requisitos mais complexos, uma vez que se não há fato gerador não há que se falar em cobrança de tributo.

Bartine (2020) deixa claro que apesar do §1º do Art.32 do CTN definir que a zona urbana está associada à existência de melhoramentos, também é considerado como zona urbana as áreas de expansão urbana, ainda que sem os melhoramentos elencados pelo § 1º acima citados, tal como previsão expressa do § 2º do Art.32 do CTN. Outro ponto importante é com relação aos sítios de recreios que também estão sujeitos a cobrança do IPTU mesmo sem os melhoramentos.

Ainda conforme o autor outra exceção ao critério espacial para determinação do fato gerador do IPTU é o Decreto Lei 57/1966³⁴⁶ o qual determina que imóveis dentro do perímetro urbano que são utilizados para exploração vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial deverá ocorrer à incidência de ITR e não de IPTU.

Uma vez definido o fato gerador é importante prever de forma clara a base de cálculo do imposto. Conforme se depreende do Art.33 do CTN, a base de cálculo do IPTU é o valor venal do imóvel, não se integrando neste o valor venal os bens moveis que ali estejam temporariamente ou definitivamente (SABBAG, 2017).

O doutrinador Leandro Paulsen (2019, p. 407), bem explica sobre a base de cálculo do IPTU:

O art. 33 do CTN define como base de cálculo o “valor venal do imóvel”, ou seja, seu valor no mercado imobiliário. Tal valor não é verificado imóvel a imóvel e sim presumido conforme tabelas chamadas “planta fiscal de valores”, que definem o valor do metro quadrado conforme a localização, a natureza e o nível da construção.

Do mencionado pelo autor é notório que a base de cálculo do IPTU é o valor venal do imóvel, sendo este de natureza física ou por ascensão, e não se integrando a ele os bens móveis, mesmo que permanente. Ademais o valor venal é definido pelo município de forma

³⁴⁶ O entendimento do STF já é pacífico no sentido que o Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172 de 25 de Outubro de 1966) foi recepcionado pela constituição brasileira de 1967 e pela nossa atual constituição de 1988 pelo qual passou a exibir status de Lei Complementar, por ser norma geral tributária. O decreto lei n. 57/1966 traz em seu artigo 15 traz que imóveis situados em zona urbana, mas que possuam como atividade-fim a exploração vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial, deveria haver incidência de ITR e não de IPTU, tal dispositivo havia sido revogado pelo Art.6º da Lei 5.868/72, e posteriormente foi declarado inconstitucional pelo STF (Rec. Ext. 140.773-210/SP) isso porque referido dispositivo faz menção a regra do Art. 32 do CTN que possuindo status de lei complementar não poderia ser alterada por lei ordinária e tão somente por lei de mesma estatura.

genérica com base em padrões definidos por lei ordinária própria, mais especificamente a Planta Genérica de Valor, na qual é definido o valor por metro quadrado se baseando em critérios como a localização, natureza e nível da construção.

Após definida a base de cálculo, o lançamento tributário³⁴⁷ é efetuado pela autoridade competente do município incidindo uma alíquota sobre o valor venal apurado. A alíquota pode ser variável (progressiva) ou fixa de acordo com a legislação de cada município.

As alíquotas aplicadas ao IPTU até o exercício de 2001 normalmente eram únicas, isso porque, a única progressividade permitida era a progressividade extrafiscal também chamada de progressividade no tempo por previsão expressa do art.182, §4º, II da CF de 88 que trouxe o seguinte texto original:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem - estar de seus habitantes. (Regulamento) (Vide Lei nº 13.311, de 11 de julho de 2016)

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I (...)

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

A função da progressividade no tempo (progressividade extrafiscal) é estimular o cumprimento da função social da propriedade e evitar a subutilização do solo urbano, assim, os proprietários de imóveis que não promoverem o adequado aproveitamento do solo estarão sujeitos ao aumento progressivo da alíquota do IPTU a cada ano. Tal medida deve ser regulamentada pelo plano diretor do município e possuir previsão no estatuto da cidade Lei 10.257/2001, Art. 7º (ALEXANDRE, 2017).

³⁴⁷ Mazza, (2018) define lançamento como “o ato administrativo unilateral, privativo do Fisco, plenamente vinculado, declaratório da ocorrência do fato gerador e constitutivo do crédito tributário.” Em outras palavras pode se dizer que é um procedimento oficial tendente a apurar o montante devido do tributo, o sujeito passivo e o prazo para pagamento (ALEXANDRE, 2017).

Com o advento da Emenda Constitucional nº 29 de 13 de Setembro de 2000 alterou-se o texto do artigo 156, §1º da CF e passou-se a permitir além da mencionada progressividade no tempo, também a progressividade em razão do valor venal, da localização e uso do imóvel, a chamada progressividade fiscal (SABBAG, 2017).

Assim o Art.156, § 1º da CF passou a vigorar com o seguinte texto:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

(...)

§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá:

I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e

II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

O §1º do art.156 da CF que no texto original já fazia menção à progressividade extrafiscal (Progressividade no tempo), após a EC 29/2000 passou a mencionar os incisos I e II como uma nova forma de progressividade fiscal, sendo essa em razão do valor venal, da localização e do uso imóvel.

Nesse sentido, leciona Bartine (2020, p. 439):

A progressividade extrafiscal está prevista no art. 182, § 4.º, II, da CF/1988. Tal instrumento fora criado com o intuito de responder diretamente às necessidades de promover a defesa do meio ambiente e o resgate da função social da propriedade, figurando como postulados principiológicos de ordem econômica (art. 170 da CF/1988).

Já a progressividade fiscal passa a ser admitida nos termos do art. 156, § 1.º, I, da CF/1988, patrocinada pela EC 29/2000. Assim, o imóvel poderá ter alíquotas progressivas em razão do seu valor. Admite-se, ainda, a seletividade, nos termos do art. 156, § 1º, II, da CF, permitindo alíquotas diferenciadas em razão do uso e da localização do bem.

Em síntese ao mencionando acima, pode-se dizer que a progressividade das alíquotas são classificadas de acordo com a finalidade a que se pretende aplicá-las, considerada como extrafiscal a progressividade que é utilizada como forma de controle da função social da propriedade. Nesse caso, a alíquota é majorada anualmente por um período de 5 (cinco) anos, ou pode ser fiscal quando sua progressividade é utilizada com fins arrecadatórios e definida em razão de critérios relacionados à valoração do imóvel,

assim quanto mais valorizado o imóvel maior será a alíquota, sendo assim a progressividade varia conforme o valor venal do imóvel.

Por fim, podemos concluir que as normas disciplinadoras acerca do IPTU se encontram primeiro em nossa Carta Magna, a constituição de 88, que traz a base de tudo, inclusive a atribuição de competência aos municípios para instituir tal imposto e legislar sobre o tema, em seguida no Código Tributário Nacional, dentre outras legislações esparsas, que traz as normas gerais. Logo, é indiscutível que toda gestão desse imposto ocorre no município, que vai desde manter sua legislação coerente e atualizada como o próprio lançamento é cobrança desse tributo.

2.1 IPTU no Município de Dianópolis- Tocantins

Dianópolis, localizado no Estado do Tocantins, também conhecida como “Terra das Dianas” compõe o grupo das cidades mais antigas do Estado do Tocantins. Cidade rica em atrativos naturais como cachoeiras, cavernas, rios, dentre outros se desenvolveu a margem de um rio o Getúlio, traz grande alicerce cultural, composto por familiares de renome, tendo recebido essa nomenclatura em homenagem a quatro (4) mulheres, que se chamavam Custodianas, mais conhecidas como “Dianas” (CIPRIANO, 2019).

Atualmente em Dianópolis, o IPTU é regido pela Lei complementar n. 1.388 de 28 de dezembro de 2017 (código tributário Municipal) referida lei sucedeu e revogou a lei 857/01.

O fato gerador do IPTU está definido no Art. 9º da lei 1388/2017 (Código Tributário do Município de Dianópolis), sendo “a propriedade, o domínio útil ou a posse de todo e qualquer bem imóvel, por natureza ou ascensão, tal como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município de Dianópolis.”. Sendo que se considera ocorrido o fato gerador no dia 1º de Janeiro do ano correspondente ao lançamento.

O critério utilizado pelo Código Tributário do município de Dianópolis-TO para definir se o imóvel é urbano é o critério espacial, qual seja, são reconhecidos como urbanos os imóveis dentro do perímetro urbano, sendo este definido por lei municipal, e com a existência de no mínimo dois melhoramentos elencados pelo §1º do Art. 32 do CTN, (Art. 11 do código municipal).

Conforme Art.15 Código Tributário Municipal a base de calculo do IPTU é o valor venal do imóvel, sendo este definido por meio dos parâmetros de cálculo estipulados

nesse, juntamente ao valor básico unitário do m² - (VBU) estipulados pela planta Genérica de valores, que atualmente está disciplinado pela Lei Municipal n.1000/06 – Planta Genérica de Valores do Município de Dianópolis.

O anexo III do Código Tributário Municipal Lei (1.388/2017) traz a memória de cálculo para calcular valor venal dos terrenos, sendo:

Figura 1- Fórmula para cálculo do valor venal dos terrenos

Sigla	Descrição
Vt	Valor do Terreno
St	Área Total do Terreno
VBU	Valor Básico Unitário/Lote Padrão
Ftes	Fator Testada
Fprof	Fator Profundidade
Fped	Fator Pedologia
Ftop	Fator Topografia
Fsit	Fator Situação
Fpond	Fator Ponderação

FÓRMULA VALOR VENAL DO TERRENO	
$VT = St \times VBU \times Ftes \times Fprof \times Fped \times Ftop \times Fsit \times Fpond$	

Fonte: (Lei Municipal de Dianópolis nº 1388/2017)

Da referida fórmula podemos inferir que além do valor por metro quadrado do terreno, são aplicados os chamados fatores de correção. Esses fatores podem aumentar ou diminuir o valor venal do imóvel de acordo com as especificidades de cada caso. Dessa forma, imóveis vizinhos situados em uma mesma zona, que possuam relevo do terreno diferente, poderá ser atribuído um valor venal diferente, com base no fator de topografia.

O mesmo pode ocorrer se imóveis semelhantes possuem característica diferente, como exemplo, se o solo for arenoso ou firme, o valor será alterado com base no fator de pedologia, o mesmo acontece com relação à testada, profundidade e demais itens da fórmula.

Ainda conforme item 2 do anexo III do Código Tributário Municipal, o mesmo critério foi utilizado para cálculo do valor das construções, conforme ilustrado:

Figura 2- Fórmula para cálculo do valor venal das construções

Sigla	Descrição
Ve	Valor da Edificação
Se	Área da Edificação
CUB	Custo Unitário Básico, de acordo com a classificação das características construtivas
Fdep	Fator de Depreciação
Fcon	Fator de Conservação

FÓRMULA VALOR VENAL DAS EDIFICAÇÕES
$Ve = Se \times CUB \times Fdep \times Fcon$

Fonte: (Lei Municipal de Dianópolis nº 1388/2017)

A fórmula para calcular o valor venal das construções se obtém a partir da multiplicação entre a área edificada, o CUB (valor básico unitário por m² das construções) atualmente esse valor é regido pela Lei Municipal nº 1000/06, em seguida multiplica-se pelo fator de depreciação que se baseia na vida útil provável da construção, conforme Tabela VI dos anexos do Código tributário Municipal, construções de alvenaria/concreto tem vida provável de 80 anos, construções com outros materiais 50 anos, por último multiplica - se pelo fator de conservação conforme estipulado na Tabela VII do Anexo II do já mencionado código Tributário Municipal. Esses fatores de correção ao mesmo exemplo do cálculo do valor venal do lote vago podem aumentar ou diminuir o valor do imóvel de acordo com as características de cada um.

Em suma percebe-se com o histórico apresentado que a legislação municipal é detalhista ao definir o valor venal dos imóveis para base de cálculo do IPTU, as fórmulas apresentadas nas imagens acima mostram uma preocupação em utilizar vários fatores de correção a fim de, mesmo que genericamente, diferenciar os imóveis de acordo com suas especificidades. Após conhecer as especificidades para cobrança do IPTU em Dianópolis, Insta discutir a relação entre a receita arrecadada e a organização do Orçamento Público.

3. IPTU E ORÇAMENTO PÚBLICO

O Orçamento Público no âmbito do município é o instrumento autorizado pelo poder legislativo o qual permite ao gestor por certo período de tempo efetivar despesas com o funcionamento dos serviços públicos, sendo estas despesas cobertas pela arrecadação de receitas, também autorizadas por lei (CREPALDI, 2013).

O IPTU é uma fonte de receita, caracterizado como receita tributária, sendo este uma das receitas utilizadas pelo ente público municipal para cobrir os gastos.

Nesse sentido se expressa Paulsen (2019, p.26):

Contribuir para as despesas públicas constitui obrigação de tal modo necessária no âmbito de um Estado de direito democrático, em que as receitas tributárias são a fonte primordial de custeio das atividades públicas, que se revela na Constituição enquanto dever fundamental de todos os integrantes da sociedade.

Do mencionado pelo autor destaca-se a importância das receitas tributárias no orçamento público como fonte de custeio das despesas. Para melhor compreender o papel do IPTU no Orçamento Público é necessário entender como é planejado o orçamento.

O Orçamento Público possui sua base fixada pelo CF de 1988, mas especificamente nos Arts. 165 a 169. O Art. 165 trouxe que o Orçamento Público deveria ser definido por meio de três leis especiais, sendo elas: O plano Plurianual; a Lei de diretrizes orçamentárias; e os orçamentos anuais.

A primeira é elaborada no primeiro ano da gestão (Federal, Estadual ou Municipal) e sua principal função é estabelecer as diretrizes, objetivos e metas a serem seguidas pelo gestor no lapso temporal de 4 (quatro) anos. Sua vigência é do segundo ano da gestão municipal até o final do primeiro ano do próximo mandato (CABRAL, 2018).

A segunda é elaborada anualmente e possui vigência para o ano subsequente a sua publicação. Sua principal função é estipular prioridades dentre os objetivos e metas elencados no plano plurianual, bem como orientar a elaboração da Lei Orçamentária anual (CREPALDI, 2013).

Ainda conforme Crepaldi (2013) a Lei Orçamentária Anual, por sua vez, estima as receitas e fixa as despesas para o ano subsequente, conforme diretrizes elencadas pela lei de Diretrizes Orçamentárias.

Sendo assim, pode-se dizer que Orçamento Público é um instrumento de gestão utilizado pelo gestor público, com aprovação do legislativo, para externar suas metas e objetivos, bem como a estimativa das receitas que serão arrecadas e para quais gastos serão destinadas. Nesse sentido afirma Paludo (2013 p. 30):

O Orçamento Público é o instrumento de viabilização do planejamento governamental e de realização das Políticas Públicas organizadas em

programas, mediante a quantificação das metas e a alocação de recursos para as ações orçamentárias (projetos, atividades e operações especiais).

Dessa forma, é importante que o gestor priorize bem suas metas e objetivos ao elaborar as leis orçamentárias. Caso contrário, o orçamento será uma desculpa, pois volta-se a questão que tal serviço público não poderá ser efetivado por falta de previsão orçamentária. É importante analisar com cuidado principalmente no âmbito do município onde a população faz uso da maior parte dos serviços públicos e paga tributos diretos como IPTU na expectativa do retorno de melhorias.

Os tributos que exercem a função fiscal, ou seja, função principal de auferir renda para os cofres públicos, como o IPTU no âmbito dos municípios, são peças fundamentais do orçamento público, pois de sua receita depende as metas e objetivos elencados nas leis orçamentárias acima conceituadas. Nesse sentido explica Schoueri (2018, p.38):

Com efeito, o cumprimento das funções fiscais é, primeiro, objeto da análise do orçamento público: por meio daquela peça se apurarão os recursos financeiros destinados e reservados para cada uma das finalidades governamentais. O tributo, na função arrecadadora, tem uma relação mediata com as funções fiscais, tendo em vista que é o meio mais relevante para a obtenção de recursos financeiros pelo Estado. Caberá ao jurista, neste ponto, investigar se os recursos orçamentários são arrecadados e aplicados na forma da lei.

Conforme já mencionado anteriormente, o custeio das atividades públicas é um dever fundamental do cidadão que contribui através dos impostos. Trata-se, inegavelmente, de uma contrapartida entre o estado e a população, de modo que, quem contribui espera receber em troca investimentos públicos.

Assim, como bem assevera Schoueri (2018), reveste-se de particular importância que o ente público municipal busque otimizar sua arrecadação de forma a garantir que haja recursos financeiros para serem investidos nos gastos públicos e que esses sejam aplicados de forma adequada e nos termos da lei, visando atender os anseios do cidadão no acima mencionado.

Por fim, concluir-se que a efetividade da arrecadação do IPTU, como uma fonte de receita própria do município, depende da conscientização dos gestores e da população. Àqueles cabe o dever legal de cobrar tributos e aplicá-los de forma consciente e inteligente, conforme planejamento bem elaborado das leis orçamentárias, garantindo o

bem-estar do administrado, a esta, a contribuição em forma de pagamento dos tributos bem como buscar se orientar e fiscalizar acerca o processo de elaboração e cumprimento das leis orçamentarias.

3.1 o papel do IPTU em relação aos gastos e investimentos públicos

O IPTU assim como os demais impostos municipais, é um imposto cuja receita não se vincula a nenhum gasto específico. Por ser um imposto aplicado sobre bens imóveis e cobrado diretamente pelo município a maioria dos municípios associam a arrecadação do IPTU com as melhorias estruturais da cidade (NAGASHIMA 2020).

Como bem nos assegura Pimenta (2015), no geral os impostos têm arrecadação não afetada, isso quer dizer que o dinheiro arrecadado do IPTU se junta com os demais impostos e pode ser utilizado para custear as despesas públicas gerais não se atrelando a um órgão ou fundo o qualquer despesa específica.

Nesse sentido se expressa Corrêa et al. (2018 p.7) ao citar Afonso e outros:

O IPTU é um tributo tipicamente local, que onera os proprietários de imóveis localizados na área urbana do município. De acordo com Afonso et al. (2013, p 57) "o IPTU é um tributo direto e os contribuintes costumam fazer estreita correlação entre o seu pagamento e os benefícios que podem obter". Entretanto, a arrecadação desse imposto ajuda a compor o conjunto dos recursos próprios do município com os quais a prefeitura financia todas as suas atividades, ou seja, o IPTU pode ser utilizado em quaisquer despesas previstas no orçamento (CF, art. 167, IV) e não nas de interesse do proprietário do imóvel, por exemplo.

Conforme se percebe do mencionado, por força do princípio da Não Afetação (ou não vinculação) a receita arrecadada com IPTU, bem como demais impostos, não podem ser vinculadas a uma finalidade específica, como exemplo, o prefeito de determinada cidade não pode elaborar um projeto de lei vinculando a receita do IPTU para manutenção do asfalto das ruas da cidade, tal mandamento se extrai do Art. 167, IV do texto constitucional de 88 que veda de forma expressa "a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa".

O princípio da Não Afetação, no entanto, não é absoluto é como todo princípio no direito, comporta exceções, nesse sentido Sabbag (2017 p. 552) faz o detalhamento de tais exceções:

(...) o princípio da não afetação dos impostos não é absoluto, comportando exceções, constitucionalmente expressas, que o mitigam, assim resumidas: (1ª) a repartição de receitas tributárias; (2ª) a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária; e (3ª) a prestação de garantias (i) para operações de crédito por antecipação de receita, (ii) para a União (garantia e contragarantia) e (iii) para pagamento de débitos para com esta.

Das exceções listadas pelo autor há duas que merecem atenção no âmbito do município, que são "a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde e para manutenção e desenvolvimento do ensino" ambas acrescentadas pela emenda constitucional n. 42/2003 e que trouxe a obrigatoriedade dos entes públicos federados destinar um percentual mínimo das receitas arrecadas para educação e saúde.

O percentual mínimo que o município deve destinar para educação é de 25% (vinte e cinco por cento) e está disciplinado no caput do art. 212 da CF. Já o percentual mínimo que obrigatoriamente deverá ser destinado à saúde é de 15 (quinze por cento), conforme determina o art. 7º da Lei Complementar Federal n.141/2012. Em resumo para o caso concreto em comento, quarenta por cento da receita do IPTU deverá obrigatoriamente ser destinada para esses dois fundos, podendo o município dispor livremente para despesas gerais apenas de sessenta por cento do montante.

De todo o mencionado, conclui-se que, o percentual de sessenta por cento fica à disposição do gestor para custear quaisquer das despesas do município, desde que tais receitas e despesas estejam previstas na Lei Orçamentaria Anual que estima as receitas (tributárias e outras) e fixa as despesas conforme metas elencadas pela Lei de Diretrizes Orçamentarias (LDO).

A fim de verificar para quais gastos foram destinados os recursos arrecadados com IPTU nos últimos 03 (três) anos no município de Dianópolis, foi feita uma análise das três últimas leis orçamentarias municipais que são: Lei 1391/2017 que "estima a receita e fixa a despesa do orçamento do município de Dianópolis para o exercício financeiro de 2018"; Lei nº 1405/2019 que "estima a receita e fixa a despesa do orçamento do município de Dianópolis para o exercício financeiro de 2019" e Lei nº 1426/2020 que "estima a receita e fixa a despesa do orçamento do município de Dianópolis para o exercício financeiro de 2020".

Após análise do Anexo I das leis supramencionadas foram obtidos os seguintes dados:

Figura 3 – Tabela comparativa entre receita orçada e despesa fixada

2018	
RECEITA TRIBUTARIA ORÇADA	DESPESA ANEXO I LOA
4.528.001,54	Pessoal e Encargos Sociais
2019	
RECEITA TRIBUTARIA ORÇADA	DESPESA ANEXO I LOA
4.208.843,33	Pessoal e Encargos sociais
2020	
RECEITA TRIBUTARIA ORÇADA	DESPESA ANEXO I LOA
5.200.347,82	Pessoal e Encargos sociais

Fonte: Anexo I das leis orçamentarias anuais disponível em:
<https://www.dianopolis.to.gov.br/embed-content/receitas>

Conforme já esclarecido a receita tributária pode ser usada para cobrir qualquer gasto desde que tenha previsão na LOA e com exceção do percentual obrigatório da saúde e educação. Da análise da destinação da receita tributária dos últimos três anos, nota-se que a mesma foi destinada para gastos com pessoal e encargos sociais, sendo que, os valores acima elencados se referem a receita orçada (estimada para arrecadação daqueles exercícios financeiros). A fim de analisar a efetividade da arrecadação do IPTU para cobrir os gastos com despesa de pessoal conforme orçado nas leis orçamentarias foi feito o quadro a seguir que demonstra o comparativo entre a receita orçada e arrecadada em Dianópolis.

Figura 4 - Comparativo de Receitas orçadas com arrecadadas

ESPECIFICAÇÕES	2018		2019		2020	
	ORÇADA	ARRECADADA	ORÇADA	ARRECADADA	ORÇADA	ARRECADADA
RECEITA TRIBUTARIA	4.528.001,54	3.179.717,61	4.208.843,33	3.930.472,07	5.200.347,82	3.987.371,67
IMPOSTOS	4.355.405,58	2.989.849,84	4.020.938,12	3.689.609,99	4.999.428,32	3.817.714,93
IPTU	736.031,85	952.744,95	949.148,49	693.467,20	1.414.886,52	747.650,19

Fonte – Tribunal de Contas do Tocantins (adaptado)
<https://portaldocidadao.tce.to.gov.br/estadomunicipios/index>

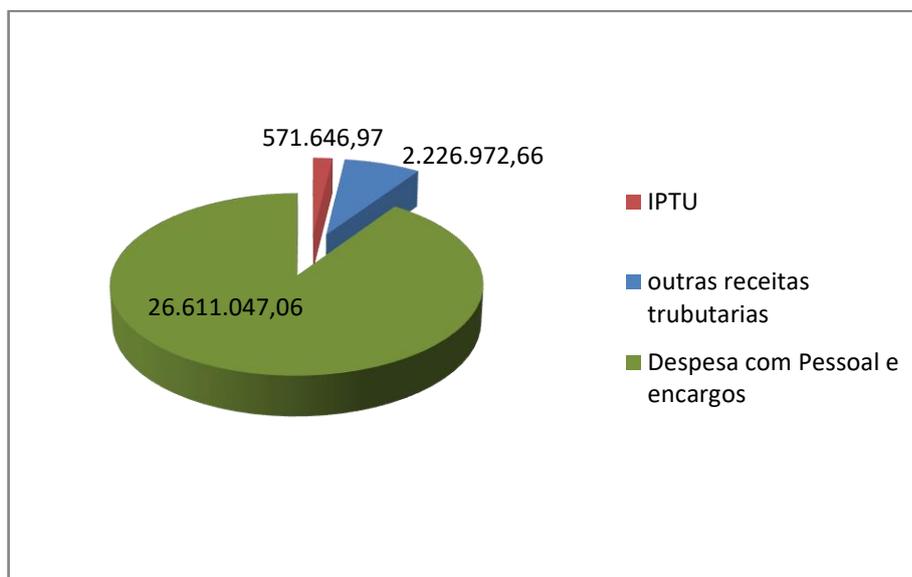
Para o exercício financeiro de 2018 a receita tributária orçada para IPTU era de 736.031,85 (Setecentos e trinta e seis mil, trinta e um reais e oitenta e cinco centavos), sendo que nesse ano foi arrecadado 952.744,95 (Novecentos e cinquenta e dois mil, setecentos e quarenta e quatro reais e noventa e cinco centavos), ou seja, 29,44% a mais que previsto, para esse exercício a receita do IPTU representou 29,96% do total da receita tributária arrecada que foi de 3.179.717,61 (Três milhões cento e setenta e nove mil, setecentos e dezessete reais e sessenta e um centavos).

Para o exercício de 2019 a receita tributáriaB orçada para IPTU foi de 949.148,49 (Novecentos e quarenta e nove mil, cento e quarenta e oito reais e quarenta e nove centavos) sendo que desse valor apenas foi arrecadado 693.467,20 (Seiscentos e noventa e três mil, quatrocentos e sessenta e sete reais e vinte centavos) tendo um déficit de 26,93% em comparação ao orçado, sendo que a receita do IPTU representou 17,64% da receita tributária total desse ano.

Por fim no ano de 2020 a receita orçada para o IPTU foi de 1.414.886,52 (um milhão, quatrocentos e quatorze mil, oitocentos e oitenta e seis reais e cinquenta e dois centavos) sendo que deste valor foi arrecadado apenas 747.650,19 (Setecentos e quarenta e sete mil, seiscentos e cinquenta reais e dezenove centavos) tendo um déficit de 47,15%, sendo que o IPTU nesse ano representou 18,75% da receita tributária total.

O gráfico abaixo mostra o comparativo entre a receita arrecada com IPTU no exercício 2018 e a despesa gasta com pessoal e encargos sociais para a qual foi destinado, conforme anexo I da LOA 2018, vejamos:

Figura 5 – comparativo entre a receita arrecadada com a despesa em 2018

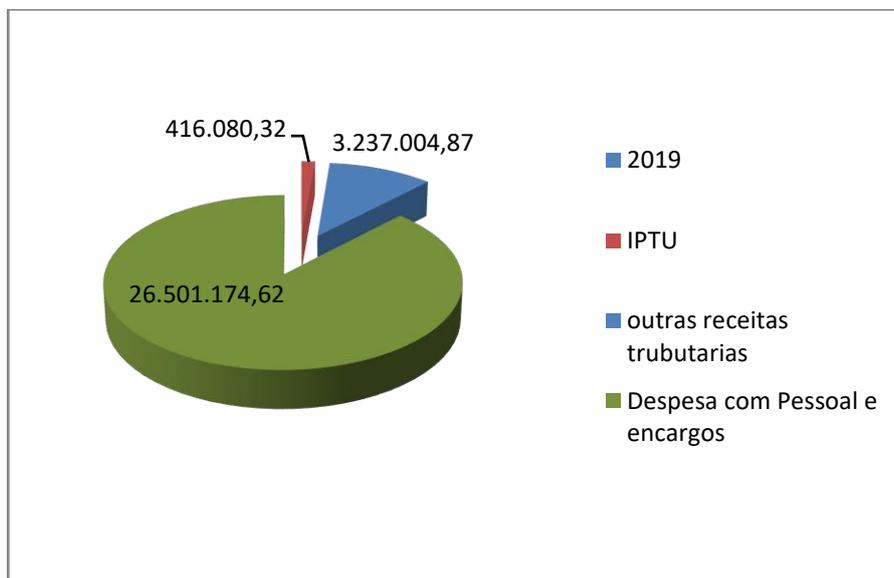


Fonte: Portal da transparência de Dianópolis e portal do Tribunal de Contas Tocantins

Do montante referente à IPTU que foi de 952.744,95 (Novecentos e cinquenta e dois mil, setecentos e quarenta e quatro reais e noventa e cinco centavos), 40% obrigatoriamente deve ser destinado para educação e saúde, conforme previsão já mencionada anteriormente, sendo assim após subtração do percentual de 40%, a receita de IPTU destinada para pessoal e encargos sociais, conforme destinação da LOA 2018 seria de 571.646,97 (quinhentos e setenta e um mil seiscentos e quarenta e seis reais e noventa e sete centavos) o que representa apenas 2,14% da despesa gasta com pessoal e encargos nesse ano, que foi de 26.611.047,06 (vinte e seis milhões, seiscentos e onze mil, setecentos e quarenta e sete reais e seis centavos).

Abaixo o gráfico ilustrativo que mostra o total do IPTU arrecadado em 2019 subtraído os 40% de destinação obrigatória para saúde e educação em comparação com o total gasto com pessoal no exercício 2019 em Dianópolis.

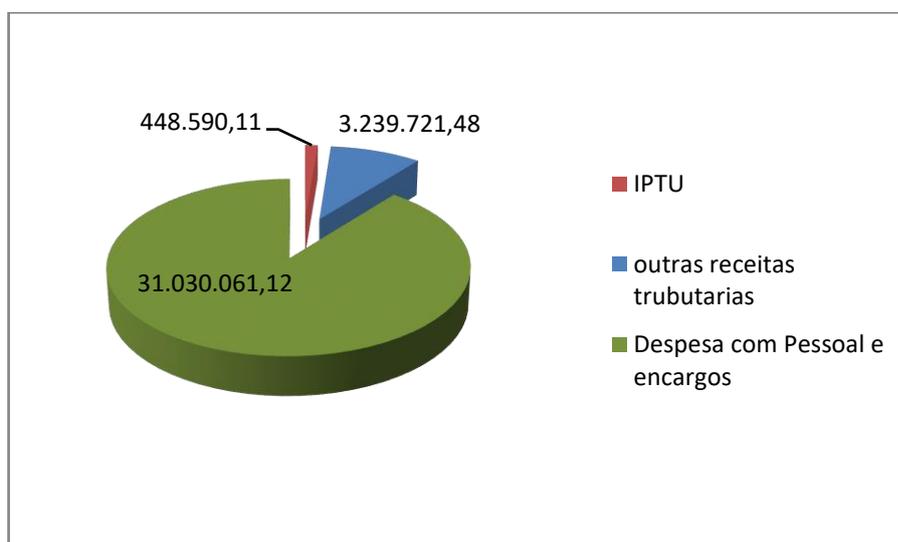
Figura 6 - comparativo entre a receita arrecadada com a gasta em 2019



Fonte: Portal da transparência de Dianópolis e portal do Tribunal de Contas Tocantins

Nota-se da figura acima que a despesa total com pessoal foi de 26.501.174,62 (vinte e seis milhões, quinhentos e um mil, cento e setenta e quatro reais e sessenta e dois centavos) se comparado com o montante do IPTU após subtração do percentual obrigatória de saúde e educação, a receita do IPTU correspondeu apenas a 1,57% da despesa a que foi destinado.

Figura 7 - comparativo entre a receita arrecadada com a gasta em 2020



Fonte: Portal da transparência de Dianópolis e portal do Tribunal de Contas Tocantins

Nesse ano a despesa total com pessoal e encargos sociais foi de 31.030.061,12 (Trinta e um milhões, trinta mil, sessenta e um reais e doze centavos) se comparado com o montante do IPTU arrecadado representa apenas 1,44% dessa despesa.

Por todo o exposto, conclui-se que, embora a grande expectativa dos municípios ao pagarem esse imposto, e vê-lo investido nos serviços públicos, e em melhorias na parte de estrutura da cidade, fica a critério do gestor destiná-lo para a despesa que achar conveniente, inclusive para o gasto com pessoal que foi o que ocorreu no município de Dianópolis nos últimos três anos, porém dos resultados mostrados do valor arrecado em relação à despesa a que foi destinado, o valor do IPTU é irrisório e cobre um percentual muito baixo da despesa com pessoal no município.

4. FATORES QUE INFLUENCIAM NA ARRECADAÇÃO DO IPTU

Uma gestão tributária efetiva deve ser pautada em investimentos na estrutura administrativa, a falta desses investimentos pelo município, tanto em recursos humanos, quanto técnicos, para levantamento e atualização de suas bases cadastrais, é uma forte razão para o déficit na arrecadação do IPTU dos municípios (AFONSO; ARAUJO; NOBREGA, 2013).

É possível verificar, por exemplo, se o cadastro municipal do IPTU está sendo atualizado periodicamente, e se o município possui uma base de dados digital de fácil manuseio e que consiga acompanhar as atualizações do espaço físico-territorial e assim manter os dados referentes aos imóveis ou outros pertinentes à arrecadação municipal sempre atualizados, de forma que a base de cálculo do imposto não fique prejudicada e muito aquém do valor de mercado, além disso a legislação precisa estar atualizada e coesa com a realidade, principalmente o Código Tributário Municipal e a Planta genérica de Valores que são usados para definir os critérios da base de cálculo desse imposto.

Assim explica De Cesare (2015 p. 09):

Muitos são os fatores que afetam o desempenho do IPTU. Sendo um tributo pago diretamente pelo contribuinte, que possui plena ciência do montante cobrado, sua alta visibilidade resulta frequentemente em pressões de natureza política que impõem desafios ao seu fortalecimento. O potencial de desempenho do IPTU também é variável em relação à diversidade dos

municípios brasileiros. Adicionalmente, práticas insatisfatórias de instituição, lançamento, arrecadação e cobrança contribuem significativamente para a baixa arrecadação. As evidências disponíveis sugerem que existe ampla margem de melhoria do imposto, inclusive para aqueles municípios com satisfatória capacidade institucional que já apresentam resultados mais satisfatórios do que os demais municípios.

Conforme mencionado pelo autor, fatores que influenciam no lançamento, arrecadação e até mesmo na cobrança são significativos, além do município investir em aparatos para apurar e lançar o tributo é preciso verificar o inadimplemento, uma vez lançado o tributo e caso o contribuinte não impugne o lançamento ou pague a dívida ocorre o que se chama de inadimplemento, devendo o físico municipal investir em práticas de cobrança para receber esse crédito tributário.

Fica evidente que uma gestão tributária eficiente engloba vários fatores que vão desde da hipótese de incidência³⁴⁸ a qual deve estar bem clara e prevista nas leis municipais, até o pagamento efetivo ou do inadimplemento, caso em que o físico precisará investir em mecanismos de cobrança, e tudo isso só é possível se o departamento municipal contar com boa estrutura administrativa.

4.1 Da atualização da Planta Genérica de Valores (PGV)

De acordo com GIMENES (2020), a base de cálculo do IPTU é o valor venal do imóvel, sendo que esse valor é estabelecido por lei usando a planta genérica de valores, elaborada pela gestão municipal e aprovada pelo legislativo municipal. Sendo possível a correção monetária por decreto do executivo (súmula 160/1996, Superior Tribunal de Justiça). Tal fundamento se extrai do Art. 33 do CTN, conforme citado alhures.

Para determinar o valor venal do imóvel, que se constitui a somatória do valor do terreno com o valor da edificação, para imóveis construídos, ou simplesmente o valor do terreno para imóveis sem edificação, a administração municipal deve estipular parâmetros por meio das leis municipais, sendo elas o Código Tributário Municipal e planta genérica de valores. Esses valores devem ser similares ao valor de mercado (AFONSO; ARAUJO; NOBREGA, 2010).

³⁴⁸ Hipótese de incidência são fatos em abstrato escolhido pelo legislador que uma vez praticados pelo sujeito passivo se materializa e faz nascer uma obrigação jurídica tributária que é o dever do sujeito passivo de pagar o tributo. (SABBAG, 2017)

A regra é que os parâmetros para definir ou atualizar a base cálculo dos tributos sejam efetivados por meio de lei, tal fundamento se destaca de um dos princípios basilares do direito tributário, o princípio da reserva legal, segundo o qual os entes tributantes só poderão criar ou majorar tributos mediante lei anterior, conforme mandamento contido no Art. 150, I da nossa carta Magna:

Art. 150 Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

Para o mesmo entendimento converge o código Tributário Nacional ao trazer em seu Art. 97 o seguinte texto:

Art. 97 Somente a lei pode estabelecer:

I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;

II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65; [...]

§ 1º Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

Grande discussão, no entanto, se perfaz no âmbito da gestão municipal com relação à atualização monetária das PGV (Planta genérica de valores) que conforme previsão do § 2º ainda do artigo 97 do CTN não se configura aumento de tributo.

Nesse sentido afirma Paulsen (2019, p. 161):

(...) Quando a lei prevê que haja correção monetária da base de cálculo ou mesmo do montante devido a título de determinado tributo, pode o Executivo definir o indexador e promover a atualização das tabelas indicativas para apuração da base de cálculo do IPTU, por exemplo. Efetivamente, dispõe o CTN: “Art. 97 [...] § 2º Não constitui majoração de tributo [...] a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo”.

Percebe-se que a regra é que o município necessita de autorização legislativa para modificar a base de cálculo do imposto, caso a alteração importe em majoração, no entanto, a atualização monetária anual prevista pelo CTN não se configura aumento. Tal medida se justifica pela necessidade do gestor manter a base de dados cadastrais atualizados.

Conforme Anselmo (2013) manter a planta de valores genéricos do município atualizada, é um dos fatores que devem ser utilizados para aperfeiçoar a arrecadação do

IPTU, isso evita a defasagem dos valores utilizados como base de cálculo em relação ao valor de mercado.

No caso do município de Dianópolis-TO o § 3º do Art. 15 do Código Tributário Municipal, Lei 1388/2017, traz que o poder executivo deverá atualizar, mediante lei, no máximo a cada dois anos a planta genérica de valores.

Ressalta-se que tal atualização além de ser um meio que a administração pode utilizar como forma de aperfeiçoar a arrecadação do IPTU, passa a ser também um dever do gestor, pois, nos termos do Art. 11 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), “constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente Federado”.

No caso em estudo do município de Dianópolis, a planta atualmente utilizada é do ano de 2006, e nunca houve atualização, sendo que durante esse período houve uma única correção monetária realizada no presente ano de 2021 pelo decreto municipal 145/2021.

Diante de tal panorama e considerando o longo intervalo desde que a planta genérica de Dianópolis entrou em vigor, sem sequer ter sido feita as devidas correções monetárias, a base de cálculo do IPTU que é o valor venal do imóvel encontra-se defasada o que provavelmente tem causado grande déficit na arrecadação municipal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa *Análise das Perspectivas Municipais com a Efetividade da Arrecadação do IPTU no Município de Dianópolis/To* possibilitou uma análise de como a receita do IPTU pode ser aplicada, bem como da necessidade do município investir na gestão tributária como meio de aperfeiçoar sua arrecadação, já que os tributos competentes ao município são a maior fonte de sua receita, e desta depende o tão esperado desenvolvimento da cidade.

De modo geral foi percebido que a receita proveniente do IPTU, assim como demais receitas tributárias, são abarcadas pelo princípio constitucional da Não Afetação, ou seja, exceto pelos percentuais mínimos destinados à saúde e educação dentre outras raras exceções, o gestor pode destinar a verba tributária arrecadada para qualquer despesa, no entanto essas despesas assim como a fonte de receita devem estar previamente planejadas e aprovadas mediante as leis orçamentárias.

Sendo assim, o planejamento é base da gestão pública, seja na administração tributária já que os serviços públicos são custeados pela própria sociedade através dos impostos, que é sua maior fonte de custeio, bem como para destinação das verbas às despesas certas de forma a atender o anseio social, e isso é possível fazer através de leis orçamentarias bem elaboradas e principalmente empregando as receitas adequadamente.

Os dados com os valores arrecadados dos últimos três anos em relação a despesa com gasto de pessoal, a que foi destinada a receita do IPTU, mostra que os índices arrecadados ainda são baixos em relação ao gasto atual do município, principalmente com pessoal o que parece ser o maior gasto do município de Dianópolis atualmente.

Ademais, da análise da legislação local percebe-se que a planta de valores municipal, principal instrumento normativo para cálculo do valor venal dos imóveis e apuração da base de cálculo do IPTU, se encontra desatualizada há mais de 14 anos o que causa uma defasagem no valor venal dos imóveis e conseqüentemente uma queda no índice da arrecadação.

Dada à relevância do tema, fazem-se necessários projetos para aprimoramento das técnicas de gestão dos recursos e da gestão tributária, melhorando os aparatos administrativos e normativos, com previsão de mais programas no plano plurianual e na Lei de Diretrizes Orçamentarias voltados para o desenvolvimento e urbanização da cidade e assim buscar á atender os anseios populacionais pelo retorno dos benefícios provenientes do pagamento de seus impostos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, José Roberto; ARAUJO, Erika Amorim; NÓBREGA, M. A. R. O. imposto predial e territorial urbano (IPTU) no Brasil. Um diagnóstico sobre o grau de aproveitamento do imposto como fonte de financiamento local. **Documento de Trabajo. Cambridge, MA: Lincoln Institute of Land Policy**, 2010.

AFONSO, José Roberto R.; ARAÚJO, Erika Amorim; NÓBREGA, Marcos Antonio Rios da. **O IPTU no Brasil: um diagnóstico abrangente**. FGV Projetos, 4. Link: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/iptu_no_brasil_um_diagnostico_abrangente_0.pdf acessado em: 23 set. 2020.

ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário - 11. ed. rev. e atual. Salvador: Ed.**JusPodivm**, 2017.

ANJOS. Luan Souza dos; CORRÊA, Solange R. Santos; SANTOS, Iracildo Silva. **IPTU Premiado: uma estratégia de arrecadação**. Publicado em caderno de ciências sociais aplicadas – edição Ano XV, nº 26, jul/dez 2018, Disponível em: <https://doi.org/10.22481/ccsa.v15i26.4493> acessado em: 18 maio 2021.

ANSELMO, João Luís. Tributo municipal. **Série Educação Fiscal para a Cidadania. Fundação Prefeito Faria Lima. Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal. São Paulo: Cepam, 2013.**

BRANDT, Cristina Thedim. **A criação de municípios após a Constituição de 1988** - Brasília a. 47 n. 187 jul./set. 2010.

BARTINE, Caio. **Manual de prática tributária**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 141, de 13 de Janeiro de 2012, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm, acesso em 19 maio 2021

BRASIL. Lei n.1000/2006 **Planta Genérica de valores do município de Dianópolis.**

BRASIL. **Código de Tributário Nacional**. Lei nº 5. 172, de 25 de Outubro de 1966. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 05 out.2020.

CABRAL, Zélio. **Contabilidade Pública: Estrutura, Análise e Interpretação**. Joinville – SC: Clube de autores, 2018.

CIPRIANO, Zucleia P. C. **Memórias Presentes nos Topônimos dos Bairros da Cidade de Dianópolis/TO**. Revista Humanidades e Inovação v.6, n. 14 – 2019. Disponível em: [file:///C:/Users/ZUKLEIA%20CABRAL/Desktop/1389-Texto%20do%20artigo-6260-1-10 20191028.pdf](file:///C:/Users/ZUKLEIA%20CABRAL/Desktop/1389-Texto%20do%20artigo-6260-1-10%2020191028.pdf). Acesso em: 02 de abr. 2021.

CREPALDI, Guilherme Simões; CREPALDI, Silvio Aparecido. **Orçamento Público: Planejamento, Elaboração e controle** - 1.ed São Paulo: Saraiva, 2013.

CRESWELL, John W. **Projeto de pesquisa: Métodos qualitativo, quantitativo e misto**; tradução Luciana de Oliveira da Rocha. - 2. ed. - Porto Alegre: Artmed, 2007.

DE CESARE, Cláudia M.; FERNANDES, Cintia Estefânia e CAVALCANTI, Carolina Baima, Org. **Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana: Caderno Técnico de Regulamentação e Implementação**- Brasília: Ministério das Cidades, 2015.

DIANÓPOLIS. Lei 1388/2017 Código tributário do município de Dianópolis disponível em: <https://www.dianopolis.to.gov.br/transparencia>.

FREIRE, Mauro Porto. **A depreciação e sua repercussão econômica na base de cálculo do IPTU. 2020**. 59f. Dissertação (Mestrado em Economia do Setor Público) - Faculdade de Economia, Administração, Atuária e Contabilidade - FEAAC, Programa de Economia Profissional - PEP, Universidade Federal do Ceará - UFC, Fortaleza (CE), 2020.

GIMENES, Fernanda de Souza Farias. **Defasagem na planta genérica de valores imobiliários e impactos na arrecadação do Imposto Predial e Territorial Urbano no município de Fortaleza**. 2020.

MAZZA, Alexandre. Manual de direito tributário – 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2018.

MODERNO, Beatriz Destefano et all. O Imposto Predial Territorial Urbano: Considerações Gerais do IPTU. Disponível em: <https://juliasantander.jusbrasil.com.br/artigos/316097163/o-imposto-predial-territorial-urbano> acesso em 14/06/2021.

MONTALVÃO, Raquel. ESPECIAL: há 30 anos, Constituição Federal incluiu o Município entre os Entes Federados. 2018, artigo disponível em: <https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/especial-ha-30-anos-constituicao-federal-incluiu-o-municipio-entre-os-entes-federados> acesso em 15/06/2021.

NAGASHIMA, Helmy. Para que serve o IPTU? Entenda mais sobre o imposto. (07 de Janeiro de 2020) Acesso em 12 de 05 de 2021, disponível em sim blog: <https://emprestimosim.com.br/blog/para-que-serve-o-iptu/>

PALUDO, Augustinho Vicente Orçamento público e administração financeira e orçamentária e LRF - 4. ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário completo – 10. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário completo – 8.ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

PIMENTA, Luciana. Tributário para quem odeia tributário -2.ed. – São Paulo: Saraiva,2015.

PRODANOV, Cleber Cristiano, FREITAS, Ernani Cesar de. Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. – 2. ed. – Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário – 9. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário – 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

SOBRINHO, A. L.; ALENCAR, F. A. G. DE. **Análise do esforço fiscal na arrecadação do IPTU para os municípios do estado do Ceará utilizando modelo de fronteira estocástica. Revista Controle - Doutrina e Artigos**, v. 17, n. 1, p. 170-200, 5 ago. 2019.

TOCANTINS. **Portal do Cidadão** do Tribunal de Contas Tocantins, Receitas/Comparativo da Receita arrecadada com a Orçada / Receita Corrente Líquida: banco de dados. Disponível em: <https://portaldocidadao.tce.to.gov.br/estadomunicipios/index>.

TOCANTINS. **Portal da Transparência** da Prefeitura Municipal de Dianópolis / Plano Plurianual (PPA) / Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) / Lei Orçamentária Anual (LOA): Banco de dados disponível em: <https://www.dianopolis.to.gov.br/transparencia>.

ESTADO E A CONSOLIDAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

CLAREANA MARIA GUIMARÃES FRANCO:

Mestranda em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Tocantins - UFT (2022-2024). Especialista pós-graduada em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho, Direito Previdenciário pela Faculdade de Imperatriz - FACIMP (2012-2014) e Especialista pós-graduada em Docência do Ensino Superior pela Faculdade de Educação Memorial Adelaide Franco - FEMAF (2021-2022)349.

RESUMO: O artigo tem como tema estado e educação, visando com isso tratar de políticas públicas, com destaque ao maior investidor educacional, a política pública do FUNDEB – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e Valorização dos Profissionais da Educação, dentro da realidade da escola Brasileira, propondo analisar sua aplicabilidade de fato na esfera abrangida, além de verificar como o aluno e a escola são participantes principais de desenvolvimento, visto que a educação é fator não só educacional como também econômico, a considerar situações características de evolução nacional, com isso, o artigo informa como uma política pública se desenvolve, sendo possível ver o quanto o investimento na educação é eficaz no combate de inúmeros problemas, neste contexto, apresentar a evolução histórica do FUNDEB é relevante, para isso utilizamos estudos e dados educacionais extraídos diretamente do site do FUNDEB e MEC dentre outros, procuramos trazer um diálogo crítico entre os estudos dispostos a fim de melhor descrever sobre a consolidação da Política Pública do FUNDEB com o método quantitativo.

Palavras-chave: Desenvolvimento. Escola. Educação. FUNDEB. Política Pública.

State and the Consolidation of Public Policies

ABSTRACT: *The article has as its theme state and education, aiming to deal with public policies, with emphasis on the largest educational investor, the public policy of FUNDEB -*

349 Graduada em Direito pela Faculdade de Educação Santa Terezinha - FEST(2012). Aprovada no VIII exame da Ordem dos Advogados do Brasil, habilitada em (2012). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo, Direito Penal, Processo Penal e Gestão Pública, desenvolvendo trabalhos e estudos nessas áreas. Após período de dedicação e aprimoramento profissional assumiu o cargo de Assessor Jurídico no Ministério Público do Estado do Maranhão (2013 até o momento). E-mail: clara_g3@hotmail.com

Fund for the Maintenance and Development of Basic Education and Valorization of Education Professionals, within the reality of the school Brazilian, proposing to analyze its actual applicability in the sphere covered, in addition to verifying how the student and the school are main participants in development, since education is not only an educational factor but also an economic one, considering characteristic situations of national evolution, with that, the article informs how a public policy develops, making it possible to see how much investment in education is effective in combating numerous problems, in this context, presenting the historical evolution of FUNDEB is relevant, for this we use studies and educational data extracted directly from the FUNDEB and MEC website, among others, we try to bring a critical dialogue between the studies arranged in order to better describe the consolidation of FUNDEB Public Policy with the quantitative method.

Keywords: Development. School. Education. FUNDEB. Public policy.

1.INTRODUÇÃO

Com se sabe, a Carta Magna estabeleceu o quantitativo mínimo de gastos públicos com o sistema de ensino da educação básica, os quais serão calculados sobre a receita municipal mínima condicionada a 25%, conforme o artigo 212 da Constituição Federal.

Tal percentual possibilita o desenvolvimento por meio da educação de qualidade, visto fortalecer a rede de ensino e com isso toda a educação com investimentos destinados à finalidade do exercício educacional, podendo ampliar de forma significativa a distribuição de recursos para uma maior equalização de investimentos, garantindo a qualidade do ensino em todo o Brasil, por meio de distribuição de renda.

Para isso, a Política Pública do Fundo de manutenção e desenvolvimento da educação básica e valorização dos profissionais da educação (FUNDEB) foi criada e vem ganhando força por ser considerado um fundo de caráter distributivo por sua natureza, distributivo visto tentar manter um padrão dentro de investimentos da educação, garantindo com isso uma equalização de investimentos.

Diante disso, o fomento da qualidade de ensino na esfera educacional e estímulo à aprendizagem dos municípios brasileiros contam com o provimento de recursos públicos oriundos do FUNDEB, como política pública destinada ao aprimoramento das condições e mecanismos educacionais e qualificação dos professores dentro da educação básica.

Para tanto, os recursos do FUNDEB são exclusivamente voltados a educação básica, não podendo ser geridos em outro campo da educação ou com gastos não voltados ao ensino base, com isso, surgem muitas dúvidas de com o que se pode gastar e para isso a

Lei do FUNDEB específica de que modo devem ocorrer e a forma de fiscalização voltada para esta política pública.

O FUNDEB, como fundo especial de caráter temporário, foi criado no ano de 2006 em decorrência de ação pública motivada pelas necessidades da utilização de ferramentas direcionadas ao suprimento e preenchimento das lacunas sociais advindas das desigualdades socioeconômicas, além disso, existia grande clamor voltado para uma melhoria na educação onde a necessidade de verba específica para este setor deveria ser de pronto pensada a fim de solucionar o grande problema do analfabetismo.

O primeiro FUNDEB veio para melhorar o seu antecessor o FUNDEF que em muito contribuiu com a educação, contudo lhe faltava o que o FUNDEB veio buscar, um melhor abarcamento da educação básica em todos os seus níveis de escolaridade, visto que o FUNDEF envolvia apenas o ensino fundamental nas modalidades regular e especial, além disso, verificou-se a necessidade de se pensar em uma permanência da política pública em busca de maior conforto para programas e possíveis investimentos a longo prazo.

Diante disso, o FUNDEB que foi criado pela emenda Constitucional nº 53/2006, regulamentada pela Lei nº 11.494/2007, e pelo Decreto nº 6.253/2007, teve sua vigência estabelecida de 2007 a 2020, oportunidade em que foi renovado, diante de várias necessidades, dentre elas a constituir fundos estaduais específicos que teriam a possibilidade de redistribuir rendas.

Para tanto, criou-se 27 (vinte e sete) fundos no país, neste número já encontra-se incluído o Distrito Federal, sendo a função da União promover a redistribuição e complementar o equivalente a 10% da somatória dos montantes dos fundos do país, tendo este investimento iniciado em 2010.

Os referidos fundos são compostos por pagamentos de impostos como: Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), Fundo de Participação dos Estados (FPE), Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), Imposto sobre a Transmissão de Bens por Causa Mortis ou Doações (ITCMD), Fundo de Participação dos Municípios (FPM), Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR) e a compensação financeira do ICMS (Lei Kandir 87/97).

Com os valores, é feita uma redistribuição, entre Estado e Município, sendo neste caso calculado um valor aluno/ano, após isso, o valor arrecadado é dividido pelo número de matrículas de toda a educação básica, verificando todas as fases de ensino, e é neste momento em que entra a complementação da União, que se observa como deve ser mantido em todos os Estados o mesmo valor/aluno.

Este valor/aluno é tido como uma referência a ser distribuída para todos os entes Federativos, a fim de equalizar o investimento da educação, neste contexto, os estados de Alagoas, Amazonas, Bahia, Ceará, Maranhão, Pará, Paraíba, Pernambuco e Piauí, foram os que necessitam de complemento, diante de não terem alcançado o valor número por aluno no ano de 2020. (Portal INEP).

Com isso, do que se verifica, o FUNDEB que é uma política pública distributiva por natureza, também cria uma igualdade de ensino, além disso, criou também o piso salarial profissional nacional (PSPN), pela Lei 11.738 de 16 de julho de 2008, no qual, estabeleceu o vencimento inicial da carreira do magistério para docentes com 40 horas e o equivalente às de 20 horas.(Resolução nº 1 de 11 de dezembro de 2019).

Contudo, mesmo com as melhorias educacionais apresentadas, o FUNDEB necessitou de alterações em seu regimento por meio da Emenda Constitucional nº 108, de 26 de agosto de 2020, regulamentada pela lei nº 14.113 de 25 de dezembro de 2020. Na qual conta com novas previsões, visto que a Lei anterior estabelecia um período de vigência do FUNDEB.

A referida atual Lei do FUNDEB, determina maiores investimentos da União, que subirá dos 10% anteriores a 23% do valor total do fundo até 2026, ocorrendo este aumento de forma progressiva e, ainda, garante o FUNDEB como um fundo permanente, em que direciona critérios e diretrizes para a aplicação especial destinado à qualificação e manutenção da Educação Básica e planejamentos da ordem social.

Diante disso, nas questões que versam a educação básica no Brasil, os debates e discussões acerca das políticas públicas educacionais têm sido cada vez mais recorrentes, e trazem diversos questionamentos no que se refere à adoção de mecanismos capazes de promover a melhoria dos sistemas de ensino e aprendizagem, além de formas de promoção à redução do analfabetismo e evasão escolar, tendo o FUNDEB como um dos fatores de desenvolvimento nessas áreas.

Estes problemas educacionais citados, serão discutidos e melhor elucidados neste artigo, além disso, os tópicos específicos que tratam de políticas públicas e necessariamente sobre a evolução delas no Brasil até a formação da necessidade do FUNDEB trazem contribuições significativas sobre a consolidação do FUNDEB.

2.REFERENCIAL TEÓRICO

A preocupação com o futuro da escola e com a formação acadêmica no seio educacional, com finalidade de desenvolvimento, fez-se pensar em políticas públicas voltadas à aprendizagem.

A aprendizagem sendo considerada como necessária para que gerações futuras tenham melhores meios de desenvolvimento e garantam uma progressividade econômica, familiar, por intermédio do ensino de qualidade, observando como um fator de desenvolvimento financeiro a evolução do ser humano diante da aprendizagem.

Neste sentido, Lakomy, Ana Maria, 2008, p.45, ensina:

“A aprendizagem não é a simples passagem da ignorância ao saber, sem resistências e sem conflitos. Nesse processo, acontece algo novo que não envolve uma simples reestruturação. Trata-se, pois, de um fenômeno a partir do qual um sujeito toma para si uma forma de conduta, transforma a informação em conhecimento, hábitos e atitudes novas”.

A instituição educação, fluido de aprendizagem, tem formação antiga de origem epistemológica, social e política, para isso avaliar políticas públicas, saber seu funcionamento de fato e se a administração pública tem influência em verbas educacionais é de suma importância para se verificar melhorias e também formas de descobrir novos ensinamentos sobre a temática.

A educação, concebida como direito de todos, revela-se uma área importante por questões voltadas para o ensino, mas também para fatores econômicos, responsáveis pelo desenvolvimento de várias áreas do sistema educacional e escolar. A política pública do FUNDEB, fundo que conquistou grandes avanços na esfera educacional, possibilitou a redução dos índices de analfabetismo, e garantir acessibilidade universal à educação, merecendo por isso uma análise evidente.

Em razão disso, o ponto de partida foi junto a Constituição Federal que destacou sobre o limite mínimo a ser aplicado na educação, buscando garantir um quantitativo de gastos públicos com o sistema de ensino da educação básica, os quais serão calculados sobre a receita municipal mínima condicionada a 25%, conforme o artigo 212 da Constituição Federal (LOURENÇO et al., 2017).

Diante deste contexto, foram instituídas diversas legislações destinadas ao amparo/financiamento e à regulamentação das políticas públicas educacionais e à garantia do acesso aos espaços escolares de forma universal e isonômica (LOURENÇO et al., 2017).

Podemos mencionar a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB/1996); a Lei nº 9.394/96, que regulamentou a responsabilidade dos entes federados e a descentralização da educação à luz da nova administração pública gerencial, do estado mínimo e da redução de gastos públicos; a implantação do Fundo de Manutenção e

Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, FUNDEF, (Lei n.º 9.424/96 e Decreto 2.264/97); o Plano Nacional de Educação (Lei 10.172/2002); o Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE/2007). (SANTOS, 2011; FUNDEB, 2008).

Tais legislações buscam subsidiar o desenvolvimento da educação de qualidade, visto fortalecerem a rede de ensino com investimentos destinados à finalidade do exercício da educação, podendo ampliar de forma significativa a distribuição de recursos para uma maior equalização de investimentos. Para isso, o FUNDEB veio ganhando força por ser considerado um fundo de caráter distributivo^[1] por sua natureza.

A política pública do FUNDEB foi criada e abalizada como o principal instrumento de partilha federativa e de reordenação da aplicação de recursos destinados à educação básica da rede pública de ensino no Brasil, tendo em seu corpo uma composição diferente das demais políticas públicas já criadas, visto buscar em seu manejo sanar as desigualdades educacionais ao incentivar a contributividade de todos os entes federativos (MAGRO, 2014, p.15).

No tocante do conceito do termo “políticas públicas” é válido ressaltar que esta é considerada como um “conjunto de ações e decisões do governo voltadas para a solução (ou não) de problemas da sociedade” (AMARAL, 2008, p. 5), em relação ao financiamento da educação entende-se o campo de estudos que analisa as fontes de recursos destinados à educação, bem como o padrão de gastos desses recursos (PINTO, 2000).

Nesse sentido, o Financiamento Público é um tipo de política pública social, uma vez que representa um conjunto sistemático de ações e procedimentos inter-relacionados, publicamente adotados pelos governos dos entes federados com o fim de assegurar o direito social da educação (FLEURY, 2010). No que cerce o Financiamento Público no âmbito educacional, o FUNDEB se constitui como elemento base desse tipo de financiamento.

Ainda sobre o FUNDEB, faz-se necessário compreender sua contribuição para o ensino, para os municípios, e o desenvolvimento desse fundo para a região. Contribuição em todos os aspectos, dentre eles o orçamentário, pois, “no debate sobre as políticas públicas para a educação é imprescindível a análise da questão financeira e das relações intergovernamentais” (MAGRO, 2014, p.12).

Sobre essa questão, Silva e Nascimento (2019) afirmam, em estudos e teorias desenvolvidas por Zuccolotto & Teixeira (2014), que políticas públicas educacionais representam fator fundamental para impulsionar a eficácia dos gastos públicos e o cumprimento de princípios constitucionais, como o exercício da democracia e da legalidade no âmbito administrativo, cujo pressuposto para concretização implica ações baseadas na eficiência, economicidade, razoabilidade, entre outros.

No que diz respeito ao baixo índice de desenvolvimento educacional, baseamos nos estudos realizados por Schettini (2014), que disserta que esse fator está relacionado a circunstâncias sociais e econômicas, haja vista que os índices de desemprego e desigualdade constituem fatores que influenciam nos níveis de desempenho educacional.

Nesse contexto, ações e políticas públicas com a finalidade de promover programas direcionados a assistência aos estudantes, como reforço escolar e campanhas de informação e orientação pautadas na minimização da evasão escolar, representam elementos reconhecidos como fundamentais para a atenuação do abandono e do baixo rendimento dos alunos.

Desse modo, Zuccolotto & Teixeira (2014), e Schettini (2014) ressaltam que, nos casos em que os dados de menção de desempenho se mostram ineficazes no Instituto de Desenvolvimento da Educação Básica (INEP), as respectivas localidades necessitam de ações de melhoria na gestão dos gastos públicos, uma vez que esses estudos apontam para as possibilidades de progressão e melhor qualificação educacional nas cidades e estados onde há um quantitativo razoável de recursos e investimentos destinados à educação (LOURENÇO et al., 2017).

Isso posto, segundo Diniz (2012), os municípios mais eficientes na esfera educacional são aqueles que apresentaram maior custo por aluno, maiores índices de desenvolvimento da educação básica e maior número de alunos matriculados, como se ocorresse um efeito cascata para o desenvolvimento geral, embora tais constatações possam ser de caráter não comprovado oficialmente, a lógica e as experiências empíricas evidenciam a compatibilidade de tais conclusões e a realidade escolar.

Além disso, uma das características pontuais dos países que apresentam uma educação atrativa é a redução das desigualdades entre as escolas. Quanto mais desigual um país é, mais desigual é seu sistema de ensino, quanto mais segmentada é a distribuição de suas crianças e jovens pelas escolas, mais complicado é melhorar sua educação (PINTO, 2015, p.104).

Acerca do apontamento acima, a busca pela redução das desigualdades e também o empenho pelo desenvolvimento regional foi observada pela criação do FUNDEB que surgiu para promover o ensino de qualidade, contudo, o referido fundo teve que repensar suas estratégias orçamentárias no período pandêmico[2], em razão das novas dificuldades socioeconômicas enfrentadas no ano de 2019.

Diante do exposto, a nota técnica de nº 85, de acordo com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), demonstra que, em razão da disseminação da pandemia

causada pela contaminação pela Covid-19, houve impactos nas esferas econômica e orçamentária, circunstância que se reflete no provimento dos recursos do FUNDEB, destinados à manutenção da educação básica em diversos municípios brasileiros.

Nesse caso, foram instituídos planejamentos direcionados à adaptação e apuração das atividades financeiras, a fim de mensurar com mais precisão quais serão os resultados da paralisação econômica diante da política pública do fundo especial, haja vista que tal ação é o principal instrumento de financiamento da educação básica na esfera pública. (IPEA, 2020).

Assim, os dados extraídos das pesquisas realizadas pelo Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB), notaram um baixo desenvolvimento, o que mostra, mais uma vez, que a falta de recurso na educação desencadeia vários outros problemas, como crescimento global, bem como queda econômica.

De todo o exposto, e diante da leve introdução sobre o caso pandêmico em que delineamos meramente para que se mostre o impacto financeiro que existe sobre a educação, bem como que a educação tem relevância econômica conforme exposto anteriormente quando tratamos de países ricos e pobres que são vistos conforme o crescimento educacional e qualificação de mão de obra.

3. METODOLOGIA E PROCEDIMENTOS DE PESQUISA

O artigo tem como objetivo relatar sobre políticas públicas de educação, observando o desenvolvimento das políticas públicas educacionais ao longo do tempo, elucidando os problemas enfrentados, destacando o atual investidor da educação Brasileira FUNDEB, bem como contemplando os impactos econômicos e gestoriais sobre a verba educacional.

Para atingir os objetivos destacados foram utilizados métodos quantitativos (análise dos dados numéricos dos indicadores educacionais).

Com isso, para dar início à pesquisa, partimos da revisão de literatura, referente ao conceito da política pública do FUNDEB, seus efeitos e implicações na gestão pública na esfera educacional; bem como, análise de textos, resoluções e documentos escolares para mensurar dados.

Para o desenvolvimento foi realizado um levantamento e a coleta de informações de forma teórica. Para isso, buscamos conhecer o funcionamento do Conselho de Acompanhamento e Controle Social do FUNDEB e Secretaria Municipal de Educação. Nesse caminhar, compreendemos o desenvolvimento histórico de políticas públicas educacionais bem como constatamos a importância econômica da educação.

Além disso, foi realizada pesquisa documental, por meio da coleta de informações em banco de dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB), e no Ministério da Educação (MEC). Todas as teorias levantadas, e documentos avaliados, serviram para a etapa de análise final deste.

4.RESULTADOS E DISCUSSÃO

O artigo apresenta a relevância do tema educação, em seu âmbito econômico, trazendo a história de políticas públicas educacionais até a chegada no FUNDEB, mencionando os problemas enfrentados e as dificuldades catalogadas para o desenvolvimento educacional.

Assim, o resultado da pesquisa ocorreu de forma efetiva, mediante estudos de teorias e pesquisas junto a autores referências do tema, as informações obtidas neste estudo foram analisadas com o objetivo de compreender a eficácia da política pública destinada ao FUNDEB, bem como se deu todo o desenvolvimento educacional até chegar na criação e renovação da política pública.

Portanto, o produto final apresentado foi capaz de especificar o histórico de políticas públicas educacionais e como a educação pode influenciar na economia, denotando os problemas enfrentados, determinando como foi o pensado na Lei de criação da política pública ocorre em sua realidade, se o objetivos propostos pelo Governo foram alcançados durante a aplicabilidade do FUNDEB.

O resultado disso foi que as políticas públicas têm sua fundamental relevância, bem como o FUNDEB foi capaz de trazer melhorias, dentro da educação e na economia, diante de índices que comprovam que países mais ricos tendem a ter uma educação de melhor qualidade.

Para tanto, a compreensão restou clara que os recursos do FUNDEB oriundos do pagamento de impostos e transferências dos entes federativos é movimentado sob o ônus de emprego dos investimentos em educação tem como objetivo cumprir maiores apostas da União e trazer uma permanência de programas a longo prazo haja vista seu poder de permanência.

Além disso, foi discutido e comprovado que a redistribuição promovida pelo FUNDEB é capaz de melhorar a equalização de recursos aos financiados levando em consideração que é uma política pública distributiva por sua natureza. Tendo sido disposto inclusive que a referida política sofre impacto em casos de baixas de recursos como foi o caso do momento pandêmico.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal promulgada em 1988 em muito veio a contribuir com a nova política, contudo determinou em suas Leis inúmeros direitos que exigem ação financeira do Estado para a concretização de direitos, como: educação básica, saúde, lazer, moradia, assistência social, desporto, previdência, meio ambiente, cultura e acesso à justiça.

De outra banda, para fazer valer o texto Constitucional dando todos os direitos fundamentais dispostos, restou também especificados tributos a serem pagos aos entes federados a fim de possibilitar a efetividade dos direitos fundamentais, com isso, depreende-se que os valores são voltados a sociedade em geral por meio de serviços e políticas públicas que também são prestações de serviços.

Com a expansão do Estado-Administração, que ordenou tarefas para que fosse possível prestar serviços públicos em larga escala, ensejou desenvolvimentos de políticas públicas originárias como principal auxiliar da administração nas tarefas resolutivas de desenvolvimento estatal, sendo fundamentais na prestação de serviço de qualidade e incentivadoras de prioridades de agendas de governo.

Com isso, evidente a importância do surgimento de políticas públicas, suas formas de implementação, elaboração e formato decisório que em muito contribuem com o Estado, as políticas públicas tem seu conteúdo acadêmico nascendo nos EUA, que vem como auxiliares da produção de um bom governo, sendo de várias formas, como podemos citar políticas públicas distributivas, como o FUNDEB.

No Brasil, registrou-se atividades sistemáticas para a implementação de uma política pública educacional, bem como quando se pensou na não renovação do FUNDEB imaginou-se uma catástrofe no seio educacional, mediante o fechamento de escolas e o baixo desenvolvimento geral.

No período apontado, foi relevante destacar, a necessidade de criação de políticas públicas de proteção da educação, a fim de promover o desenvolvimento econômico, visto reconhecer que a educação é fator de desenvolvimento, ademais, dentro deste meio, restou evidente a necessidade de qualificação de professores, melhoria de infraestrutura e melhor avaliar a escola diante do aluno .

Neste sentido, criou-se mecanismos para conter problemas como evasão escolar, analfabetismo, reduzindo com isso os índices de baixo crescimento, trazidos por falta de investimentos específicos, situações estas minimizadas com a chegada do FUNDEB.

Portanto, do artigo, registrou-se fatores históricos, com a relevância do tema educação, cumprindo especificar que estudos voltados para isso tem fundamental

importância diante da constante necessidade de se entender como funciona o permanente curso da educação.

6. REFERÊNCIAS

AMARAL, N. (Coord.) Políticas públicas: conceitos e práticas. v. 7. Belo Horizonte: Sebrae, 2008. 48 p. Série Políticas Públicas.

BOTH, IVO JOSÉ, **Avaliação: "voz da consciência" da aprendizagem**. 2ed. rev., atual e ampl. Curitiba: Ibepex, 2012.

DINIZ, Josedilton Alves. **Eficiência das transferências intergovernamentais para a educação fundamental de municípios brasileiros**. 2012. 173 f. Tese (doutorado em ciências contábeis) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

FLEURY, Sonia. Verbete: Políticas Sociais. In: OLIVEIRA, Dalila Andrade; DUARTE, Adriana Maria Cancellari; VIEIRA, Lívia Fraga. **DICIONÁRIO: trabalho, profissão e condição docente**. Belo Horizonte: UFMG, Faculdade de Educação, 2010.

FUNDEB- **Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação: Ministério da Educação**. Portal FUNDEB. Disponível em: <https://www.gov.br/fnde/pt-br>.

GIL, A.C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4.ed. – São Paulo: Atlas, 2002.

IDEB - **Índice de Desenvolvimento da Educação Básica: Município de Pedreiras, Maranhão**. Portal INEP, 15 set. 2020. Disponível em: <http://ideb.inep.gov.br/resultado/>. Acesso em: 07 fev. 2023.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: **Nota Técnica nº 85 - julho de 2020**. IPEA, 1 jul. 2020. 85. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=36222. Acesso em: 29 set. 2021.

LOKOMY, ANA MARIA, **Teorias da aprendizagem**, 2 ed. rev e atual.-Curitiba: Ibepex, 2008.

LOURENÇO, Rosenery Loureiro; ANGOTTI, Marcelo; NASCIMENTO, João Carlos Hipólito Bernardes; SAUERBRONN, Fernanda Filgueiras. **Eficiência do Gasto Público com Ensino Fundamental: Uma Análise dos 250 Maiores Municípios Brasileiros**. Contabilidade Vista & Revista, v. 28, p. 89-116, 2017.

MAGRO, Fabiano Cottica. Federalismo, **políticas educacionais e qualidade do gasto público: uma análise do Fundeb no Tocantins**. 2014. 161f. Dissertação (Mestrado em

Desenvolvimento Regional) – Universidade Federal do Tocantins, Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional, Palmas, 2014.

OBRA COLETIVA, **Vade Mecum**. 22 ed. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PINTO, José Marcelino de Rezende. **O Fundeb na perspectiva do custo aluno qualidade**. Brasília, Em Aberto, v.28, n.93, p. 101-107, jan.2015. Disponível em: <http://observatorioderemuneracaodocente.fe.usp.br/Em%20aberto%20o%20fundeb%20na%20perspectiva%20do%20custo%20qualidade.pdf>.

SANTOS, Kátia Silva. **Políticas públicas educacionais no Brasil: tecendo fios**. In: Simpósio Brasileiro e Congresso Ibero Americano de Política Administração da Educação, 25, 2, 2011. **Anais**. São Paulo, Simpósio Brasileiro e Congresso Ibero-Americano de Política e Administração da Educação, 2011.

SENOS, J.; DINIZ, T. **Auto-estima, resultados escolares e indisciplina. Estudo exploratório numa amostra de adolescentes. Análise Psicológica**. v. 2, 1998. SHARMA, A. R.; MCGUE, M. K.; BENSON, P. L. The emotional and behavioral adjustment of United States adopted adolescents. *Children and Youth Services Review*, v.18, p. 83-100, 1996.

SILVA, M. C. ; NASCIMENTO, João Carlos Hipolito Bernardes do; SILVA, J. D. G. ; SIQUEIRA, J. R. M. **Determinantes de La Transparencia Municipal: Un Análisis Empíricos Con Municipios Brasileños**. *Revista de Globalizacion, Competitividad y Gobernabilidad*, v. 13, p. 87-100, 2019.

TEIXEIRA, A. S. **A Educação e a Crise Brasileira**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1956.

NOTAS:

[1] (...)Independentemente da fonte de origem dos valores que compõem o Fundo, todo o recurso gerado é redistribuído para aplicação exclusiva na manutenção e no desenvolvimento da educação básica pública, bem como na valorização dos profissionais da educação, incluída sua condigna remuneração.(BRASIL, 2020).

[2] Em 2019, a Organização Mundial de Saúde decretou pandemia em decorrência do novo Coronavírus (COVID-19).

CONTRABANDO E DESCAMINHO: UMA ANÁLISE SOBRE A FRONTEIRA BRASIL-PARAGUAI

GABRIEL MARQUES DOS SANTOS:
graduando em Direito pela Universidade
Brasil.³⁵⁰

RESUMO: O presente trabalho aborda o Contrabando e Descaminho na realidade brasileira, especificamente sobre o prisma da fronteira Brasil-Paraguai onde a incidência desses atos ocorre de maneira mais forte. Pretendeu-se relacionar esses aspectos com as características da referida fronteira, abordando então aspectos tributários nacionais correlacionados com esses fatos. No tocante ao método científico de abordagem a pesquisa emprega construção dedutiva e procedimentos auxiliares históricos e comparativos, buscando uma síntese sobre o contrabando e sua atual situação. A metodologia nesse trabalho trata-se de uma pesquisa qualitativa visando entender os motivos e as consequências desses ilícitos no Direito Aduaneiro dos países. No ponto de vista da finalidade será teórico, pois o conteúdo será adquirido através de pesquisas em livros, artigos documentários. Possuindo então como objetivo geral uma melhor compreensão sobre como ocorre o contrabando e de que maneira esse ato delitivo acaba sendo prejudicial a sociedade brasileira. Por sua vez apresentam-se como objetivos específicos: analisar o panorama da difusão do contrabando a nível nacional e mundial, uma busca sobre uma melhor compreensão das características das fronteiras, abordando todo histórico da parte tributária, desde sua conceituação até as espécies, abordando o princípio da insignificância no crime de descaminho, trazendo a questão dos brasiguaios e dos agentes da fronteira. Diante disso analisando estatísticas e dados a respeito desses atos delituosos de contrabando e descaminho, em aspecto brasileiro, acabamos nos deparando com uma situação assustadora, em virtude do alto índice de delitos cometidos e baixa elucidação e punição aos agentes responsáveis.

Palavras chave: Contrabando. Fronteira. Descaminho. Brasil. Paraguai.

ABSTRACT: The present work addresses Smuggling and Detour in the Brazilian reality, specifically on the perspective of the Brazil-Paraguay border where the incidence of these acts occurs in a stronger way. It was intended to relate these aspects with the characteristics of the referred border, approaching national tax aspects correlated with these facts. Regarding the scientific method of approach, the research uses deductive construction and auxiliary historical and comparative procedures, seeking a synthesis about smuggling and its current situation. The methodology in this work is a qualitative research aimed at

350 E-mail: gabriel_marquesanto@hotmail.com

understanding the reasons and consequences of these offenses in the Customs Law of the countries. In terms of purpose, it will be theoretical, as the content will be acquired through research in books, documentary articles. Having then as a general objective a better understanding of how smuggling occurs and how this criminal act ends up being harmful to Brazilian society. In turn, they present themselves as specific objectives: to analyze the panorama of the diffusion of smuggling at national and world level, a search for a better understanding of the characteristics of the borders, approaching the whole history of the tax part, from its conceptualization to the species, approaching the principle of the insignificance in the crime of embezzlement, and dealing with issues related to the geography of smuggling, bringing the issue of Brazilians and border agents. In view of this, analyzing statistics and data regarding these criminal acts of smuggling and embezzlement, in a Brazilian perspective, we ended up facing a frightening situation, due to the high rate of crimes committed and the low elucidation and punishment of the responsible agents.

Keywords: Smuggling. Border. I go astray. Brazil. Paraguay.

1. INTRODUÇÃO

Desde os seus primórdios, é notório o enorme avanço que ocorreu comercialmente com a humanidade, como por exemplo, a rota da seda e as grandes navegações, acarretando na globalização dos atuais dias que acabou trazendo inegáveis consequências para as sociedades atuais. Desde a época das grandes navegações, é nítido o grande desvio e descaminho de mercadorias, cargas, atos delituosos e ilícitos.

A fronteira chama a si certos tipos de práticas ilegais ,atraindo pessoas que desejam se beneficiar das vantagens que esse tipo de região oferece ,ocasionando em um processo de crescimento acelerado e desordenado. Essa propagação sem controle acaba acarretando uma enorme preocupação para a esfera governamental e da sociedade, devido a disseminação de ambas as transgressões acabarem desencadeando problemas financeiros e sociais ao Estado.

Destarte, considerando o quanto afirmado a presente pesquisa científica se propõe a buscar respostas ao seguinte problema: Analisando as características da fronteira Brasil-Paraguai, o atual modelo de fiscalização de fronteira é satisfatório?

Portanto, possui como objetivo geral entender o método de funcionamento relacionado da temática nesse trabalho exposto: Contrabando e Descaminho. Por sua vez, apresentam se como objetivos específicos: analisar o panorama do contrabando e as características das regiões de fronteiras, compreender o histórico da parte tributária e o princípio da insignificância.

Atento a isso, esse trabalho possui importância e justifica-se pela produção de matérias que consigam não apenas colaborar com a produção científica, mas também com a sociedade de maneira geral. Ao citar isso é de extrema importância conhecer a maneira e as condições em que ocorrem o contrabando nas fronteiras brasileiras e as consequências da mesma para o país.

Diante disso analisando estatísticas e dados a respeito desses atos delituosos no Brasil, acabamos nos deparando com uma situação assustadora, em virtude do alto índice de delitos cometidos e baixa elucidação e punição dos agentes responsáveis.

2. PANORAMA DA DIFUSÃO DO CONTRABANDO E AS CARACTERÍSTICAS DAS REGIÕES FRONTEIRIÇAS

Discutir sobre o panorama da difusão do contrabando bem como as características das fronteiras, acaba requerendo, ainda que de forma sucinta, uma explicação sobre as suas origens e o seu histórico, bem como o conceito de ambos os atos delitivos e a região específica de fronteira Brasil-Paraguai, sendo, portanto, esse o objetivo deste tópico.

O contrabando e o descaminho têm origens remotas a própria evolução da sociedade, com o desenvolvimento de regiões, crescente expansão comercial e a uma maior aproximação entre povos e culturas, podendo citar como exemplo as grandes navegações com a descoberta do continente americano em 1498 e todo o processo de exploração e colonização que ali foi instalado, o surgimento da rota da seda uma das grandes rotas comerciais da história da humanidade, com elevado fluxo comercial e de mercadorias. Esse “boom” comercial e econômico resultou em um processo de aumento do número de pessoas interessadas nesse tipo de atividades, buscando usufruir dos benefícios da mesma.

No aspecto histórico brasileiro, o contrabando existe desde os tempos de colonização.

O Brasil do século XVIII experimentou um crescimento econômico significativo, em virtude da produção do ouro e diamante na região de Minas Gerais, todavia uma prática clandestina ameaçava o enriquecimento das cortes portuguesas: era o contrabando.

Segundo Balthazar (2005), com a cobrança do quinto sobre a exploração do pau-brasil, surge assim uma primeira noção de tributo e conseqüentemente contrabando. Vejamos as palavras de Balthazar (2005, p. 35-36):

Logo no início notou-se a presença de uma madeira muito nobre e muito utilizada na Europa como corante de tecidos, o pau-brasil.

Iniciada a exploração esta se fez por meio de concessões da coroa portuguesa. Os interessados deveriam atender as seguintes exigências; iniciar a colonização através da construção de fortes ao longo do litoral, e pagar o quinto do pau-brasil. Foi o primeiro imposto introduzido no Brasil, como dito antes. A ressaltar que o tributo, em sua estrutura jurídica-formal, já existia na legislação portuguesa, aplicado em outras incidências. O quinto, pago geralmente em espécie recolhido diretamente ao erário. Os índios extraíam madeira em troca de 'presentinhos' dados pelos exploradores. O contrabando não demorou a aparecer, tanto por parte dos portugueses, para não pagar o tributo, quanto por parte dos estrangeiros, sobretudo franceses.

Em analogia ao contemporâneo, (BALTHAZAR, 2005) é crucial ressaltar que com o avanço dos códigos, houveram significantes alterações, tal qual a desmembração do crime do descaminho e contrabando (com o advento da lei 13.008 de 26 de junho de 2014)

Segundo Ernest Pijning, o contrabando é um instrumento chave para a análise da estrutura colonial da sociedade brasileira, pois fornece elementos para a compreensão do sistema jurídico, da ética pública e privada e o funcionamento do mercantilismo nessa sociedade.

Para começarmos a entender as características das fronteiras, é necessário compreender o conceito próprio de fronteira e a disposição e formação da mesma. Podemos definir fronteira como uma linha física ou artificial que separa áreas geográficas e são conhecidas principalmente por serem limites políticos e separar países.

Segundo Oliveira (2005, p. 20) pode-se definir a fronteira como "uma linha que divide um Estado do outro, uma faixa que une, porém não mistura uma cultura a outra, conspira contra organização compacta do território". Essa definição possui apoio na vida da fronteira, no cotidiano, muitas vezes bipolar e uniforme.

Oliveira (2005, p. 22), também ressalta que a fronteira mantém o aspecto de ser "concreta e abstrata, física e metafísica simultaneamente" mantendo a característica de ser "o axial que sustenta a transposição dos limites compulsórios á legalidade, ou melhor dizendo, adequação á realidade".

A formação do atual território nacional I remonta ao século 14, início da chamada Era dos Descobrimentos, quando as monarquias ibéricas mostravam se pioneiras nas grandes navegações.

As fronteiras do Brasil foram definidas com base nas características naturais da paisagem, com os rios e lagos, ou em acidentes topográficos, como montanhas serras e picos elevados.

Segundo Decicino (2014) os definidores das fronteiras estão dispostos da seguinte maneira: rios 50 %, serras 25%, lagos 5% e linhas geodésicas 20%.

Vejamos o que diz Dorfmann (2009, p. 02), sobre as características das fronteiras:

As fronteiras possuem como uma característica própria a criação de picos de centralidade, chamando a si certos tipos de práticas legais ou ilegais, ocasionando na atração de pessoas que busquem benefícios das vantagens presentes no local: oportunidades de trabalho, acesso a serviços.

Esses picos de centralidade Dorfman (2009), são lugares de contradição, de mesma forma, periféricos ao estado nação e plenos de alternativas políticas e econômicas pelo trânsito fronteiriço, igualmente de diversidade, já que somado ao estrutural contato experimentado cotidianamente entre dois grupos nacionais, o chamado da fronteira atinge outros interessados na característica da fronteira.

As palavras de Dorfman (2009, p. 03) sobre a experiência da vida na fronteira nos dão uma melhor ideia do que acontece:

Sendo assim a experiência que uma vida na fronteira pode oferecer aqueles que a frequentam os instrumentos necessários para articular as diferenças identitárias, instrumentalizando as pessoas para tornarem se portadores/passadores dos bens simbólicos ou materiais que expressam tais contradições e manifestas no lugar. A condição fronteiriça encontrada é entendida como um savoir passer (saber passar) adquirido pelos habitantes da fronteira, acostumados a acionar diferenças e semelhanças nacionais, logísticas econômicas, religiosas que ora representam vantagens, ora cerceamento de trânsito ou direitos. A fronteira o lugar em que as diferenças têm encontrado mercado.

Dessa maneira podemos chegar à conclusão que em detrimento das suas próprias peculiaridades, as áreas fronteiriças possuem uma ampla tendência de concentrar grupos criminosos especializados em contrabando.

3.DEFINIÇÃO DE CONTRABANDO E DESCAMINHO E A RELAÇÃO FRONTEIRIÇA ENTRE BRASIL E PARAGUAI

A etimologia (origem da palavra contrabando) vem do italiano contrabando significando algo como 'comércio de produtos clandestinos'. O contrabando poderia ser definido como a prática de importação ou exportação clandestina de mercadorias e bens de consumo que dependem de registro, análise ou autorização do órgão público competente.

O crime de contrabando está presente no Código Penal Brasileiro, criado em 1940. Posteriormente a isso, algumas modificações foram efetivadas. Destarte, Rojas (2018) o contrabando encontra se positivado no artigo 334 – A do código penal, onde anteriormente o seu entendimento estava junto com o ato delitivo do descaminho. Entretanto, o decreto Lei nº 2.848 que entrou em vigor em 7 de dezembro de 2014, passou a compreender o contrabando de uma maneira diferente a infração do descaminho, possuindo dessa maneira duas previsões diversas, advindo o novo artigo 334 – A.

Anterior a reforma citada, o crime de contrabando possuía uma pena estipulada entre 2 e 4 anos, entretanto a nova previsão traz a referida tipificação uma pena de reclusão de 2 a 5 anos, sendo esta pena mais severa do que a quem pratica o descaminho, como veremos a seguir:

Art. 334 – A. Importar ou exportar mercadoria proibida:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

I - pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando;

II - importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente;

III - reinsere no território nacional mercadoria brasileira destinada à exportação;

IV - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira;

V - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira. (BRASIL, 2014).

Dessa forma, Rojas (2018) nos informa que o sentido do inciso V do artigo supracitado, equipara-se a atividades comerciais para efeito desse artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercício em residências.

De maneira geral os produtos advindos do contrabando, são apreendidos em virtude da atuação de forças policiais, com a realização de barreiras de contenção na maioria das vezes em estradas. A receita federal possui diversos locais espalhados por todo território nacional para guardar esses produtos apreendidos. De tal forma, as mercadorias apreendidas acabam estocadas nos espaços mencionados e o seu destino acaba variando conforme a natureza do produto, podendo ser queimados (drogas) leiloados, ou doados a instituições que precisem de apoio.

O descaminho pode ser definido como um crime contra a ordem tributária. Como mencionado anteriormente estava positivado em conjunto com o contrabando, ou seja, possuindo o mesmo tipo penal, entretanto com a lei 13.008/14, os referidos delitos passaram a ser diferenciados como duas figuras diversas, então o crime de descaminho encontra-se positivado no artigo 334 do Código Penal. “[...] importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.” A pena para este crime é reclusão de 1 a 4 anos como diz o artigo 334 da lei 13.008.

O parágrafo 334 diz que corre a mesma pena quem praticar as situações descritas nos incisos abaixo:

I - pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;

II - pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho;

III - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem; (BRASIL, 2014).

Cabe salientar que o crime de descaminho é considerado uma modalidade de sonegação fiscal, com previsão no artigo 1º da lei 8.137/90.

Referente a consumação do descaminho, existe algumas imposições, como:

- a) Necessidade de saída ou entrada de mercadorias no limite do território nacional;
- b) Órgão competente apure a existência de mercadoria e ao averiguar que a mesma necessitava de um tributo e o agente não o fez como de regra, configurando a ilusão do pagamento, considera se o crime consumado.

Logo, a extensão da fronteira brasileira com o Paraguai possui algumas peculiaridades em detrimento a outras fronteiras nacionais: o seu intenso fluxo comercial e de pessoas, caracterizando-se como uma das fronteiras mais importantes do país. Embora existam muitos municípios no decorrer dessa fronteira, dois conseguem um maior destaque: Foz do Iguaçu no Paraná e Ponta Porã em Mato Grosso do Sul, devido ao intenso fluxo de mercadorias, pessoas, que se denotam mais volumosos do que qualquer outra área compreendida na região, somado a isso a cobertura midiática extensa, e uma rede mais expressiva de fiscalização realizada pela Polícia Federal e Receita Federal do Brasil.

A geografia dos limites territoriais podem facilitar ou dificultar as tentativas de controle de dos fluxos mercantis e dos seus agentes. No caso de Foz de Iguaçu existe a presença de uma barreira física natural que demarca a fronteira, o Rio Paraná.

A construção da ponte da amizade na década de 60 acabou de certa maneira ajudando a fiscalização na região, pois ficou mais plausível instalar órgãos que atuem diretamente no combate ao crime na área. Entretanto a região de Ponta Porã, por tratar se uma divisa seca, ou seja, não havendo limites naturais físicos, dificulta bastante a atuação de órgãos como a Receita Federal.

Estar presente em qualquer lugar de fronteira, naturalmente aumenta o ímpeto de circular em outro país com facilidade. A interação entre as zonas fronteiriças é elevada e praticamente inevitável, mesmo havendo limitações visíveis (caso de Foz do Iguaçu, com somente a Ponte da Amizade como acesso ao Paraguai).

De tal forma, fica evidente que o comércio segue esse ímpeto de estender se além das fronteiras, ainda mais quando existem vantagens grandes envolvidas, como política de impostos baixos e possibilidade de evasão fiscal.

Não há sociedade que viva totalmente fechada em si mesmo no mundo arcaico, o comércio é indispensável para a aquisição de matérias primas que faltam ao grupo. As formas de imitação e

difusão pelo treinamento são múltiplas. Não se pode analisar o jogo do poder abstraído se do que acontece fora dos limites onde ela se exerce. (CLAVAL, 1979)

Não há maneiras de dissociar o cotidiano das cidades de fronteira sem compreender lugares externos que são afetados/movimentados pelas mesmas atividades. As facilidades encontradas além das fronteiras ajudam a explicar a atração brasileira pelo comércio paraguaio. Somado a isso as ineficiências ou falhas da fiscalização fiscal e policial criam ambientes propícios ao desenvolvimento de atividades comerciais ilícitas ou lícitas, a depender de qual lado da fronteira está o indivíduo. (MARQUEZINE, 2011)

Quando deixamos um território nacional para entrar em outro mudamos de soberania e de sistema de poder: em cada país, deve-se tudo ao governo local e nada do vizinho. Quando examinamos as relações do ângulo do poder e da autoridade, tudo acaba nas fronteiras. (CLAVAL 1979)

Um estudo realizado pelo Ibope identificou que 54% dos cigarros consumidos no Brasil tinha origem ilegal. Apenas 4% destes produzidos em território brasileiro, em fábricas clandestinas. Todo o restante vinha do Paraguai, entrando ilegalmente pela fronteira com o Paraná e Mato Grosso do Sul. Rodolpho Ramazzini, da associação de combate a pirataria, calcula um prejuízo para o país na ordem 130 bilhões de reais ao ano, em decorrência do contrabando, sendo tanto governo como uma parcela da população (empresários, comerciantes) prejudicados. (MAES 2019)

Falando especificamente sobre a demarcação da fronteira brasileira com o Paraguai, a mesma inicia se na região de Foz do Iguaçu no Paraná, junto a tríplice fronteira com a Argentina e estende-se até a região de Corumbá (MS) possuindo uma extensão total de 1.290 km, atravessando uma variedade terrenos, desde grandes áreas urbanas até áreas desertas e pouco povoadas.

Ao observar especificamente a fronteira Brasil-Paraguai, percebemos que os fluxos que movem as cidades da fronteira, são movidos principalmente pelo consumo urbano generalizado.(MAES 2019)

O cigarro é apenas um exemplo entre vários outros produtos que chegam ao país irregularmente pelo Oeste do Paraná. O estudo rotas do crime – As encruzilhadas do contrabando, feito pelo Instituto de Desenvolvimento Econômico e Social de Fronteiras (IDESF) em 2016, aponta que por essa região também chegam eletrônicos, medicamentos, cosméticos e bebidas, assim como drogas e armas.

A distribuição de mercadorias acontece por Terra e por meio de vários tipos de veículos; caminhões, carretas, ônibus e carros de passeio. 'Os produtos descaminhados e contrabandeados acabam atingindo o Brasil inteiro. Muita coisa vai para São Paulo, mas chega também no norte e nordeste do país' diz o auditor da Receita Federal Sandro Huttner.

De modo geral, as principais rotas de acesso ao contrabando no Brasil são as Br's 277 e 163 'Todo contrabando que entra no Brasil, por fronteira seca ou por via fluvial, em algum momento devesse cruzar uma delas', afirma o estudo do Idesf.

Já a distribuição para grandes centros é feita por meio das rodovias estaduais, assim como rotas municipais. São as mesmas usadas no cotidiano por qualquer cidadão, e que muitas vezes estão em melhores condições de rodagem, muitas delas contando até mesmo com praças de pedágio. Dados da Confederação Nacional dos Transportes (CNT) apontam que há mais de 1,7 milhão de quilômetros de estradas implantadas no país inteiro, considerando as rodovias federais, estaduais e municipais.(MAES 2019)

4.REGULAMENTAÇÃO ADUANEIRA E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA NOS CRIMES DE DESCAMINHO

A regulamentação aduaneira, decretada pelo presidente da república promulgada em Fevereiro de 2009, através do decreto número 6.759/09, autorizando a fiscalização e controles, somado a questões relacionados a tributos em operação de importação e exportação de mercadorias.

De tal maneira, é possível encontrar assuntos pertinentes á base de cálculos da porcentagem de tributos a serem cobrados, como também as suas alíquotas, fato gerador, isenção, redução e imunidades dos tributos, sendo operado nas operações de entrada e saída de produtos no nosso país, conforme o exposto no artigo 1º do decreto n 6.759/09. "[...] a administração das atividades aduaneiras e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior serão exercidos em conformidade com o disposto nesse Decreto".

A regulamentação jurídica brasileira incide que nos crimes de Descaminho, o agente pode ser absolvido pelo delito através do principio da insignificância. Isso pode ocorrer nos casos em que o sujeito for detido com pouca mercadoria cujo o seu valor financeiro seja considerado baixo, mostrando-se ao Estado ser inviável prosseguir com buscando a punição do individuo ante o valor irrisório a baixa lesividade decorrida do ato. Cabe mencionar que existem divergências de qual deveria ser o valor considerado para aplicação do principio da insignificância nos crimes de descaminho. (ROJAS, 2018)

Para o artigo 20 da lei número 10.522/10 esse valor não poderia ultrapassar o teto de 10.000,00.

Seguindo essa regulamentação, a Receita Federal e Fazenda Pública não poderão realizar execução fiscal com valores iguais ou inferiores a 10.000,00. Assim, conforme o exposto chega se a conclusão que pautado no cenário acima exposto, os casos de descaminho que o débito tributário não extrapole os limites acima mencionados poderão ser beneficiados pelo princípio da insignificância. (ROJAS, 2018)

Em contrapartida, entrou em vigor no ano de 2012 portarias nº 75 e 130 do Ministério da Fazenda com atualizações, nas quais se previu que o valor mínimo para a execução fiscal deveria compor o valor 20.000,00 e não mais a quantia financeira que era prevista no artigo citado. Desse modo a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de Descaminho sofreram modificações, entretanto, sem entendimentos específicos por um longo tempo. (ROJAS, 2018)

Dessa maneira, cabe mencionar os tribunais superiores em escala Federal: o STJ e o STF que perduraram com opiniões divergentes sobre a temática aqui mencionada (princípio da insignificância no Descaminho) por longos anos.

O STJ manteve o posicionamento de que a aplicação da insignificância seria possível apenas com montantes devidos não superiores a 10.000,00, ignorando assim a atualização trazida pelas portarias do Ministério da Fazenda. (ROJAS, 2018)

O entendimento do STJ baseia se no fato de que no seu entendimento a lei federal, de acordo a hierarquia das normas, sobressai às portarias administrativas de modo que sua aplicação acaba tornando-se prioritária, conforme fundamentação da terceira seção do julgamento do recurso.

Em contrapartida o STF manteve a sua posição contrária, adotando de tal forma o artigo 20 da lei 10.522/2002 cumulado com atualização das portarias citadas, na qual estabelece o valor de 20.000,00 para fins de aplicação do princípio da insignificância aos crimes de descaminho.

Em conclusão, cabe mencionar que atualmente fora fixado o final entendimento pacífico de que o princípio da insignificância deverá ser aplicado ao Descaminho no caso do delito não superar a quantia dos 20.000,00. A terceira do STJ em 2018 revisando o tema decidiu seguir o entendimento já adotado pelo STF, trazendo dessa maneira uma maior segurança jurídica e um padrão a ser adotado pelos juízes singulares e demais tribunais. O relator Sebastião Reis destacou em sua fala o seguinte:

[...] com o advento das portarias 75 e 130/MF, ocorreu um novo distanciamento entre a jurisprudência desta corte do Supremo Tribunal Federal, pois em quanto Pretório Excelso aderiu ao novo parâmetro fixado por ato normativo infra legal, esta corte não o fez.

Dessa forma podemos concluir que as divergências existentes entre as duas esferas do judiciário, foram momentaneamente sanadas.

5. CONCLUSÕES

A Pesquisa acabou revelando que o Descaminho e Contrabando fazem parte da sociedade desde a antiguidade atravessando diferentes épocas e momentos da humanidade. O aumento da produção comercial e uma aproximação entre os povos acabou influenciando na presença dessas práticas delitivas em aspecto global. No caso específico do Brasil, a cobrança do quinto acabou sendo considerada a primeira espécie de tributo do país e por consequência do contrabando.

No tocante relacionado às características de fronteiras, verificou se que as fronteiras por sua estrutura e peculiaridades próprias acabam tornando se uma espécie de 'ponto certo' para o contrabando de mercadorias, pois devido a falta de um Estado forte, a presença e crescimento de grupos criminosos acaba sendo facilitada.

Além disso, o trabalho relevou a questão tributária no ordenamento jurídico. Nessa diapasão, foi possível notar um pouco sobre o contexto do tributo no Brasil, a sua definição, evolução e os órgãos reguladores dos mesmo. Foi constatada também a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância no crime de descaminho, onde existiu por algum tempo divergências jurisprudenciais entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Dessa forma é possível afirmar que a presente pesquisa acabou revelando aspectos positivos e negativos. Os positivos podem estar relacionados com o aumento de apreensão de mercadorias contrabandeadas, pois isso pode ser resultado de uma melhoria no sistema de fiscalização nacional. Entretanto, a pesquisa enumerou diversos aspectos negativos: a falta de uma estrutura suficiente para combater de uma maneira ainda mais eficaz os grupos de contrabando, a insuficiência de agentes direcionados para essa atuação específica, a falta de presença efetiva do Estado na região.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABINZANO, Roberto Carlos. Las regiones de frontera: espacios complejos de la resistencia global. In: OLIVEIRA, Tito Carlos Machado de (org.). **Território sem limites**: estudo sobre fronteiras. Campo Grande: UFMS, 2005. 641 p. Disponível em:

<http://www.retis.igeo.ufrj.br/wp-content/uploads/2011/07/2005-Territorio-sem-limites-TCMO.pdf>.

BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **História do tributo no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. 198 p.

BANDUCCI JÚNIOR, Álvaro. **Mercado popular na fronteira do Paraguai com o Brasil: parâmetros de legalidade e relações de alteridade**. Mato Grosso do Sul, 17 p, 2020. Disponível em: <https://docplayer.com.br/8286912-Mercado-popular-na-fronteira-do-paraguai-com-o-brasil-parametros-de-legalidade-e-relacoes-de-alteridade-1.html>.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm.

BÚSSOLA (org.). **Contrabando retira mais de R\$ 280 bilhões da economia brasileira**. 2021. Por Bússola. Disponível em: <https://exame.com/bussola/contrabando-retira-mais-de-r-280-bilhoes-da-economia-brasileira/>.

CARDIN, Eric Gustavo. Trabalho e práticas de contrabando na fronteira do Brasil com o Paraguai. **Geopolítica(S)**, Paraná, v. 3, n. 2, p. 207-234, 2012. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/38816066.pdf>.

CLAVAL, Paul. **Espaço e Poder**. Rio de Janeiro: Zahar, 1979. 247 p.

CORDEIRO, Tiago. **O que realmente funciona para derrotar o contrabando?: conheça 7 ações**. 2019. Para: a Gazeta do Povo. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/como-derrotar-contrabando/>.

DECICINO, Ronaldo. **Fronteiras brasileiras: os limites do nosso território. os limites do nosso território**. 2014. Disponível em: <https://policialgo.blogspot.com/2014/07/fronteiras-brasileiras-os-limites-do.html>.

DORFMAN, Adriana. **CONTRABANDISTAS NA FRONTEIRA GAÚCHA: escalas geográficas e representações textuais**. 2009. 360 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Geografia, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: <file:///C:/Users/Direito/Downloads/265549.pdf>.

ETCO (org.). **Contrabando no Brasil: impactos e soluções. impactos e soluções**. 2015. Por Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial – ETCO. Disponível em: <https://www.etc.org.br/noticias/contrabando-no-brasil-impactos-e-solucoes/>.

FRIAS, Sílvia. **Brasil apreende 556 mil caixas de cigarros contrabandeados em 2015**. 2016. Colaboração para a FOLHA, em Campo Grande (MS). Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/03/1746177-brasil-apreende-556-mil-caixas-de-cigarros-contrabandeados-em-2015.shtml>.

FSB COMUNICAÇÃO (org.). **Contrabando no Brasil: impactos e soluções**. Impactos e Soluções. 2015. Disponível em: <https://www.amambainoticias.com.br/2015/10/06/contrabando-no-brasil-impactos-e-solucoes/>.

FURTADO, Renata de S.. As fronteiras no âmbito do Mercosul: apontamentos sobre a formação da agenda política de integração fronteiriça. **Universitas Relações Internacionais**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 371-381, jun. 2011. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/relacoesinternacionais/article/viewFile/1368/1344>.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 16. ed. Brasília: Atlas, 2007. 944 p.

KNOEPFELMACHER, Marcelo. **O conceito de receita na constituição**: método para sua tributação sistemática. 2006. 112 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Tributário, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp012102.pdf>.

LAINO, Domingo. **Paraguai**: fronteiras e penetração brasileira. São Paulo: Global, 1979. 248 p.

MACHADO, Lia Osório. Limites, fronteiras, redes. **Fronteiras e espaço global**. Porto Alegre: AGB, v. 1, 1998.

MAES, Jéssica. **10 Medidas de Combate ao Mercado Ilegal**: cooperação internacional. 2019. Para: GPBC. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/gpbc/dentro-da-lei/10-medidas-ilegal-cooperacao-internacional/>.

MAES, Jéssica. **Por onde chega e para onde vai o contrabando no Brasil**. 2019. Para: GPBC. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/gpbc/dentro-da-lei/por-onde-chega-e-para-onde-vai-o-contrabando-no-brasil-4lnzzplw492mmmole8o8a0mbg/#:~:text=De%20modo%20geral%2C%20as%20principais%20rotas%20de%20acesso,tem%20mais%20de%203%2C5%20mil%20quil%C3%B4metros%20de%20extens%C3%A3o.>

MARQUEZINI, Ana Carolina Torelli. **Circulação de mercadorias na fronteira entre Brasil e Paraguai**: as cidades de Foz do Iguaçu (PR) e Ponta Porá (MS). 2011. 112 f. Dissertação

(Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Geografia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, 2011.

MOCHÓN, Francisco. **Princípios da economia**. São Paulo: Prentice Hall, 2007. 352 p.

MOREIRA, Dielem Karone Alves; LOPES, Monica Carolina; REIS, Natália Araújo; BOSQUE, Veridiana de Caires. **IMPACTO DO CONTRABANDO E DESCAMINHO NA ECONOMIA BRASILEIRA**. Grandes Lagos, 2016.

NAIM, Moises. **Ilícito**: o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico a economia global. Rio de Janeiro: Zahar, 2006. 340 p.

OLIVEIRA, Tito Carlos Machado de. Tipologia das relações fronteiriças: elementos para o debate teórico-práticos. In: OLIVEIRA, Tito Carlos Machado de (org.). **Território sem limites**: estudo sobre fronteiras. Campo Grande: UFMS, 2005. 641 p. Disponível em: <http://www.retis.igeo.ufrj.br/wp-content/uploads/2011/07/2005-Territorio-sem-limites-TCMO.pdf>.

REIS, Márcio Roberto Coelho dos. Relações culturais na tríplice fronteira (Argentina, Brasil e Paraguai): a questão dos "brasiguaios". **Periferia**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 126-138, jun. 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/periferia/article/view/21974/15953>.

ROJAS, Ismael da Costa. **Crime de contrabando e descaminho e suas atuais aplicações no direito brasileiro**. 2018. 41 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, Assis, 2018. Disponível em: <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/1511402262.pdf>.

VARSANO, Ricardo. A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**, Rio de Janeiro, p. 1-34, 1996. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1839/1/td_0405.pdf.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO E O EQUILÍBRIO ENTRE A LIBERDADE DE IMPRENSA E A PRIVACIDADE: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE OS CASOS AIDA CURI E CHACINA DA CANDELÁRIA NO BRASIL E O CASO COSTEJA VS. GOOGLE SPAIN NA UNIÃO EUROPEIA

LAURIANE MATOS DA ROCHA:

Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Faculdade Cers, graduada em Direito pela Universidade de Brasília e Analista da Defensoria Pública do Distrito Federal.

RESUMO: Este artigo aborda o direito ao esquecimento no contexto jurídico brasileiro e europeu, analisando sua aplicação nos casos Aida Curi e Chacina da Candelária no Brasil, e o caso Costeja vs. Google Spain na União Europeia. O objetivo é entender como o equilíbrio entre a liberdade de imprensa e a privacidade foi negociado nesses contextos. Nos casos brasileiros, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a privacidade prevalece quando as informações são de natureza privada e afetam diretamente o direito de personalidade. Por outro lado, no caso europeu, o Tribunal de Justiça da União Europeia determinou que o direito ao esquecimento deveria prevalecer sobre o direito do público ao acesso à informação. A metodologia empregada é a análise comparativa desses casos. O artigo conclui que o direito ao esquecimento, como instrumento jurídico, destaca a necessidade de proteger os indivíduos contra a divulgação indevida de informações pessoais, mas sem impedir a circulação de informações de interesse público.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento, Privacidade, Liberdade de Imprensa, Caso Aida Curi, Chacina da Candelária, Caso Costeja vs. Google Spain.

INTRODUÇÃO

O direito ao esquecimento é um tema em constante debate nos tribunais ao redor do mundo, principalmente no contexto da crescente digitalização da informação e da facilidade com que as informações pessoais podem ser acessadas. Este artigo visa analisar, de forma comparativa, como esse direito foi tratado em dois casos paradigmáticos no Brasil - o caso Aida Curi e a Chacina da Candelária - e no caso Costeja vs. Google Spain, julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

1.OS CASOS AIDA CURI E CHACINA DA CANDELÁRIA NO BRASIL

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) teve a oportunidade de se pronunciar sobre o direito ao esquecimento em dois casos emblemáticos. O primeiro deles, o caso

Aida Curi, envolveu a exibição de uma reportagem sobre o assassinato de Aida Curi, uma jovem que foi estuprada e morta por um grupo de homens em 1958. A família da vítima buscou a justiça para tentar proibir a circulação do programa. O STJ decidiu, por maioria, negar provimento ao Recurso Especial dos autores, argumentando que o acontecimento entrou para o domínio público e seria impraticável a atividade da imprensa para retratar o caso Aida Curi sem mencionar a própria vítima.

Já no caso da Chacina da Candelária, o STJ decidiu, por unanimidade, negar provimento ao Recurso Especial interposto pela emissora Globo, que pretendia exibir um documentário sobre a tragédia contendo imagens e o nome de um homem que foi condenado por homicídio durante o episódio, mas que fora posteriormente absolvido criminalmente por negativa de autoria. O tribunal entendeu que a história poderia ser contada sem a exposição do nome e da imagem do autor, resguardando assim sua privacidade.

2. O CASO COSTEJA VS. GOOGLE SPAIN NA UNIÃO EUROPEIA

O caso Costeja vs. Google Spain teve origem na Espanha e chegou ao Tribunal de Justiça da União Europeia em 2014. O cidadão espanhol Mario Costeja Gonzáles buscou a remoção de informações pessoais relacionadas a uma dívida com a previdência social espanhola que já havia sido quitada. A Corte Europeia reconheceu a responsabilidade da plataforma Google pelo processamento de dados pessoais exibidos nos resultados da busca e entendeu que o direito ao esquecimento deveria prevalecer sobre o direito do público conhecer e ter fácil acesso à informação.

3. ANÁLISE COMPARATIVA

Os casos analisados demonstram a busca por um equilíbrio entre a liberdade de imprensa e o direito à privacidade. O Tribunal de Justiça da União Europeia e o STJ, em seus respectivos casos, ponderaram os interesses em jogo, levando em consideração os direitos de personalidade e a natureza pública ou privada das informações em questão.

Em ambos os casos brasileiros, o STJ resguardou o direito à privacidade quando a informação era de natureza privada e a divulgação atingia o direito de personalidade, como no caso da Chacina da Candelária. No caso Aida Curi, contudo, entendeu-se que, devido à notoriedade histórica do caso, a imprensa não poderia retratá-lo sem mencionar a vítima.

Similarmente, no caso Costeja vs. Google Spain, o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou a natureza privada da informação e o impacto sobre a privacidade do autor, concluindo que o direito ao esquecimento prevalecia sobre o interesse público em ter acesso à informação.

As divergências entre os casos podem ser resumidas na natureza da informação divulgada e no meio de divulgação. Enquanto o caso Aida Curi envolvia a divulgação de um evento histórico de grande repercussão na televisão, o caso da Chacina da Candelária e o caso Costeja envolviam a divulgação de informações pessoais, respectivamente, na televisão e na internet.

4. CONCLUSÃO

Os casos analisados demonstram a complexidade em equilibrar o direito à privacidade com a liberdade de imprensa e o interesse público na era digital. O direito ao esquecimento, enquanto instrumento jurídico, evidencia a necessidade de proteger os indivíduos contra a divulgação indevida de informações pessoais, sem, contudo, impedir a livre circulação de informações de interesse público. Deste modo, a análise comparativa desses casos contribui para um melhor entendimento de como esses direitos podem ser conciliados.

Assim, torna-se evidente que, na avaliação da aplicabilidade do direito ao esquecimento, é essencial levar em consideração a natureza da informação e o impacto de sua divulgação na vida dos envolvidos. Cada caso deve ser analisado de forma individualizada, considerando-se a especificidade dos fatos e a ponderação dos direitos fundamentais em conflito. Superior Tribunal de Justiça. (2012). Recurso Especial nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, Brasil.

5. REFERÊNCIAS

Gomes, O. (2013). O direito ao esquecimento e a liberdade de expressão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, 1(1), 59-85.

Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González (2014). *European Court reports*. 2014:0131.

Mayer-Schönberger, V. (2009). *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*. Princeton University Press.

Pinto, R. C., & Pimenta, P. H. (2014). Direito ao esquecimento: uma análise sob a ótica do direito à privacidade. *Revista Jurídica Cesumar*, 14(1), 45-66.

Roosendaal, A. (2011). Facebook and the Unavoidability of Data Protection Law. *International Data Privacy Law*, 1(2), 85-90.

Rosen, J. (2012). The Right to Be Forgotten. *Stanford Law Review Online*, 64, 88.

Salomão, L. F. (2013). O direito ao esquecimento na sociedade da informação. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, 1(1), 125-135.

Superior Tribunal de Justiça. (2012). Recurso Especial nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, Brasil.

Superior Tribunal de Justiça. (2012). Recurso Especial nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, Brasil.

Tribunal de Justiça da União Europeia. (2014). Caso C-131/12: Google Spain SL e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González. Luxemburgo, Luxemburgo.

HERANÇA DIGITAL - EXPECTATIVAS

GILCELHA ADRIANA MARCHINI:
graduanda em Direito pela Universidade
Brasil³⁵¹.

RESUMO: O presente trabalho surgiu a partir do interesse em descobrir o que ocorre com os documentos digitais produzidos, adquiridos ou postados por indivíduos na internet após a sua morte. O desconhecimento sobre o assunto por parte da sociedade em geral, negligência a importância do destino destes arquivos. Esta pesquisa se propõe a conceituar a herança digital e sua importância, no âmbito social e no Direito Sucessório, visto que há um crescente aumento de bens digitais no acervo patrimonial dos brasileiros, e no entanto, não há norma nacional que discipline a sucessão desses bens. A herança digital é um tema de grande relevância e sua necessidade de regulamentação enfrenta paradigmas antigos que, apenas nos últimos anos, dentro da era da revolução tecnológica e digital, passaram a ser discutidos. Para tanto, este trata-se de um estudo exploratório, uma vez que buscou examinar um tema pouco estudado, sobre o qual existem poucas abordagens. Assim, foi realizada pesquisa bibliográfica e documental, tendo como base material já publicado sobre o assunto, a partir da legislação, doutrinas, artigos científicos e websites.

Palavras-chave: Redes Sociais; Herança Digital; Direito Sucessório.

1 INTRODUÇÃO

A evolução tecnológica tem se mostrado ao longo da história cada vez mais essencial à humanidade. Através do desenvolvimento de ferramentas que facilita nosso dia a dia, traz soluções mais eficientes, promovendo resultados assertivos.

A internet é hoje os instrumentos mais poderoso, fruto da tecnologia, na interação entre pessoas, permitindo o compartilhamento instantâneo de dados entre dispositivos, reduzindo a distância e acelerando os processos em rede, podendo ser utilizada para lazer, trabalho e estudo, garantindo maior comodidade, otimizar o trabalho e economizar tempo ao indivíduo que fizer uso de plataformas digitais.

As plataformas de Redes Sociais, como Whatsapp, Youtube, Facebook, Instagram, TikTok, Twitter, entre outros, permitem aos usuários criarem perfis, publicar conteúdo, promovendo um alcance gigantesco com outros usuários, tornando mais fácil, ágil e rentável a rotina da sociedade.

351 E-mail: adrianamarchini.hbl@hotmail.com

A pandemia da Covid-19, nos anos de 2020 a 2023, intensificaram os hábitos digitais das pessoas em todo o mundo, possibilitando a continuidade empresariais como o home office, atividades educacionais no formato remoto, comércio de vendas online, saúde com teleconsultas, etc., abrindo fronteiras para as mais variadas formas de comércio eletrônico aferindo ganhos expressivos.

Dentro das plataformas digitais, as pessoas produzem conteúdos com diversas finalidades:

- a) Estabelecem contatos pessoais, podendo ser relações de amizade e namoro;
- b) Realizam networking, compartilham e buscam conhecimentos profissionais;
- c) Compartilham imagens e vídeos;
- d) Buscam informações sobre temas variados;
- e) Divulgam produtos e serviços para compra e venda;
- f) Jogos, etc...

De perfil em rede social à ativos virtuais, sendo este último, todos os recursos que geram valor monetário e que são gerenciados no universo eletrônico, como criptomoedas, ações financeiras, milhas aéreas e NFTs, geram um conjunto de bens, direitos econômicos e extrapatrimoniais aos usuários, denominado patrimônio digital.

Diante deste cenário, instiga-nos saber o que acontece com os bens digitais do usuário, quando este vier a falecer. Sendo esta, uma questão que necessita ser analisada, pois envolve muitos interesses, como os dos familiares, do próprio falecido ainda em vida, de terceiros e das plataformas digitais.

Os bens digitais, classificam-se em bens econômicos, de caráter patrimonial e os bens sem valor econômico, porém, de valor sentimental, ligado à personalidade e a existência de seu titular.

A partir desse reconhecimento sobre os bens digitais, é que emerge a grande problemática, de como o Direito abarca este assunto.

Após a morte de um ente querido, os familiares estão buscando o direito de herdar os bens digitais e ainda, manter ativa as redes sociais da pessoa falecida.

Razão pela qual, inúmeros litígios acerca dos ativos digitais começaram a ser ajuizados no Poder Judiciário.

Entretanto, constatou-se que a legislação existente é insuficiente para a temática, sendo necessária a aplicação de fontes integrativas do Direito.

O Direito Civil precisa moldar-se às novas realidades criadas pelo mundo digitalizado, que agora já está presente na vida de cada pessoa que porte um celular ou um aparelho que possa estar conectado à rede.

2 REVISÃO DE LITERATURA

A internet transformou radicalmente as relações humanas ao viabilizar o compartilhamento de informações em grande escala. O aumento exponencial das redes sociais e das ferramentas de comunicação instantânea, comprova a digitalização das relações humanas, como resultado, a internet deixou de ser um local meramente de interação entre indivíduos, se transformando em meios de acumulação de patrimônio, consequentemente inferindo manifestação do instituto jurídico da herança digital.

O patrimônio digital é o conjunto de tudo o que constituem os bens digitais e podem ser configurados como todos aqueles conteúdos constantes na internet, passíveis ou não de valoração econômica, que proporcionem alguma relevância para o seu titular e devem os bens digitais ser passíveis de transmissão sucessória após a morte de seu titular.

Com base em doutrinas, expõe-se sobre a definição dos bens digitais. Veja-se: “[...] Estes seriam aqueles bens incorpóreos, os quais são progressivamente inseridos na Internet por um usuário, consistindo em informações de caráter pessoal que trazem alguma utilidade àquele, tenha ou não conteúdo econômico.” (ZAMPIER, 2021, p. 63-64) “[...] bens digitais são bens imateriais representados por instruções codificadas e organizadas virtualmente com a utilização de linguagem informática, armazenados em forma digital, seja no dispositivo do próprio usuário ou em servidores externos como no caso de armazenamento em nuvem, por exemplo, cuja interpretação e reprodução se opera por meio de dispositivos informáticos (computadores, tablets, smartphones dentre outros), que poderão estar ou não armazenado no dispositivo de seu próprio titular, ou transmitidos entre usuários de um dispositivo para outro, acesso via download de servidores ou digitalmente na rede, e podem se apresentar ao usuário.” (FACHIN; PINHEIRO, 2018 apud TEIXEIRA; KONDER, 2021, p. 28)

Com o falecimento do titular de algum desses bens digitais, emergem inúmeras dúvidas quanto ao destino das informações e do patrimônio em si, tanto por representarem um valor sentimental do ente falecido, quanto por muitas vezes expressarem um valor econômico.

A morte de pessoas famosas, principalmente do meio artístico, pode acarretar um maior acesso a redes sociais destes, e diante da possibilidade de monetização da conta,

pode gerar um incremento patrimonial relevante, ressaltando a importância de se debater sobre o tema herança digital.

A expressividade econômica no patrimônio digital dos indivíduos, ressalta a relevância e urgência em disciplinar a herança digital.

Sendo assim, qual é o destino de todo o patrimônio digital?

Em consonância com Prinzler (2015, p. 49) “a herança digital de um indivíduo carrega os traços de sua personalidade que demonstram quem foi o autor da herança, descreve algumas de suas características pessoais e profissionais e, em determinados casos, revelam até mesmo o motivo de sua morte”.

Essas questões dividem opiniões entre especialistas em direito sucessório e o próprio sistema judiciário, que diante da falta de legislação, não entram em consenso sobre como proceder em casos do tipo.

Devido a importância e a velocidade em que os meios digitais altera as relações interpessoais, a Lei 12.965/2014 ou Marco Civil da Internet, foi elaborada com o intuito de estabelecer princípios, garantias, assim como direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

Porém, destaca-se que não há disposição legal que discorra exatamente acerca da privacidade das redes sociais do de cujus. É importante salientar que, apesar do falecimento do usuário, as contas nas redes sociais permanecem ativas.

Devido a isso, as empresas fornecedoras do serviço são aquelas que possui em suas diretrizes os caminhos a serem tomados devido a lacuna legislativa nesse ponto, não possibilitando um devido amparo aos sucessores e que necessitam de uma efetiva tutela estatal.

A herança digital tem despertado o interesse do Poder Legislativo, assim como do Direito Sucessório, visto que é necessário garantir o direito à herança como disposto na Constituição Federal, além de preservar o direito à privacidade e intimidade do falecido.

Afim de suprir a lacuna existente na legislação e dar segurança jurídica ao tema herança digital, vários projetos de lei, vem sendo elaborados.

Em 10/02/2021, foi apresentado o Projeto de Lei nº 410/2021 pelo Deputado Carlos Bezerra, com o objetivo de dispor sobre a destinação das contas de internet após a morte de seu titular.

O projeto prevê a modificação do Marco Civil da Internet para que os provedores de aplicações excluam as contas de usuários brasileiros falecidos em seguida à comprovação do óbito, que poderá ser feito pelo cônjuge, companheiro ou parente maior de idade na linha reta ou colateral até segundo grau,

Não se limitando a exclusão das contas, os provedores de aplicações de internet devem manter os dados e registros pelo prazo de dois anos a partir da data do falecimento, salvo se a autoridade policial ou o Ministério Público pleitear a guarda de tais informações por meio de requerimento cautelar.

Outro projeto de lei em trâmite na Câmara dos Deputados sobre herança digital é o de nº 1144/21, apresentado pela Deputada Renata Abreu. O projeto de lei busca regulamentar a chamada herança digital no Direito Civil brasileiro.

Com alterações no Código Civil e no Marco Civil da internet, a PL busca definir quem tem direito a recorrer em ações de danos morais contra a imagem de pessoas falecidas, passa a incluir os bens digitais na herança e garante a possibilidade de que conteúdos sejam removidos após a morte.

O PL 1144/2021, sugere a alteração dos parágrafos únicos dos artigos 12 e 20 do Código Civil, para incluir “qualquer pessoa com legítimo interesse” como legitimado para requerer a tutela post mortem de direitos da personalidade, inclusive por meio da exclusão da conta da pessoa falecida, igualando o rol dos dois dispositivos.

Prevê que integram a herança os conteúdos e dados pessoais inseridos na internet que possuam natureza econômica, inclusive os perfis de redes sociais utilizados para fins econômicos, desde que a transmissão seja compatível com os termos do contrato. Exclui da herança o conteúdo de mensagens privadas, exceto se utilizadas com finalidade exclusivamente econômica.

Estabelece que os provedores de aplicações devem excluir as contas públicas de usuários mortos, mediante comprovação do óbito, exceto se houver previsão contratual em sentido contrário e manifestação do titular dos dados pela manutenção da conta após a morte, ou no caso de perfis em redes sociais com finalidade econômica.

Determina ainda que, na hipótese de manutenção da conta ativa, o responsável pelo gerenciamento não poderá alterar o conteúdo inserido pelo titular de mensagens privadas, exceto aquelas com finalidade econômica.

Prevê o dever dos provedores de aplicações, a manutenção dos dados e registros pelo prazo de 1 (um) ano a partir da data do óbito, no caso de exclusão da conta, ressalvado o requerimento em sentido contrário.

Há ainda, outros Projetos de Leis mais recentes como de nº 1.689/2021 da deputada Alê Silva, que propõe abordar regras sobre herança digital no Código Civil e na Lei de Direitos Autorais, e o de nº 365/2022 de autoria do senador Confúcio Moura, que busca também regulamentar o tema.

Entretanto, um dos grandes problemas é acerca do direito à privacidade do indivíduo na Internet, uma vez que ele é um direito da personalidade, assim como o direito à honra, ao nome e a imagem.

Portanto, o Direito à privacidade é vitalício e inviolável, diretamente interligado à vida privada do ser humano. Contudo com tamanha exposição, muitas vezes produto do próprio desejo ao tornar público as mais diversas informações pessoais, cria-se a discussão acerca da sucessão dos dados pertencentes as contas do de cujus, bem como o acesso ao seu perfil nas redes sociais.

A inviolabilidade do sigilo das comunicações é resguardada pelo artigo 5º, XII, da CF, que dispõe que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

O artigo 7º do Marco Civil da Internet, em seus incisos II e III, também assegura aos usuários a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, inclusive das comunicações privadas armazenadas.

Entende-se que o usuário titular é quem cabe decidir, no exercício da sua autodeterminação, quanto ao destino desses bens e interesses após a sua morte, respeitada a esfera jurídica de terceiros.

Silva Santos e Castiglioni (2019) tratam de forma mais pontual a legislação e a herança digital, a qual não faz parte da legislação, então por sua vez entendem que: A herança é uma garantia constitucional garantida a todos, sendo o conjunto de bens deixados pelo de cujus, que será transmitido aos herdeiros necessários, testamentários, e se houver os legatários. De tal modo, a herança digital é o conjunto de informações acerca de um usuário, que se encontra em rede digital. [...] É através do testamento (meio hábil) que se pode transmitir os bens digitais, visto que o ordenamento atual, é ausente de legislação pertinente. De modo que, quando estes bens estão assegurados em testamento, há a obrigação de transferi-los aos herdeiros, exceto as plataformas que tragam cláusula proibitiva de transferência. Contudo a legislação brasileira não apresenta entrave para a inclusão de bens digitais em testamentos. Entende-se até, que o legislador ao incluir o

conceito de bem móvel às energias que tenham valor econômico, estaria abarcando os arquivos digitais de computadores (SILVA SANTOS; CASTIGLIONI, 2019).

Entende-se, portanto, que o testamento virtual é o meio recomendado para que o autor da herança manifeste sua vontade sobre o destino dos bens digitais, que é necessária a proteção póstuma dos direitos personalíssimos e por essa razão, não se deve admitir a transferência irrestrita dos bens digitais. Constatou-se, ainda, que o Judiciário nacional se posicionou divergentemente quando chamado a solucionar controvérsias semelhantes. Assim, conclui-se pela existência de insegurança jurídica.

Porém, o problema persiste, visto que não é um costume das pessoas registrarem seus últimos desejos por meio de testamento, gerando um contratempo para seus sucessores, pois estes diante da ausência da lei deverão recorrer ao Judiciário, tanto para terem acesso aos bens armazenados como também para manter e administrar as contas em rede do de cujus.

Em 2017, foi julgado em primeira instância, na comarca de Pompeu-MG, caso no qual a mãe buscava acesso às fotos da Apple da filha falecida, sendo necessária, por isso, acesso ao seu ID Apple.

O Juiz indeferiu a possibilidade de acesso a tais informações pois elas revelariam não apenas os dados da filha, mas também as de terceiros com os quais ela mantinha contato, contrariando a LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados.

Além disso, julgou insuficiente o fundamento para o pedido da mãe, de ordem pessoal (guardar suas lembranças fotos e vídeos da filha), frente à quebra da privacidade de terceiros e da filha, que não havia expressado seu consentimento nesse sentido.

Um dos casos mais recentes foi decidido pelo TJSP e tratou do objeto da herança digital, ao definir o que pode ou não transmitir aos herdeiros, ante o pleito de uma mãe para ter acesso à conta da filha falecida da plataforma Facebook.

Trata-se da Ap.1119688-66.2019.8.26.0100, 31ª Cam. Dir. PRiv.Rel. Des. Francisco Casconi, julg. 09/03/2021.

Os argumentos da mãe baseavam-se no fato de que ela utilizava o perfil da filha após seu falecimento para interagir com amigos, familiares e recordar fatos vividos. No entanto, o perfil foi excluído de repente, de forma injustificada. Foram várias tentativas administrativas em descobrir sobre os motivos da exclusão e como não obteve sucesso, ajuizou a referida ação, com o objetivo de ter acesso aos dados da conta da filha, saber as razões geradoras da exclusão do perfil, bem como condenação da plataforma por danos morais.

Entretanto, o TJSP entendeu que a conduta do Facebook não foi abusiva, já que seus Termos de Uso e Serviços possibilitam ao usuário a possibilidade de optar pela exclusão da conta ou, em se mantendo o perfil, indicar um contato herdeiro para a manutenção ou transformar a conta em memorial. A mãe, no entanto, não constava como contato herdeiro da filha e mesmo que tivesse sido, não teria acesso a mensagens privadas ou a logar na conta do seu perfil, como se fosse a usuária falecida.

A decisão se baseia no argumento de que devem prevalecer as opções sobre o destino da conta feita pelo usuário em vida, na própria plataforma ou em outro instrumento logístico, razão pela qual não teria sido arbitrária a exclusão do perfil.

Como no caso, a usuária não manifestou sua vontade, prevalecem os termos de uso e serviço da plataforma Facebook, quando coerentes com o ordenamento jurídico. Por isso, a plataforma não teria agido de forma ilícita.

Entende-se que não se transmite segundo as regras do direito sucessório os dados do perfil da pessoa falecida, ante a ausência de seu conteúdo patrimonial.

A herança digital é uma questão emergente no direito sucessório, com muitos desdobramentos, em função da velocidade com que se criam perfis pessoais e se monetizam bens digitais, e necessita uma legislação fundamentada em opiniões dos juristas e especialistas em Direito das Famílias e Sucessões, evitando que seja aprovada uma legislação que não atenda aos anseios da sociedade atual.

O tema herança digital envolve muitas expectativas, devido à várias particularidades que o envolve. Por isso, matérias como essa são importantes para que o assunto seja debatido e para que mais pessoas tomem consciência de que é preciso tomar as rédeas do futuro sobre os próprios ativos digitais.

3 CONCLUSÃO

O presente estudo possui relevância social, diante da perspectiva do leitor em entender o conceito de herança digital, pois se trata de instituto recente e que apresenta crescimento acelerado na sociedade.

É um tema que, mais cedo ou mais tarde, cada um de nós terá que se ocupar em como disciplinar, em vida, o patrimônio digital que deixaremos.

Da mesma forma como o patrimônio acumulado em vida recebe atenção quanto ao seu destino após a morte, o patrimônio virtual também precisa ser pensado e planejado.

No âmbito jurídico, a herança digital deve ser minuciosamente estudada e incorporada ao direito sucessório brasileiro, buscando sanar o conflito direto com o direito da privacidade, da imagem e de outros direitos da personalidade do falecido.

Com isso, se mostra vital a necessidade de legislação específica para regulamentar o instituto e trazer segurança à sociedade.

Enquanto essa previsão legal específica não se concretiza, a alternativa é continuar usando as regras gerais sobre herança contidas no Código Civil Brasileiro, com respaldo, nos posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários sobre o tema.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código civil (2002). **Código civil**. 21. ed. Sao Paulo: Rideel, 2015.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 1. 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

PRINZLER, Yuri. Herança Digital: Novo marco no Direito das Sucessões. 2015. 74 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em:
https://www.academia.edu/19019650/Heran%C3%A7a_Digital_Novo_Marco_no_Direito_das_Sucess%C3%B5es. Acesso em: 11/09/2022.

SILVA SANTOS, Everton; CASTIGLIONI, Gomes da Silva Tamires. (2019). Herança digital: a transmissão de bens virtual. Revista de direito, Governança e Novas Tecnologias.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. O enquadramento dos bens digitais sob o perfil funcional das situações jurídicas. Herança digital: controvérsias e alternativas. Editora: Foco, 2021.

ZAMPIER, Bruno. Bens digitais: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais. 2. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/heranca-digital-as-redes-sociais-e-sua-protecao-pelo-direito-sucessorio-brasileiro/>. Acesso em 28/08/2022.

<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2270016>. Acesso em: 20/08/2022.

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2275941>. Acesso em: 20/08/2022.

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2280308>. Acessado em: 01/05/2023.

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229552>.
Acessado em: 01/05/2023.

<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/57859/herana-digital-no-brasil-e-suas-perspectivas>. Acesso em 12/10/2022.

<https://ibdfam.org.br/noticias/8453/Projeto+de+lei+apresentado+na+Câmara+busca+regulamentar+herança+digital%3B+autora+da+proposta+e+especialistas>. Acesso em 18/09/2022.

<https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/5038/pdf>. Acesso em 11/09/2022.

<https://jus.com.br/artigos/96082/consideracoes-acerca-da-heranca-digital-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 10/09/2022.

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1188147291/inteiro-teor-1188147434>
Acesso em 30/10/2022.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 30/10/2022.

<https://www.todamateria.com.br/redes-sociais/> Acesso em 19/09/2022.

A DEFENSORIA PÚBLICA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

RAFAEL PERINAZZO:

bacharelado em direito pela universidade de Gurupi-Unirg³⁵².

KARITA BARROS LUSTOSA³⁵³

(orientadora)

RESUMO: Este trabalho visa demonstrar a importância do acesso à justiça na sociedade moderna, e a Ouvidoria como o principal meio para alcançá-lo. O acesso à justiça é uma garantia constitucional, entretanto, sua efetiva implementação ainda é incipiente na sociedade contemporânea. Notadamente, a função da Defensoria Pública é facilitar o acesso de mais pessoas à Justiça, tendo como função precípua a orientação jurídica e a defesa dos necessitados, em todos os níveis, em decorrência disso, é parte significativa da tríade jurídica, e tem desempenhado importante papel na facilitação do acesso à justiça dos menos favorecidos, com isso, o Brasil seguirá avançando, rumo a uma sistema igualitário de acesso à justiça e, conseqüentemente, protegendo os interesses e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Defensoria Pública; Estado; Acesso à justiça.

1. INTRODUÇÃO

O Estado é responsável por criar essas políticas por meio de programas sociais que promovam um ambiente de vida digno para todas as classes da sociedade. Porém, sozinho, não é capaz de implementar essa política. Por isso, a necessidade de superação dos conceitos neoliberais e estatistas, o conceito de atuação conjunta entre Estado, mercado e sociedade civil se faz necessário, em que representantes dessas três esferas discutam suas propostas, e a seguir apresentem soluções.

Esta pesquisa, sem pretender abarcar todos os aspectos, procura esclarecer algumas pontuações acerca da Defensoria Pública no Brasil, incluindo sua importância como instituição concretizadora do direito fundamental de acesso à justiça, bem como sua importância no processo de inclusão social, num modelo de Estado que se pretende legítimo e democrático, mas que simultaneamente existe numa profunda clivagem social entre quem tem e quem quer ter, entre quem é e quem quer ser, entre quem pode e quem

352 E-mail: rafaelperinazzo@gmail.com

353 professora da universidade de Gurupi-Unirg. E-mail: karitablustosa@unirg.edu.br

quer governar.

Diante da constatação da distância existente entre o discurso formal e a realidade social, optou-se por colocar a Defensoria Pública como um instrumento essencial para a inclusão social, pois um Estado democrático deve abordar a questão da mitigação das desigualdades sociais, que é exigida pelo direito fundamental de acesso à justiça, aqui representada pela assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública.

Assim, justifica-se o estudo na temática, levando-se em conta que a Defensoria Pública deve ser respeitada como um instrumento transformador da sociedade, portanto, conclui-se que a Defensoria Pública é um instrumento de extrema importância e valor na proteção dos direitos dos cidadãos, este, por sua vez, resulta no acesso à justiça. Sem esta instituição, o princípio do acesso à justiça e seus princípios associados seriam meramente teóricos.

Dessa forma, a atuação da Defensoria Pública é fundamental para a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça, pois o cidadão procura tal instituição quando busca judicializar uma questão, mas em muitos casos também busca ser informado. Eles também são mais propensos a buscar soluções não legais para conflitos.

A pesquisa apresenta alguns questionamentos que se apresentam com relevância: Como se dá a atuação da defensoria pública na sociedade? Esta é a base do estudo, razão pela qual é intitulado como tal aborda o objetivo geral de compreender o significado da Defensoria Pública em meio aos acontecimentos dinâmicos inerentes à luta pela efetivação legal da assistência a um grupo social, através de uma metodologia bibliográfica, descritiva, explorativa e qualitativa.

É por isso que se reconhece o direito fundamental à Defensoria Pública, fundamentado no direito originário às prestações, que conferiu ao cidadão a capacidade de exigir do Estado a garantia constitucional de assistência jurídica aos necessitados e acesso à justiça, por meio da criação de um órgão dirigido pelas defensorias públicas estaduais e federais.

2. O ACESSO À JUSTIÇA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 consagrou o acesso à justiça como um dos princípios fundamentais da República, ao lado da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da soberania e da separação dos poderes. Além disso, o artigo 5º, inciso LXXIV, prevê a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Assim, o pode ser considerado um direito fundamental do cidadão, garantido pela Constituição Federal de 1988. De acordo com o artigo 5º, inciso XXXV, que dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Dessa forma, qualquer pessoa pode buscar a proteção do Judiciário para ter seus direitos reconhecidos e garantidos. (BRASIL, 1988) Segundo SÁ (2022, p. 20):

Com o passar do tempo, o conceito de acesso à justiça se transformou e esse princípio está endossado no cânone da Constituição Federal, no artigo 5º XXXV: “A lei não excluirá o poder judiciário de lesão ou ameaça a direitos”. Este mandamento implica a possibilidade de todos, sem exceção, serem Justiça, cujo propósito é buscar uma comunidade mais justa, igualitária e democrática. Em outras palavras, o acesso à justiça ajuda a estabelecer os dois objetivos do sistema jurídico, a saber: em primeiro lugar, tornar o acesso à justiça acessível a todos para que seja possível ter suas demandas resolvidas com o respaldo da lei status; e segundo, produzir resultados justos de uma perspectiva social.

Dessa forma, é considerado é um princípio que garante a todos o direito de buscar a tutela jurisdicional para a defesa de seus direitos. Isso significa que qualquer pessoa, independentemente de sua condição econômica, social ou cultural, tem o direito de recorrer ao Poder Judiciário para a resolução de conflitos.

Nesse sentido, visa ter por objetivo garantir que toda pessoa tenha o direito de acionar o Judiciário, independentemente de sua condição social, econômica ou cultural. Ele é fundamental para a efetividade dos direitos fundamentais, uma vez que a sua negação pode significar a negação do próprio direito. Discorre MACHADO e SOUZA (2022 p. 172):

O contexto organizacional do Estado brasileiro favorece A possibilidade de acesso democrático à justiça, entendendo os fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em termos de Estado Democrático de Direito, e entendendo como deve ser tratada a efetividade da responsabilidade pública. [...] a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se dedica a amparar o acesso à justiça em diversos aspectos e elementos de seu ensino. Inicialmente, ao tratar dos princípios do Estado Democrático de Direito, o texto constitucional dialogava com a necessidade de o Estado se comprometer com a “justiça social” e a necessidade da legalidade como espinha dorsal desse Estado.

Contudo, não se restringe somente ao acesso ao Judiciário. Ele envolve também a efetividade da justiça, a igualdade perante a lei, o direito à informação, o direito à

assistência jurídica, o direito ao contraditório e à ampla defesa, entre outros. Para PAROSKI (2006, p. 240):

O acesso à justiça é considerado um direito fundamental, garantido pela Constituição da República, que extrapola os limites estreitos da possibilidade de reclamação perante o judiciário, devendo ser encarado como o direito à aquisição dos direitos previstos na norma substantiva e ordem jurídica processual, assegurar quem tem o direito de entregar com eficiência bens jurídicos tutelados ao menor custo e prazo possível.

O acesso à justiça, portanto, é um dos pilares do Estado Democrático de Direito e deve ser garantido pelo Estado, por meio de políticas públicas que visem a sua efetividade. É necessário que sejam criados mecanismos que facilitem o acesso dos cidadãos à Justiça, como a ampliação da assistência jurídica gratuita, a informatização dos tribunais, a criação de varas especializadas e a melhoria da estrutura física dos fóruns e tribunais.

Diante desses desafios, é fundamental que sejam adotadas medidas para garantir um acesso à justiça mais efetivo e igualitário, como a criação de políticas públicas para a ampliação do acesso à informação jurídica, o fortalecimento das Defensorias Públicas e a modernização do Poder Judiciário para a redução da morosidade processual.

A Constituição Federal de 1988 prevê diversas garantias para o acesso à justiça. Dentre elas, podemos citar o direito à assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (artigo 5º, inciso LXXIV), a possibilidade de acesso aos tribunais superiores em caso de lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, inciso XXXVIII) e a criação de juizados especiais para a solução de causas de menor complexidade e de menor valor (artigo 98).

Em suma, é um princípio fundamental para a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos e deve ser assegurado pelo Estado de forma efetiva e igualitária. A implementação de políticas públicas para aprimorar o acesso à justiça é uma medida indispensável para a construção de uma sociedade mais justa e democrática.

3. DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA E SUA RELAÇÃO DIRETA COM O ACESSO À JUSTIÇA

No mesmo sentido do capítulo acima, a assistência jurídica é um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988 e consiste na possibilidade de toda pessoa buscar a tutela jurisdicional do Estado para solucionar conflitos e garantir seus direitos. No entanto, esse acesso não é garantido somente pela existência do Poder

Judiciário, sendo necessário o acesso para a efetivação desse direito. No entendimento de Silva (p. 606):

A assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos vem configurada, relevantemente, como direito individual no art. 5º, LXXIV. Sua eficácia e efetiva aplicação, como outras prestações estatais, constituirão um meio de realizar o princípio da igualização das condições dos desiguais perante a Justiça.

Analisando a abrangência do Brasil, o atual ordenamento jurídico vigente inclui um esboço de estatutos com base na Constituição Federal de 1988 que visam garantir o acesso justo e igualitário à jurisdição de forma a proporcionar a todos, independentemente de sua situação financeira, a oportunidade de ver até sua necessidades são discutidas para tomar decisões valiosas (HERTZ, 2018)

Além disso, a assistência jurídica é um serviço prestado por advogados, defensores públicos e outras entidades que buscam garantir o acesso à justiça para pessoas que não têm condições financeiras para arcar com os custos de uma ação judicial. Como dito acima, esse serviço é previsto na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LXXIV, que garante o acesso à assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Nas palavras de PIOVESAN (2022, p. 466) A assistência judiciária é um importante mecanismo de inclusão social, garantindo o acesso à Justiça para os mais necessitados e contribuindo para a efetivação dos direitos fundamentais.

Dessa forma, a assistência jurídica é um importante instrumento para a efetivação do acesso à justiça, uma vez que permite que pessoas em situação de vulnerabilidade econômica possam ter acesso ao sistema de justiça e buscar a proteção de seus direitos. Segundo SÁ (2022, p. 24):

Assim, a assistência jurídica é essencial a fim de que as pessoas tenham a chance de defender seus direitos e buscar que sejam efetivados da forma mais justa e adequada possível. O Brasil caracteriza-se por um Estado Democrático de Direito. Por isso, é inegável a importância apresentada por este princípio aqui desenvolvido, uma vez que é este princípio que enseja a possibilidade de os cidadãos usufruírem de outros direitos fundamentais, de tal modo que não são apenas concretizados, mas também não garantidos.

Além disso, a assistência jurídica também pode contribuir para a prevenção de conflitos, uma vez que permite que as pessoas conheçam seus direitos e saibam como agir em determinadas situações.

Apesar da importância da assistência jurídica para o acesso à justiça, é importante ressaltar que o serviço ainda é insuficiente para atender todas as demandas existentes. Muitas vezes, as pessoas que precisam da assistência jurídica enfrentam longas filas de espera, o que pode dificultar o acesso à justiça e a efetivação de seus direitos. Nesse sentido, comenta o Oliveira (2015, p.264-265):

O acesso à justiça está intimamente ligado ao regime democrático, na medida em que se inseriu na Constituição Federal o direito fundamental de o Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, inciso LXXIV). O direito fundamental referido tem íntima relação com a Defensoria Pública, tendo em vista ser esta a instituição que vai garantir o acesso à justiça da população carente. Outrossim, sem a Defensoria Pública, autônoma, de nada valerão os direitos fundamentais dos assistidos.

Além disso, é comum que os serviços de assistência jurídica gratuita sejam prestados de forma precária, o que pode prejudicar a qualidade da defesa e a proteção dos direitos das pessoas que necessitam do serviço. É imediatamente observável que poucas Defensorias Públicas, atingem o nível de atuação do modelo previsto na Constituição Federal, mesmo em Casos de instituições ativas e ativas, que também apresentam dificuldades problemas operacionais que surgem, assim como outros problemas, principalmente por falta de recursos e as condições materiais em que opera. (SÁ, 2022)

Nesse sentido, Alves (2006. p.353) analisa acerca da falta de investimentos por parte do Estado:

Falta de investimentos adequados e necessários para o pleno funcionamento das Defensorias, sobretudo, o tratamento desigual e discriminatório conferido à instituição em confronto com as demais carreiras jurídicas; também é grave a sobrecarga de trabalho resultante da existência de uma demanda muito superior à capacidade dos órgãos de atuação; outrossim, deve ser consignado o problema relativo às precárias condições de funcionamento, visto que não raro as Defensorias estão instaladas em locais insalubres, não possuem equipamentos e mobiliário necessários às suas

atividades, não contam com quadro de pessoal de apoio, além da falta de Defensores Públicos em quantitativo suficiente; esse quadro gera uma sensação dramática de falta de qualidade na prestação de serviços, sobretudo na perspectiva do cliente, que muitas vezes tem que esperar horas para ser atendido; isto é uma realidade, em que pese a reconhecida qualidade técnica das intervenções processuais dos Defensores Públicos, fato que é sistematicamente reconhecido pelos integrantes das demais profissões jurídicas.

As dificuldades de acesso à justiça não se limitam aos aspectos internos do sistema nacional de resolução de litígios ou de garantia do exercício de direitos, o chamado sistema processual, mas também têm origem externa, com muitos fatores extraprocessuais afetando negativamente a realização da garantia do pleno gozo dos direitos, especialmente o objetivo da justiça. (PAROSKI, 2006)

No entanto, é importante ressaltar que o acesso à justiça não se limita à assistência jurídica gratuita. Ele envolve a garantia de meios efetivos para que todas as pessoas possam exercer seus direitos e reivindicar seus interesses, independentemente de sua condição financeira, social ou cultural. Dessa forma, é fundamental que haja uma política pública de acesso à justiça que garanta o acesso de todos à justiça de forma igualitária e efetiva. É nesse sentido que se pontua o Ministro Celso de Mello, no trecho do acórdão do STF abaixo:

É preciso reconhecer, desse modo, que assiste a toda e qualquer pessoa – especialmente quando se tratar da daquelas que nada têm e tudo necessitam - uma prerrogativa básica que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades. Torna-se imperioso proclamar [...] que toda pessoa tem direito a ter direitos, assistindo-lhe, nesse contexto, a prerrogativa de ver tais direitos efetivamente implementados em seu benefício, o que põe em evidência – cuidando-se de pessoas necessitadas (CF, art. 5º, LXXIV) – a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública. (BRASIL, 2018, Grifei)

Por fim, é necessário destacar que o acesso à justiça é um princípio fundamental para a efetivação de uma sociedade justa e igualitária. É preciso que o Estado e a sociedade estejam comprometidos com a sua promoção e garantia, por meio de políticas públicas e instituições como a Defensoria Pública, para que todos possam exercer seus direitos e reivindicar seus interesses de forma efetiva.

4. A DEFENSORIA PÚBLICA COMO DIREITO DE ACESSO A JUSTIÇA

No Brasil, portanto, a assistência jurídica integral e gratuita está elencada como uma garantia de direitos fundamentais, cujo exercício é atribuído à Defensoria Pública como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, nos termos do art. 134, da Constituição Federal de 1988. (PENHA; SILVEIRA, 2022, p. 7)

Como já foi visto, um grande obstáculo para a efetiva democratização dos direitos e da cidadania é o efetivo acesso à justiça, dadas as flagrantes desigualdades sociais do país. Nesse sentido, a Constituição de 1988 instituiu a Defensoria Pública como instituição fundamental da atividade judiciária do Estado. (SÁ, 2022)

Além disso, a Defensoria Pública também tem um papel importante na garantia dos direitos sociais, como o direito à saúde, à educação, à moradia, entre outros. Esses direitos, muitas vezes, são negados ou violados pelo Estado, o que gera uma série de demandas judiciais por parte da população. Nesse contexto, a atuação da Defensoria Pública é essencial para a garantia desses direitos e para a responsabilização do Estado por eventuais violações.

Outro ponto relevante é que a Defensoria Pública também atua na promoção da solução pacífica de conflitos, por meio da mediação e conciliação. Isso contribui para desafogar o sistema judiciário e para evitar a judicialização excessiva de questões que podem ser resolvidas de forma extrajudicial. A Defensoria Pública é um importante mecanismo de efetivação dos direitos humanos, pois atua na promoção da igualdade de acesso à justiça e na salvaguarda dos direitos fundamentais, contribuindo para uma sociedade mais justa e solidária. (COSTA, 2022)

É importante destacar que a atuação da Defensoria Pública é fundamental para a promoção da cidadania e da democracia. Através do acesso à justiça e da defesa dos direitos humanos, a Defensoria Pública contribui para a construção de uma sociedade mais justa, igualitária e democrática.

Para tanto, e tendo em vista as grandes carências sociais, a Lei Complementar nº 80/1994, que altera consideravelmente a Constituição Federal, dispõe em seu Art. 1º que a Defensoria Pública será:

“(...) instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados (...)”.

Assim, o mandato institucional da Defensoria Pública inclui a promoção dos direitos humanos ao tornar o acesso à justiça para grupos vulneráveis uma ferramenta, **que** é, por si só, uma garantia para a efetivação de outros direitos fundamentais. Portanto, como garantia de outras garantias, não é um fim em si mesmo, mas um corolário da dignidade da pessoa humana que é fundamento da República Federativa do Brasil – art.1, III, CF/88. (PENHA; SILVEIRA, 2022)

Os objetivos da Defensoria Pública são apresentados por meio do artigo 3º-A da Lei Complementar 80 de 1994, alterados pela reforma em 2009 através a Lei Complementar nº 132: “Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública: I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; II – a afirmação do Estado Democrático de Direito; III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.”

No mesmo raciocínio, comenta Esteves e Silva (2014. p.279):

Por apresentarem conteúdo aberto e irresoluto, os objetivos institucionais possuem ampla volubilidade e mutabilidade, sendo capazes de assumir novas formas e significados à medida que incorporam os valores jurídico- sociais germinados pelo processo evolutivo. Com isso, cada nova conquista gerada pela transposição das barreiras do conservadorismo acaba abrindo novas portas e revelando novos horizontes a serem buscados pela atuação funcional da Defensoria Pública, fazendo com que os objetivos institucionais nunca sejam realizados inteiramente. Por essa razão, os objetivos elencados no art. 3º-A da LC nº 80/1994 devem ser compreendidos como designação de direção a ser seguida, e não de destino a ser alcançado.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, e em especial das importantes mudanças trazidas pelas Emendas Constitucionais nº 45 de 2004 e nº 80 de 2014, a Defensoria Pública adquiriu a devida relevância jurídico-institucional e político-social no **contexto** brasileiro. Isso porque, antes das referidas alterações legislativas, a comunidade brasileira não contava com uma instituição fortalecida e bem estruturada que possibilitasse o acesso à justiça e o exercício das garantias inerentes aos necessitados. (HERTZ, 2018)

Nesse sentido, a Defensoria Pública é responsável por prestar assistência jurídica aos grupos vulneráveis e é uma ferramenta importante para a efetivação dos direitos humanos. Ademais, no campo da bibliografia e da jurisprudência, o sistema também tem

adquirido espaço e devida relevância, reconhecido como verdadeiro direito fundamental, que prevê material independente e igualdade de fato. (HERTZ, 2018)

No mesmo seguimento, a Defensoria Pública se torna um instrumento importante para a efetivação dos direitos humanos, que são essenciais para a dignidade da pessoa humana. Isso porque, além de garantir o acesso à justiça para os mais vulneráveis, ela atua na defesa de direitos como o direito à moradia, à saúde, à educação, ao trabalho, entre outros. No mesmo raciocínio, FREITAS (2018, p. 67):

A Defensoria Pública tem um papel fundamental na promoção e defesa dos direitos humanos, sobretudo daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade social e econômica. Sua atuação tem sido essencial para garantir o acesso à justiça para a população mais carente, contribuindo para a efetivação dos direitos humanos no Brasil.

É importante destacar que a Defensoria Pública não atua apenas no âmbito individual, mas também coletivo, buscando soluções para questões que afetam toda uma comunidade. Dessa forma, ela pode atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. SOUZA (2017, p. 45) discorre:

A Defensoria Pública é uma instituição de grande importância social, pois tem como objetivo garantir o acesso à justiça para a população mais carente, que muitas vezes não tem recursos financeiros para contratar um advogado. Além disso, a atuação da Defensoria é fundamental para a promoção e proteção dos direitos humanos, sobretudo no que se refere aos direitos fundamentais.

Em síntese, a Defensoria Pública se configura como um instrumento de efetivação dos direitos humanos no Brasil, atuando na promoção do acesso à justiça, na proteção dos grupos vulneráveis, na garantia dos direitos sociais e na promoção da solução pacífica de conflitos. Sua atuação é essencial para a construção de uma sociedade mais justa e democrática.

Por fim, a Defensoria Pública tem um papel fundamental na promoção da cidadania e na construção de uma sociedade mais justa e igualitária. Através de sua atuação, é possível garantir o acesso à justiça para todos, independentemente de sua condição financeira, e promover a efetivação dos direitos humanos, assegurando a dignidade da pessoa humana.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o papel fundamental da Defensoria Pública na efetivação do acesso à justiça, pode-se concluir que a sua atuação deve ser vista como um direito fundamental, garantido pela Constituição Federal. Por meio da assistência jurídica gratuita e da defesa dos direitos humanos, a Defensoria tem como objetivo promover a igualdade material e garantir o acesso à justiça para toda a população, em especial para os grupos mais vulneráveis.

Ainda que enfrentando desafios estruturais e de financiamento, a Defensoria Pública tem conseguido expandir sua atuação e levar seus serviços a um número cada vez maior de pessoas. A partir de um olhar crítico e comprometido com a efetivação dos direitos humanos, é possível vislumbrar avanços e fortalecimento da instituição, o que contribui para a consolidação da democracia e para a garantia da justiça social.

Assim, é preciso reconhecer a importância da Defensoria Pública como um direito fundamental de acesso à justiça, e não apenas como uma política pública. É preciso garantir a sua autonomia e independência, bem como a sua presença em todas as regiões do país, de modo a atender a todos que necessitam de assistência jurídica gratuita. A Defensoria Pública deve ser valorizada como uma instituição essencial para a efetivação dos direitos humanos e para a promoção da justiça social.

Além de ser um direito fundamental, é uma instituição imprescindível para a garantia da igualdade material entre as partes no processo judicial. Isso porque ela atua em favor daqueles que não possuem recursos financeiros para arcar com um advogado particular, assegurando que seus direitos sejam respeitados e que eles tenham acesso à justiça em igualdade de condições com os demais cidadãos.

Por fim, é importante ressaltar que a defensoria pública não deve ser vista apenas como uma instituição que presta assistência jurídica gratuita à população carente. Ela deve ser compreendida como uma instituição que tem o papel de promover a defesa dos direitos humanos e garantir o acesso à justiça a todas as pessoas, independentemente de sua condição social, econômica ou cultural. É fundamental que o Estado brasileiro invista na defensoria pública, garantindo-lhe autonomia administrativa e financeira, bem como na capacitação e valorização dos seus membros, a fim de que possam cumprir de forma adequada sua missão constitucional.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Cleber Francisco, Justiça para todos! Assistência Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. 2006. p.353

BRASIL. Constituição Federal, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
Acesso em: 30 de março de 2023

_____. Lei Complementar Federal nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>. Acesso em: 20 de fev 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal - Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 598.212 Paraná. Relator: Min. Celso De Mello, julgado em 10/06/2013: Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AI598212CM.pdf>. Acesso em: 20 de fev 2023.

COSTA, José Augusto Garcia. "A Defensoria Pública e os Direitos Humanos: Uma análise sobre sua importância na atualidade." Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, v. 34, n. 67, 2022

CORREIA DE SÁ, Lucas. Defensoria Pública: um catalisador do acesso à Justiça. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso. Disponível em:
<https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/30527>. REPOSITORIO ANIMA EDUCAÇÃO. Acesso: 5 de fevereiro de 2023

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklin Roger Alves. Princípios Institucionais da Defensoria Pública. 2014. p.279

FELISMINO, Lia Cordeiro. A Defensoria Pública como instrumento de efetivação do direito fundamental de acesso à justiça. In: **XVIII Congresso Nacional do CONPEDI São Paulo-SP**. 2009. p. 9137-9162.

FREITAS, P. M. A Defensoria Pública na promoção e defesa dos direitos humanos. In: Anais do VII Congresso Brasileiro de Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2018.

HERTZ, Camila. A DEFENSORIA PÚBLICA COMO PROPULSORA DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA. 2018. (monografia) Disponível em:
<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/5473/CAMILA%20HERTZ.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 5 de fevereiro . 2023.

OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de; Defensoria Pública: O Reconhecimento Constitucional de uma Megagarantia, p.264-265 - Defensoria Pública [recurso eletrônico] : o reconhecimento

constitucional de uma metagarantia / Organização, Adriana Fagundes Burger, Patrícia Kettermann, Sérgio Sales Pereira Lima. – Dados eletrônicos. – Brasília : ANADEP, 2015. 283 p.

MACHADO, Viviane Bastos; SOUZA, Luiz Felipe Barbosa. A DEFENSORIA PÚBLICA, O PODER DE REQUISICÃO E O ACESSO À JUSTIÇA. DIÁLOGOS EM DIREITO. Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral; Alinne Arquette Leite Novais; Moyana Mariano Robles-Lessa [organizadoras]. São Paulo: Opção editora, 2022. v. 1.

PAROSKI, M. V. Do direito fundamental de acesso à justiça. **Scientia Iuris**, [S. l.], v. 10, p. 225–242, 2006. DOI: 10.5433/2178-8189.2006v10n0p225. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4132>. Acesso em: 5 de fevereiro . 2023.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional. São Paulo: Saraiva Educação, 2022, p. 466

THOMAZELLI PENHA, C. A. .; SILVEIRA, R. dos R. . A DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, [S. l.], v. 10, n. 10, p. 367–383, 2023. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2844>. Acesso em: 8 março. 2023.

SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 606

PROPOSTA DE MEDIDAS DE COMPENSAÇÃO AMBIENTAL PELOS IMPACTOS DIRETOS E INDIRETOS GERADOS PELOS TERMINAIS METROPOLITANOS DE ÔNIBUS DA GRANDE BH: CONSIDERAÇÕES TÉCNICAS E OPERACIONAIS SOBRE O TERMINAL DO DISTRITO DE SÃO BENEDITO, SANTA LUZIA, MG

VAGNER LUCIANO COELHO DE LIMA ANDRADE:

Pesquisador em Patrimônio Cultural, com formação inicial em Geografia, especializações em Políticas Públicas Municipais e Arte Educação; História, especializações em Museografia e Patrimônio Cultural e Metodologia de Ensino de História. Formação Complementar em Artes Visuais, Filosofia, Sociologia e Turismo. ⁽³⁵⁴⁾

RESUMO: Este trabalho intenciona apresentar propostas de medidas de compensação ambiental pelos impactos diretos e indiretos gerados pelos terminais metropolitanos de ônibus da Grande BH, em especial, o Terminal do distrito de São Benedito, localizado em Santa Luzia, município localizado ao norte de Belo Horizonte - MG. A metodologia consistiu em ampla revisão bibliográfica com considerações técnicas e operacionais do sistema de transporte das cidades de Jaboticatubas, Santa Luzia e Taquaraçu de Minas, que deveriam ser todas, sem exceções integradas ao Terminal Metropolitano São Benedito, mas há linhas nos terminais São Gabriel e Vilarinho. Após analisar os sistemas de ônibus, tanto intermunicipais, quanto intramunicipais, propõe-se a reorganização e reestruturação do mesmo e medidas de compensação ambiental, sendo a principal a criação do Parque Estadual Metropolitano do Convento de Macaúbas, o Parque Estadual Metropolitano da Cachoeira, conforme diretrizes do PLAMBEL em 1979, e a ampliação da Área de Proteção Ambiental de Andrequicé. Ambas as áreas são próximas do terminal São Benedito e legitimam a compensação a ser feita de forma imediata. Propõe-se ainda a mudança de denominação do terminal de nome composto, para nome simples: Terminal Cristina.

PALAVRAS-CHAVE: Compensação; Impactos; Ônibus; Parque; Terminal.

Jaboticatubas, Minas Gerais é um município do vetor norte metropolitano. Sua população estimada em 2021 era de 20.683 habitantes. Pertence à Região Metropolitana de Belo Horizonte. Seu topônimo refere-se ao ribeirão que atravessa o lugar e que tem esta designação, devido aos pés de jaboticatuba, uma espécie de jabuticaba de tamanho maior. Jaboticatubas está encravada na Serra do Espinhaço e tem a maior parte de sua

354 Pesquisador em Patrimônio Natural, com formação inicial em Ciências Biológicas, especializações em Ecologia e Monitoramento Ambiental e Metodologia de Ensino de Ciências Biológicas; Gestão Ambiental, especializações em Gestão e Educação Ambiental e Administração Escolar, Orientação Educacional e Supervisão Pedagógica. Formação Complementar em Agroecologia, Ecologia, Educação do Campo e Pedagogia. E-mail: reacao@yahoo.com

população habitando a área rural, produzindo banana, cana-de-açúcar, feijão e milho, além da pecuária bovina para corte e leite. A urbe dispõe de duas instituições financeiras, sendo o Banco do Brasil na região central, e o SICOOB no distrito de São José de Almeida. A fábrica de doces JABOLAC, tradicional na região, emprega dezenas de pessoas, cooperando para o progresso local. Além disso, a fábrica da PATHERNON, indústria de roupas de marca renomada no Brasil, também atua na região. Sua ampla fonte de arrecadação é o turismo, pois que tem 80% de sua área territorial, dentro do Parque da Serra do Cipó, santuário ecológico, onde têm diferentes cachoeiras e corredeiras. O parque foi criado pelo estado de Minas Gerais com o advento do decreto nº 19.261, de 22 de junho de 1978 (revogado), recriado e depois transferido para a jurisdição nacional

(O Decreto nº 19.261, de 22/6/1978, foi revogado pelo art. 4º do Decreto nº 19.278, de 3/7/1978.)

Cria o Parque Estadual da Serra do Cipó e dá outras providências.

O Governador do Estado de Minas Gerais, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 76, inciso X, da Constituição do Estado, e tendo em vista o disposto nas Leis nº 6.605, de 14 de julho de 1975 e nº 6.681, de 10 de novembro de 1975, e de acordo com o artigo 3º, letras "e" e "f", da Lei Federal nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, decreta:

1º - Fica criado o Parque Estadual da Serra do Cipó, a ser implantado numa área com aproximadamente 21.600,00ha, compreendendo parte da bacia do Rio Cipó, especialmente as bacias de seus formadores, Ribeirão Mascate e Ribeirão Gaviões ou Areias, nos Municípios de Jaboticatubas, Itabira, Itambé do Mato Dentro e Santana do Riacho.

Art. 2º - A implantação e administração do Parque Estadual da Serra do Cipó ficarão a cargo da Fundação Centro Tecnológico de Minas Gerais - CETEC, sob a supervisão da Secretaria de Estado de Ciência e Tecnologia.

Art. 3º - Fica declarada de preservação permanente a área de terreno mencionada no artigo 1º deste Decreto.

Art. 4º - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Palácio da Liberdade, em Belo Horizonte, aos 22 de junho de 1978.

Antônio Aureliano Chaves de Mendonça - Governador do Estado

O município divide em quatro distritos: Canto da Seriema, São José da Serra, São José do Almeida e Sede Municipal, sendo composto pelos seguintes bairros: Barreiro 2ª Seção, Bom Jardim 3ª Seção, Bom Jesus 1ª Seção, Cachoeira dos Palmares, Caminho da Serra, Campo Grande 2ª Seção, Canto da Seriema, Capão do Berto, Capão Clemente, Capão Grosso, Curralinho 2ª Seção, Eldorado 3ª Seção, Estâncias da Mata, Fazenda de Baixo,

Industrial Bom Jardim, Jardim das Oliveiras 4ª Seção, João Congo, Juscelino Kubitschek 2ª Seção, Monte das Palmeiras, Morada do Lago, Nossa Senhora da Conceição 3ª Seção, Nossa Senhora da Saúde 2ª Seção, Sagrada Família 2ª Seção, Santo Antônio 6ª Seção, São Benedito 1ª Seção, São José da Serra, São José do Almeida, São Sebastião 6ª Seção, São Sebastião do Campinho, São Tarcísio 1ª Seção, São Vicente 2ª Seção, Serra do Cipó, União da Serra, Vale do Luar, Vila Almeida, Vila Araras, Vila Bacana, Vila Jaguará, Vila Julião, Vila Lapa e Vila Veraneio. Em 03 de julho de 1978, o decreto 19.278, definiu de fato o parque:

Cria o Parque Estadual da Serra do Cipó e dá outras providências.

(Vide Decreto nº 21.724, de 23/11/1981.)

O Governador do Estado de Minas Gerais, no uso da atribuição que lhe confere o art. 76, inciso X, da Constituição do Estado, e tendo em vista o disposto no art. 3º, alíneas "e" e "f", da Lei Federal nº 4.771, de 15 de setembro de 1965 e na Lei nº 6.605, de 14 de julho de 1975, modificada pela Lei nº 6.681, de 10 de novembro de 1975, decreta:

Art. 1º – Fica criado o Parque Estadual da Serra do Cipó, a ser implantado numa área com aproximadamente 27.600,00ha, compreendendo parte da bacia do Rio Cipó, especialmente as bacias de seus formadores, Ribeirão Mascates e Ribeirão Gavião ou Areias, nos Municípios de Jaboticatubas, Itabira, Itambé do Mato Dentro e Santana do Riacho, com a seguinte descrição perimétrica: a linha inicia seu caminhamento na Rodovia MG-010, no local onde está situada a Ponte Afonso Arinos, sobre o rio Cipó; daí, segue pelo espigão fronteiro e pelo divisor da vertente da margem direita do rio Cipó, até atingir o entroncamento deste rio com o divisor geral dos rios Doce e São Francisco, no Alto do Palácio; daí, segue por este divisor geral, denominado Serra do Cipó, até atingir o divisor de águas do rio Preto e do Córrego dos Gentios ou Raimundinha; daí, segue por este divisor e por um espigão secundário, até atingir o rio Preto, na foz do córrego do Salitreiro; daí, atravessa o rio e segue pelo divisor da vertente da margem direita do córrego do Salitreiro, separando as águas vertentes deste córrego das que correm para o córrego do Funil ou Capão, até atingir o espigão das cabeceiras do córrego Barrinha ou Sarandi, denominado serra do Salitreiro; daí, contorna essas cabeceiras e segue pelo divisor da vertente da margem esquerda deste córrego, até atingir sua foz, no rio do Peixe; daí, segue por este córrego até atingir seu afluente da margem direita que tem as nascentes mais meridionais; daí, segue por este córrego até atingir sua mais alta cabeceira, na serra do Cipó, divisor geral dos rios Doce e São Francisco; daí, segue por este divisor geral, contorna as cabeceiras do córrego da Garça e prossegue pelo divisor da vertente da margem esquerda deste córrego, que mais abaixo recebe a denominação de ribeirão Mascate, até atingir o alto fronteiro a cabeceira do córrego da Serra ou Gordurinha; daí, segue pelo divisor da vertente da margem esquerda do primeiro afluente à montante da Cachoeira Grande, até atingir o rio Cipó, na ponta deste espigão, a aproximadamente 200,00m abaixo desta Cachoeira; daí, segue pelo rio Cipó, até atingir a ponte Afonso Arinos, ponto inicial desta descrição.

Art. 2º – A implantação e a elaboração dos programas científicos a serem desenvolvidos no Parque Estadual da Serra do Cipó, bem como o estudo de medidas de proteção e conservação da sua fauna e flora ficarão a cargo da Fundação Centro Tecnológico de Minas Gerais – CETEC, sob a supervisão da Secretaria de Estado de Ciência e Tecnologia.

Parágrafo único – A gerência administrativa do Parque Estadual da Serra do Cipó será exercida pelo Instituto Estadual de Florestas – IEF, que prestará o apoio necessário às pesquisas científicas que ali se realizarem.

Art. 3º – Fica declarada de preservação permanente a área de terreno descrita no art. 1º deste Decreto.

Art. 4º – Revogam-se as disposições em contrário, especialmente o Decreto nº 19.261, de 22 de junho de 1978.

Art. 5º – Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Palácio da Liberdade, em Belo Horizonte, aos 3 de julho de 1978.

ANTÔNIO AURELIANO CHAVES DE MENDONÇA, Márcio Manoel Garcia Vilela, José Israel Vargas, Agripino Abranches Viana

Santa Luzia é um município pertencente à RMBH - Região Metropolitana de Belo Horizonte. Acha-se a 19º46'11" de latitude sul e 43º51'05" de longitude oeste, a uma altitude de 751 metros. Sua população, de acordo com estimativas, era de 221,705 habitantes (IBGE 2021), com o maior agrupamento populacional e atividade comercial no distrito de São Benedito, localizado a oito quilômetros do centro da municipalidade. Situada a 18 km de Belo Horizonte, Santa Luzia está centrada estrategicamente na RMBH, próxima aos aeroportos de Confins e da Pampulha. Dispõe de gasoduto subterrâneo e linha férrea. Santa Luzia é o 4º polo industrial da Grande BH com quatro distritos industriais e ocupa o 13º lugar entre as urbes mais populosas de Minas Gerais. O município tem três caminhos: MG-020/Avenida das Indústrias; MG-010/MG-433 e BR-381/Avenida Beira Rio.

O processo intenso de conturbação, ultimamente em curso na Grande BH vem criando uma metrópole cujo centro está em Belo Horizonte e atinge os municípios de Betim, Contagem, Ibirité, Igarapé, Nova Lima, Ribeirão das Neves,

Sabará, Santa Luzia e Vespasiano. A RMBH foi criada no ano de 1973 com 13 urbes e hoje em dia é composta por 34 municipalidades, sendo a terceira maior aglomeração urbana do Brasil, com 4.882.997 habitantes. Seu Produto Interno Bruto (PIB) somava em 2005, cerca de 62,3 bilhões de reais, dos quais quase 1,85% concerniam a municipalidade de Santa Luzia.

Localizado na Depressão de Belo Horizonte, uma das três províncias geomorfológicas da Grande BH, o município de Santa Luzia tem uma paisagem peculiar

assinalada por colinas côncavo-convexas e fundos de vales extensos, constituídos por depósitos aluviais, apresentando uma altitude média de 750 metros. Os pontos mais elevados da municipalidade estão situados ao extremo sudeste da municipalidade, na formação geológica conhecida como Serra da Piedade. O ponto máximo está localizado na divisa com Sabará e tem uma altitude de 1.359 metros. A cerca de três quilômetros deste pico, há outro com altitude de 1.188 metros, centrado na Serra do Garimpo, uma cordilheira paralela separada da Serra da Piedade. Com restrição do extremo sul do território municipal, exclusivamente no extremo norte ocorrem altitudes acima dos 1.000 metros, ocorrendo na localidade de Água Limpa, onde a altitude chega a 1.023 metros. A altitude mínima se localiza na foz do Rio Taquaraçu, com 660 metros, no extremo norte, na divisa com Jaboticatubas e Lagoa Santa. O sítio urbano inicial da cidade, foi formado por dois frações distintas, assentou-se sobre o vale do Rio das Velhas (Parte Baixa) e no topo dos montes (Parte Alta), apresentando relevo acidentado e diferença de nível entre os dois pontos, com intensas declividades de 10 a 25% e superior a 25%, em determinados espaços.

Há ampla rede hidrográfica, pertencente à bacia do Rio das Velhas, curso d'água que atravessa fundamentalmente todo o município e o desmembra ao meio. Este sofre altamente com a deterioração ambiental, pois ao passar por Santa Luzia, o rio já recebeu, os seus afluentes Ribeirão Arrudas e Onça, seriamente poluídos por receberem uma ampla quantidade de esgotamento in natura de Belo Horizonte e Contagem, pois suas estações de tratamento de esgoto ainda não atuam em capacidade absoluta. Os cursos d'água essenciais na municipalidade, são: o Ribeirão Baronesa, Ribeirão da Mata, Ribeirão Vermelho, os córregos das Bicas, da Calçada, do Garajaus, do Maquiné, do Tenente e o rio Taquaraçu.

O clima é qualificado como tropical com estação seca, associado ao tropical de altitude (clima subtropical úmido) com redução de chuvas no inverno e temperatura média anual de 21,5 °C, tendo invernos secos e amenos (raramente frios) e verões chuvosos com temperaturas suavemente altas. Os meses mais quentes, janeiro e fevereiro, expõem temperaturas médias de 23,3 °C, e o mês mais frio, julho, de 18,5 °C. A precipitação média anual é de 1023 mm, sendo junho o mês mais seco, quando ocorrem apenas 7,0 mm. Em dezembro, o mês mais chuvoso, a média fica em 225 mm. A lei nº 2.504, de 19 de dezembro de 2003 criou a Área de Proteção Ambiental (APA) de Andrequicé no Município de Santa Luzia e definiu o seu zoneamento ambiental (ecológico-econômico) e mais outras providências.

A Câmara Municipal de Santa Luzia, Estado de Minas Gerais, aprova e eu, Prefeito Municipal, sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Fica criada a Área de Proteção Ambiental (APA) de Andrequicé, no Município de Santa Luzia, com área de 1.760,00 hectares, cujos limites estão descritos no Anexo I desta Lei.

Parágrafo único. A APA de Andrequicé, Unidade de Conservação Municipal, tem por finalidade assegurar o bem estar da população ali existente, bem como a de todo o Município, a melhoria da qualidade de vida, a proteção e preservação da fauna, da flora e dos recursos hídricos, promovendo assim o uso sustentado da área para as gerações futuras.

Art. 2º A administração da APA de Andrequicé e as demais atividades a ela referentes, serão reguladas e exercidas pelo Executivo e pelo Conselho Municipal do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (COMDES).

Art. 3º Fica aprovado o Zoneamento Ambiental (Ecológico-Econômico) desta Unidade de Conservação, constante no Anexo II desta Lei.

Art. 4º O Poder Público irá incentivar estudos, pesquisas e projetos que venham melhorar as condições ambientais e à sustentabilidade na área da APA de Andrequicé.

Art. 5º O Poder Público poderá realizar convênios de parceria com entidades ambientais, organizações governamentais e não governamentais, universidades, institutos de pesquisas, com a finalidade de execução de atividades de pesquisas, fiscalização, educação ambiental e desenvolvimento de projetos sustentáveis dentro dos limites da APA de Andrequicé.

Art. 6º O Poder Público Municipal deverá divulgar o disposto nesta Lei, aos organismos ambientais em todas as esferas públicas, aos moradores e proprietários da área da APA de Andrequicé.

Art. 7º As despesas decorrentes desta Lei correrão por conta de dotações do orçamento vigente.

Art. 8º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Santa Luzia, 19 de dezembro de 2003.

CARLOS ALBERTO PARRILHO CALIXTO, Prefeito Municipal

ANEXO I - Memorial Descritivo Área de Proteção Ambiental (APA) de Andrequicé Santa Luzia - MG

A APA de Andrequicé com uma área de 1.760,00 hectares (7,5% da área do município), está situada no município de Santa Luzia - MG, entre as coordenadas geográficas de 43º 46' 28,6" e 43º 49' 02,0" de Long. W e 19º 36' 37,3" e 19º 40' 34,2" de Lat. S., e apresenta a descrição perimétrica a seguir, elaborada através da Base Cartográfica do IGA/baseada nas Folhas da Carta do Brasil - IBGE, escala 1:50.000, levantamento fotográfico - fotografias aéreas do município (vôo ano

2001) e levantamento de campo. Foram considerados para o desenho do perímetro, acidentes e/ou outros aspectos geográficos facilmente identificáveis em uma fiscalização ou demarcação de área.

A APA inicia-se na rodovia asfaltada MG 020 (Santa Luzia/Jaboticatubas), no ponto de coordenadas geográficas Latitude 19° 40' 33,8" e Longitude 43° 47' 52,7" (Ponto 1). A partir deste ponto, segue por esta rodovia MG 020, em direção ao município de Jaboticatubas, até a ponte sobre o Rio Taquaraçu (limite municipal Santa Luzia/Jaboticatubas) no ponto de coordenadas geográficas Latitude 19° 36' 37,3" e Longitude 43° 47' 28,0" (Ponto 2). A partir deste ponto desce o leito do Rio Taquaraçu até a sua foz, no Rio das Velhas, no ponto de coordenadas geográficas Latitude 19° 36' 47,9" e Longitude 43° 47' 51,5" - ponto de divisa entre os municípios de Santa Luzia, Jaboticatubas e Lagoa Santa - (Ponto 3). A partir deste ponto, subindo o leito do Rio das Velhas (limite intermunicipal entre Santa Luzia e Lagoa Santa) até o ponto de coordenadas geográficas Latitude 19° 40' 34,2" e Longitude 43° 47' 56,2" (Ponto 4). A partir deste ponto, através de uma linha reta, até o ponto de coordenadas geográficas Latitude 19° 40' 32,6" e Longitude 43° 47' 52,1", sobre a rodovia MG 020, ponto inicial da APA (Ponto 1).

ANEXO II

Zoneamento Ambiental (Ecológico-Econômico) da APA de Andrequicé

DIRETRIZES

1. A Área de Proteção Ambiental - APA de Andrequicé, será regida de acordo com o zoneamento previsto nesta Lei.
2. De acordo com o zoneamento elaborado, a área da APA de Andrequicé, compõe-se de 03 (três) unidades ambientais (zonas).

Obs.: Para efeito deste Zoneamento, suas zonas foram identificadas segundo as condições atuais de uso e ocupação do solo e de acordo com seus aspectos bióticos e abióticos, onde o desenvolvimento das atividades antrópicas poderão ser proibidas, limitadas ou incentivadas, conforme discriminado abaixo:

- a) Atividades proibidas: aquelas vedadas nas zonas específicas.
- b) Atividades limitadas: aquelas que só poderão ser desenvolvidas mediante autorização legal do órgão competente, observadas as definições do zoneamento, observada a legislação vigente.
- c) Atividades incentivadas: aquelas prioritárias nos planos e projetos governamentais e privados.

3. A Utilização dos recursos naturais da APA de Andrequicé sofrerá as restrições de ordem legal àquelas que esta Lei impuser.

VEGETAÇÃO

4. As florestas e as demais formas de vegetação da APA de Andrequicé são consideradas essenciais para a proteção e conservação do ecossistema e sua utilização dependerá de prévio parecer da entidade administradora da APA e competente autorização do Instituto Estadual de Florestas - IEF ou Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, quando for o caso.

5. Todo produto e subproduto florestal cortado, colhido ou extraído com autorização, deve ser dado aproveitamento socioeconômico, inclusive quanto aos resíduos para o enriquecimento do solo e melhoria das condições ecológicas da área explorada.

6. A utilização da vegetação considerada de preservação permanente pelo Art. 7º do Decreto Estadual nº 33.944, de 18 de setembro de 1992, além de parecer prévio da entidade administradora da APA, dependerá de prévia autorização do Instituto Estadual de Florestas - IEF, nas seguintes hipóteses:

I - no caso de obras, atividades, planos e projetos de utilidade pública ou interesse social, mediante projetos específicos;

II - na extração de espécimes isoladas, mediante laudo de vistoria técnica que comprove risco ou perigo eminente, obstrução de vias terrestres ou fluviais, bem como para fins técnico-científicos, estes mediante projeto apreciado pelo órgão competente;

III - para aproveitamento de árvores, de terras ou de material lenhoso, sem prejuízo da conservação da floresta, com licença concedida pelo órgão competente.

7. A entidade administradora da APA, somente apreciará sobre qualquer pedido de desmatamento, se for apresentado o comprovante de averbação da Reserva Legal, a que se refere a alínea "a" do artigo 16 da Lei nº 4771/65, à margem do registro de imóvel junto ao Cartório de Registro de Imóveis da Comarca competente.

RECURSOS HÍDRICOS

8. Os recursos hídricos da APA de Andrequicé são considerados essenciais à vida, prioritários para o abastecimento da população e indispensáveis para a preservação da vida silvestre e da biota natural.

9. A captação, canalização, retificação e barramentos de cursos d'água, dependerão da licença especial da entidade administradora da APA e, ainda, da outorga de direito de uso pelo Instituto Mineiro de Gestão das Águas - IGAM, órgão da Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, nos casos de sua competência e desde que não haja alagamento e descaracterização das matas ciliares.

10. O lançamento de efluentes industriais, de atividades agropecuárias e esgotos domésticos, mesmo tratados, nas coleções de água da APA de Andrequicé, obedecerá ao zoneamento previsto.

USO, OCUPAÇÃO E PARCELAMENTO DO SOLO URBANO

11. O parcelamento do solo para fins urbanos na APA de Andrequicé dependerá de licença especial da entidade administradora da APA, que exigirá para atender as posturas municipais:

I - implantação de sistema de coleta e tratamento de esgoto;

II - lotes de tamanho mínimo suficiente para o plantio de árvores em, pelo menos, 20% da área do terreno;

III - programação de áreas verdes com espécies nativas;

IV - traçado das ruas e lotes comercializáveis, com respeito à topografia, com inclinação inferior a 10%;

V - sistema de vias públicas em curvas de nível e rampas suaves com galerias de águas pluviais;

VI - adequação, do projeto, com o zoneamento da unidade de conservação.

USO E OCUPAÇÃO DO SOLO RURAL

12. O uso, a ocupação do solo e o exercício de atividades agropecuárias, na área rural da APA de Andrequicé, dependerão de serem adotadas as técnicas de conservação do solo, recomendadas pelos órgãos oficiais de extensão agrícola;

13. A ocupação do solo rural, conforme o caso, dentro da APA de Andrequicé, dependerá da licença especial da entidade administradora da APA, que exigirá, de acordo com a situação:

I - adequação com o zoneamento;

II - estudos de impacto ambiental ou plano de controle ambiental para a abertura de vias de acesso, com revegetação de cortes e aterros com espécies nativas;

III - que a área destinada, em caso de loteamento rural, em cada lote, a reserva legal, fique concentrada num só lugar.

ATIVIDADES MINERÁRIAS

14. Não serão permitidas, na APA de Andrequicé, as atividades de terraplanagem, mineração, dragagem e escavação que venham a causar danos ou degradação do meio ambiente e/ou perigo para as pessoas ou para a biota.

Obs: As atividades acima referidas, num raio mínimo de 1.000 (mil) metros ao entorno das corredeiras, cachoeiras, testemunhos ecológicos e outras situações semelhantes (conforme Resolução CONAMA nº 10, de 14/12/88 - art. 6º Parágrafo Único), dependerão de prévia aprovação de estudos de impacto ambiental e de

licenciamento especial pelo órgão competente e entidade administradora da APA, que exigirá do empreendimento:

- a) adequação do zoneamento;
- b) plano de recuperação de áreas degradadas;
- c) uso futuro das áreas mineradoras como zona de conservação da vida silvestre.

ATIVIDADES INDUSTRIAIS

15. A instalação, operação, ampliação de atividades industriais, na área da APA de Andrequicé, capazes de afetar os recursos naturais, dependerão do licenciamento ambiental, conforme a lei vigente (Lei 6938 de 31/08/81), e da licença especial dada pela entidade administradora da APA, que exigirá do empreendimento:

- a) adequação ao zoneamento da área;
- b) cumprimento das normas e procedimentos previstos nas Posturas Municipais;

ATIVIDADES POLUIDORAS

16. Qualquer atividade industrial, potencialmente capaz de causar poluição, além da licença ambiental prevista na Lei nº 6938, de 31/08/1981, deverá também ter uma licença especial emitida pela entidade administradora da APA.

ZONA DE USO AGROPECUÁRIO

17. Consideram-se Zona de Uso Agropecuário da APA de Andrequicé, as áreas previstas no Zoneamento Ecológico-Econômico, correspondentes àquelas onde existam atividades agrícolas ou pecuárias (prevista no art. 5º da Resolução CONAMA nº 10, de 14/12/1988), nas quais são regulados os usos ou práticas capazes de causar sensível degradação do meio ambiente.

18. A Zona de Uso Agropecuário da APA de Andrequicé possui uma área de 563.0 hectares, ou seja, 32,00% da APA.

19. Nestas áreas é proibido o uso de agrotóxicos e outros biocidas que ofereçam riscos sérios na sua utilização, inclusive no que se refere ao seu poder residual. O cultivo da terra, será feito de acordo com as práticas de conservação do solo, recomendadas pelos órgãos oficiais de extensão agrícola. E também não será permitido o pastoreio excessivo, considerando como tal, aquele capaz de acelerar sensivelmente os processos de erosão.

ZONA DE VIDA SILVESTRE

20. As zonas de vida silvestre da APA de Andrequicé, são destinadas a salvaguarda e proteção da biota nativa, para garantir a reprodução das espécies e proteção do habitat, isto é, a manutenção dos ecossistemas naturais. Suas áreas compreendem

68,00% do território da APA, ou seja, 1.197,0 hectares e subdividem-se em duas categorias:

I - Zonas de Preservação da Vida Silvestre;

II - Zonas de Conservação da Vida Silvestre.

21. Consideram-se Zonas de Preservação da Vida Silvestre da APA de Andrequicé as áreas assim previstas no zoneamento ecológico- econômico, sendo estas áreas de Preservação Permanente, conforme o art. 7º do Decreto 33.944, de 18 de setembro de 1992, nas quais são proibidas as atividades que importem na alteração antrópica da biota.

Parágrafo único. Esta Zona possui uma área de 640,0 hectares, ou seja, 36,36% da área da APA.

22. Consideram-se Zonas de Conservação da Vida Silvestre da APA de Andrequicé as áreas assim previstas no zoneamento ecológico-econômico, baseado no art. 4º da Resolução CONAMA nº 10, de 14 de dezembro de 1988, nas quais poderá ser admitido o uso moderado e autossustentado da biota, regulado de modo a assegurar a manutenção dos ecossistemas naturais.

Parágrafo único. Esta Zona possui uma área de 557,0 hectares, ou seja, 31,64% da área da APA.

DISPOSIÇÕES FINAIS

CARLOS ALBERTO PARRILHO CALIXTO, Prefeito Municipal

Em Santa Luzia há uma área de 235,205[4] km² e subdivide-se em Sede, que se dá a categoria de urbe, e os distritos de Pinhões e São Benedito. A Sede de acordo com o plano diretor divide-se em Parte Alta, Parte Baixa, Zona de Expansão Urbana e Zona Rural. São mais de 50 bairros: Água Limpa 4ª Seção, Alto Bela Vista, Alto do Tanque, Alto Maravilha, Angu Duro, Barreiro do Amaral, Bela Vista 14ª Seção, Belo Vale 2ª Seção, Belvedere, Boa Esperança 1ª Seção, Bom Destino, Bom Jesus 4ª Seção, Capitão Paulo, Carreira Comprida, Casa Branca 3ª Seção, Castanheira 2ª Seção, Chácaras Del Rey 2ª Seção, Chácaras Santa Inês, Chácaras São Tomé, Cidade Alta, Cidade Baixa, Colorado 3ª Seção, Córrego das Calçadas, Córrego Frio, Desembargador Melo Júnior, Dona Rosarina, Esplanada 4ª Seção, Estância dos Lagos, Fazenda Alcobaça, Fazendinha do Barão, Gameleira 4ª Seção, Gervásio Lara, Granja Pousada Del Rey, Granja Santa Inês, Imperial 2ª Seção, Industrial Americano, Jardim Santa Cruz 2ª Seção, Jorge Drupat Figueiredo, Kennedy 3ª Seção, Liberdade 6ª Seção, Londrina 2ª Seção, Luxemburgo 2ª Seção, Macaúbas 2ª Seção, Maria Adélia, Maria Antonieta Melo de Azevedo, Mata dos Ipês, Monte Carlo, Morada do Rio, Morada Nova 2ª Seção, Muro de Pedras, Nossa Senhora das Graças 3ª Seção, Nossa Senhora do Carmo 5ª Seção, Nova Conquista, Nova Esperança 3ª Seção,

Novo Centro, Novo Petrópolis, Padre Miguel, Palmital 3ª Seção, Parque Boa Esperança, Parque Nova Esperança, Pérola Negra, Ponte Grande, Ponte Pequena, Quarenta e Dois, Recanto da Mata, Recanto do Olaria, Retiro do Recreio, Ribeirão da Mata, Rio das Velhas, Rio Vermelho, Santa Helena 4ª Seção, Santa Luzia 4ª Seção, Santa Matilde 2ª Seção, Santa Mônica 6ª Seção, Santa Rita 4ª Seção, São Benedito 2ª Seção, São Cosme de Cima, São Francisco, São Geraldo 6ª Seção, São João, São João Batista 2ª Seção, São José, Serra do Garimpo, Simão da Cunha 2ª Seção, Sítios Teresópolis, Taquaraçu de Baixo, Três Corações, Vale das Acácias, Vale do Tamanduá, Vila Adeodato, Vila Andrequicé, Vila Asteca, Vila Bagaço, Vila Bamburral, Vila Baronesa, Vila Bicas, Vila Bonança, Vila Camelos, Vila Cristina 2ª Seção, Vila das Mansões, Vila Divino, Vila Duquesa, Vila Engenho, Vila Ferraz, Vila Fortunato, Vila FRIMISA, Vila Idulipê, Vila Íris, Vila Jaqueline 2ª Seção, Vila Maquiné, Vila Moreira, Vila Nova Esperança, Vila Olga e Vila Pinhões. A lei nº 4077, de 02 de maio de 2019, criou o Parque Natural Municipal Promotor Cláudio Monteiro Gontijo, no Bairro Novo Centro, e deu outras providências.

O povo do Município de Santa Luzia, por seus representantes votou, aprovou e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Fica criado um Parque Natural Municipal, como unidade de conservação de proteção integral, de acordo com os estudos técnicos realizados no Processo de Licenciamento Estadual do Bairro Novo Centro, compreendendo a área de 189.604.35m², conforme memorial descritivo constante da matrícula 27.969, do Livro 02, do Cartório de Registro de Imóveis de Santa Luzia, nos termos do Anexo.

Art. 2º A unidade de conservação fica denominada "Parque Natural Municipal Promotor Cláudio Monteiro Gontijo" e terá como objetivo a preservação do ecossistema natural de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico.

Art. 3º O Parque Natural Municipal criado nos termos desta Lei será administrado pela Secretaria de Meio Ambiente, Agricultura e Abastecimento e o Conselho Municipal de Meio Ambiente - CODEMA funcionará como seu Conselho Consultivo.

Art. 4º A Secretaria de Meio Ambiente, Agricultura e Abastecimento deverá elaborar o Plano de Manejo da unidade de conservação, no prazo de doze meses, indicando as medidas de estruturação e gestão necessárias, com cronograma de execução.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Santa Luzia, 02 de maio de 2019.

CHRISTIANO AUGUSTO XAVIER FERREIRA

PREFEITO DE SANTA LUZIA

Até o processo de municipalização das linhas territoriais de Santa Luzia, em 1999 (Quadro I), os veículos não continham a numeração da linha, sendo sua descrição somente registrada no letreiro. Os ônibus eram completamente caracterizados com a cor azul, e continham simplesmente a inscrição intramunicipal e o prefixo do veículo. As mudanças no transporte coletivo público ocorreram na década de 2000, quando o decreto 46316, de 23/09/2013, criou o Refúgio de Vida Silvestre Estadual Macaúbas, nos municípios de Lagoa Santa e Santa Luzia.

Cria o Refúgio de Vida Silvestre Estadual Macaúbas, nos Municípios de Santa Luzia e Lagoa Santa.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS, no uso de atribuição que lhe confere o inciso VII do art. 90 da Constituição do Estado e tendo em vista o disposto na Lei Federal nº 9.985, de 18 de julho de 2000, na Lei nº 14.309, de 19 de junho de 2002, e no Decreto nº 43.710, de 8 de janeiro de 2004,

DECRETA:

Art. 1º Fica criado o Refúgio de Vida Silvestre Estadual Macaúbas, localizado nos Municípios de Santa Luzia e Lagoa Santa, com o objetivo de garantir a conservação da flora e da fauna e dos recursos hídricos ali presentes.

Art. 2º O Refúgio de Vida Silvestre Estadual Macaúbas possui área de 2.281,8646 ha e perímetro de 75.211,51 m conforme descrição constante do Anexo.

Art. 3º Compete ao Instituto Estadual de Florestas – IEF:

I - implantar e administrar o Refúgio de Vida Silvestre Estadual Macaúbas;

II - constituir o Conselho Consultivo da Unidade de Conservação, no prazo de cento e oitenta dias contados da data da publicação deste Decreto.

Art. 4º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Palácio Tiradentes, em Belo Horizonte, aos 23 de setembro de 2013; 225º da Inconfidência Mineira e 192º da Independência do Brasil.

ANTONIO AUGUSTO JUNHO ANASTASIA, Danilo de Castro, Maria Coeli Simões Pires, Renata Maria Paes de Vilhena, Adriano Magalhães Chaves

ANEXO (a que se refere o art. 2º do Decreto nº 46.316, de 23 de setembro de 2013) descrição perimétrica e área do Refúgio de Vida Silvestre

Quadro I - Linhas Intramunicipais antigas da municipalidade de Santa Luzia (anos 1980 e 1990)

Nº	Nome	Empresa	Período
----	------	---------	---------

T0113	Barreiro do Amaral / Bicas	Exp. Santa Luzia	N/D
T0213	Bonança / Frimisa / Bicas	Exp. Santa Luzia	N/D
T0213	Bonança / São Cosme	Exp. Santa Luzia	N/D
T0313	Engenho / Rodoviária	Exp. Santa Luzia	N/D
T0413	Esplanada / Frimisa / Bicas	Exp. Santa Luzia	N/D
T0513	Matriz / Borges	Exp. Santa Luzia	N/D
T0513	Industrial Americano / Forjas Acesita via Frimisa	Exp. Santa Luzia	N/D
T0613	Matriz / Frimisa / Bicas	Exp. Santa Luzia	N/D
T0613	Industrial Americano / Frimisa / Bicas	Exp. Santa Luzia	N/D
T0713	Kennedy / São Benedito	Exp. Santa Luzia	N/D
T0713	Industrial Americano / Londrina via Frimisa	Exp. Santa Luzia	N/D
T0813	Kennedy / São Benedito via Conjunto Cristina	Exp. Santa Luzia	N/D
T0813	Industrial Americano / Conjunto Cristina	Exp. Santa Luzia	N/D
T0913	Pinhões / Bicas	Exp. Santa Luzia	N/D
T0913	Vila Olga / Pinhões	Exp. Santa Luzia	N/D
T1013	Taquaraçu de Baixo / Rodoviária	Exp. Santa Luzia	N/D

Fonte: [https://onibusbh.fandom.com/pt-br/wiki/Sistema_de_Territ%C3%B3rios_\(DER-MG\)](https://onibusbh.fandom.com/pt-br/wiki/Sistema_de_Territ%C3%B3rios_(DER-MG))

Na municipalização, ocorrida no fim da década de 2000, as linhas de Santa Luzia adotaram o modelo de números do sistema de territórios, mas sem o uso da letra "T" e o primeiro zero (Quadro II), e a numeração dos veículos passaram a ser expostos nos letreiros e na lataria. Além disso, foi adotada a pintura normal da empresa Expresso Santa Luzia nas linhas.

Quadro II- Linhas Intramunicipais novas da municipalidade de Santa Luzia (anos 2000 e 2010)

Nº	Nome	Empresa	Período
SC02	Circular via Córrego das Calçadas	Exp. Santa Luzia	?-atual
SC01	Circular via Frimisa	Exp. Santa Luzia	?-atual
1131	Padre Miguel / Barreiro do Amaral	Exp. Santa Luzia	?-atual
1133	Barreiro do Amaral / São José	Exp. Santa Luzia	?-atual
2131	Bonança / São Cosme	Exp. Santa Luzia	?-atual
3131	Bom Destino / Pinhões	Exp. Santa Luzia	?-atual
4131	Bicas / Bonança via Morada do Rio	Exp. Santa Luzia	?-atual
4133	Bicas / Bonança via Morada do Rio - Atendimento Várzea	Exp. Santa Luzia	N/D
5131	Córrego das Calçadas / São José	Exp. Santa Luzia	?-atual
5133	Bom Destino / São Benedito via Córrego das Calçadas	Exp. Santa Luzia	?-atual
6131	Padre Miguel / São Benedito via Frimisa	Exp. Santa Luzia	?-atual
6133	Vale das Acácias / Zero Hora via Duquesa II	Exp. Santa Luzia	?-atual
7131	Industrial Americano / Londrina via Frimisa	Exp. Santa Luzia	?-atual
7133	Maria Adélia / São Benedito (Zero Hora)	Exp. Santa Luzia	?-atual
7134	Frimisa / Parque Nova Esperança	Exp. Santa Luzia	N/D
7134	Pantanal / Maria Adélia	Exp. Santa Luzia	N/D
8131	Industrial Americano / Conjunto Cristina	Exp. Santa Luzia	?-atual
8133	Kennedy / Palmital	Exp. Santa Luzia	?-atual

9131	Bicas / Pinhões / Engenho via Morada do Rio	Exp. Santa Luzia	?-atual
9133	Zero Hora / Engenho	Exp. Santa Luzia	?-atual
9134	Frimisa / Pinhões / Engenho	Exp. Santa Luzia	?-atual
10131	Frimisa / Taquaraçu de Baixo	Exp. Santa Luzia	2016-2020
10131	Morada do Rio / Taquaraçu de Baixo	Exp. Santa Luzia	2014-2016
10131	SENAI / Zero Hora	Exp. Santa Luzia	2020-atual

Fonte: [https://onibusbh.fandom.com/pt-br/wiki/Sistema_de_Territ%C3%B3rios_\(DER-MG\)](https://onibusbh.fandom.com/pt-br/wiki/Sistema_de_Territ%C3%B3rios_(DER-MG))

O Terminal São Benedito é uma estação de ônibus circunscrito à cidade de Santa Luzia, MG, permitindo a ligação metropolitana, fazendo a integração de 30 linhas, entre alimentadoras e troncais (Quadro III). No terminal, além de haver várias linhas de ônibus para Belo Horizonte, e bairro da urbe, há pontos de venda do cartão Ótimo, onde é possível adquirir e fazer recarga de créditos. O terminal também possui banheiros e bicicletário. É um local próximo da estação Vilarinho do trem metropolitano de Belo Horizonte.

Quadro III - Linhas de Ônibus do Terminal São Benedito e Vilarinho

4100	Kennedy / Terminal Vilarinho
410C	Terminal São Benedito / Belo Horizonte (Direta)
411C	Terminal São Benedito / Belo Horizonte via Antônio Carlos
412H	Terminal São Benedito / Hospitais via Cristiano Machado
413H	Terminal São Benedito / Hospitais via Antônio Carlos
4140	Frimisa / Terminal Vilarinho
414R	Terminal São Benedito / Belo Horizonte via Cristiano Machado (Retorno Túnel)
415R	Terminal São Benedito / Cidade Industrial
416R	Terminal São Benedito / Cidade Administrativa
418R	Terminal São Benedito / Barro Preto
4195	Terminal São Benedito / Conjunto Cristina C
4211	Terminal São Benedito / Circular Conjunto Cristina
4220	São Cosme / Terminal São Benedito
4225	Três Corações / Terminal São Benedito
4240	Nova Conquista / Terminal São Benedito
4245	Belo Vale / Terminal São Benedito
4255	São Benedito / Terminal Vilarinho
4260	Duquesa II / Monte Carlo / Terminal São Benedito
4275	São Benedito / Canaã / Terminal Vilarinho
4280	Londrina / Terminal São Benedito
4285	Baronesa Atendimento Rua Franca / Terminal São Benedito
4295	Baronesa / Terminal São Benedito
4300	Luxemburgo / Terminal São Benedito
4305	Asteca / Terminal São Benedito
4310	Praça Carmem Miranda / Terminal Vilarinho
4315	Palmital / Terminal São Benedito
4335	Palmital B / Terminal São Benedito
4345	Avenida Ásia / Terminal São Benedito
4355	Alto São Cosme / Terminal São Benedito

4356	Alto São Cosme / Praça Nadir Figueiredo / Terminal São Benedito
4360	Liberdade / Terminal São Benedito
4370	Duquesa II / Terminal São Benedito
4375	Castanheira / Belo Vale / Terminal São Benedito
4395	Palmital / São Cosme / Terminal Vilarinho
4405	São Cosme Praça Nadir Figueiredo / Terminal São Benedito
4435	Parque Nova Esperança / Terminal Vilarinho
5783	São José de Almeida / Terminal Vilarinho
8400	Terminal São Benedito / Terminal Justinópolis

Fonte: <https://movemetropolitano.com.br/terminal-sao-benedito>

Em Belo Horizonte, na região Nordeste, mais precisamente na confluência das Avenidas Cristiano Machado e Risoleta Neves (Via Municipal 240 e Rodovia Estadual MG 020) com o Anel Rodoviário Celso Mello de Azevedo está localizada uma estação de ônibus, denominado Terminal São Gabriel. Localiza-se entre os Bairros Maria Virgínia, Primeiro de Maio, São Gabriel, São Paulo e Suzana. É um terminal de integração metropolitana, fazendo a ligação de 34 linhas de ônibus alimentadores e troncais (Quadro IV). O terminal é conectado com a Estação Anel do metrô de Belo Horizonte, que está localizada na Avenida Cristiano Machado, n.º 5.600, entre o ribeirão Pampulha e o bairro São Gabriel. O terminal metropolitano deverá ser desativado para a construção da nova rodoviária de Belo Horizonte, com linhas transferidas para terminais metropolitanos (Quadro IV): José Cândido da Silveira (linhas de Caeté, Nova União e Sabará) e São Benedito (linhas de Jaboticatubas, Santa Luzia e Taquaraçu de Minas. Propõe-se nome simples para estes terminais, o José Cândido da Silveira, passa a se denominar Terminal Penha e o São benedito, Terminal Cristina.

Quadro IV - Linhas de Ônibus do Terminal São Gabriel

400C	<u>Terminal São Gabriel / Belo Horizonte (Direta)</u>	Transferência para José Cândido
401C	<u>Terminal São Gabriel / Belo Horizonte (Paradora)</u>	Transferência para José Cândido
402H	<u>Terminal São Gabriel / Hospitais</u>	Transferência para José Cândido
405R	<u>Terminal São Gabriel / Cidade Industrial via Via Expressa</u>	Transferência para José Cândido
4105	<u>Industrial Americano / Terminal São Gabriel</u>	Transferência para São Benedito
4106	<u>Industrial Americano / Terminal São Gabriel via Maria Adélia</u>	Transferência para São Benedito
4110	<u>Bonança / Terminal São Gabriel</u>	Transferência para São Benedito
4115	<u>Maria Adélia / Terminal São Gabriel</u>	Transferência para São Benedito
4135	<u>Pinhões / Terminal São Gabriel</u>	Transferência para São Benedito
4145	<u>Frimisa / Vila Olga / Terminal São Gabriel</u>	Transferência para São Benedito
4155	<u>Imperial / Terminal São Gabriel</u>	Transferência para São Benedito
4156	<u>Morada do Rio / Terminal São Gabriel</u>	Transferência para São Benedito

4165	<u>Padre Miguel / Dona Rosarinha / Santa Rita / Terminal São Gabriel</u>	Transferência para São Benedito
4166	<u>Vale das Acácias / Terminal São Gabriel via Padre Miguel</u>	Transferência para São Benedito
4170	<u>Dona Rosarinha / Terminal São Gabriel</u>	Transferência para São Benedito
4175	<u>Vale das Acácias / Terminal São Gabriel</u>	Transferência para São Benedito
4185	<u>Barreiro do Amaral / Terminal São Gabriel</u>	Transferência para São Benedito
4380	<u>Bom Destino / Terminal São Gabriel</u>	Transferência para São Benedito
4381	<u>Bom Destino 2ª Seção / Terminal São Gabriel</u>	Transferência para São Benedito
4442	<u>Taquaraçu de Minas / Terminal São Gabriel</u>	Transferência para São Benedito
4445	<u>Córrego das Calçadas / Terminal São Gabriel via BR-381</u>	Transferência para São Benedito
4675	<u>Nossa Senhora de Fátima / Terminal São Gabriel</u>	Transferência para José Cândido
4678	<u>Nossa Senhora de Fátima / Eucalipto / Mangueiras / Terminal São Gabriel</u>	Transferência para José Cândido
4680	<u>Nossa Senhora de Fátima / Mangueiras / Terminal São Gabriel</u>	Transferência para José Cândido
4685	<u>Nossa Senhora de Fátima / Eucaliptos / Terminal São Gabriel</u>	Transferência para José Cândido
4687	<u>Nossa Senhora de Fátima / Eucalipto / Rua Carmo da Mata / Terminal São Gabriel</u>	Transferência para José Cândido
4810	<u>Caeté / Terminal São Gabriel</u>	Transferência para José Cândido
4820	<u>Caeté / José Brandão / Terminal São Gabriel</u>	Transferência para José Cândido
4872	<u>Ravena / Terminal São Gabriel</u>	Transferência para José Cândido
4882	<u>Nova União / Terminal São Gabriel</u>	Transferência para José Cândido
4887	<u>Antônio dos Santos / Terminal São Gabriel</u>	Transferência para José Cândido
4920	<u>Borba Gato / Terminal São Gabriel</u>	Transferência para José Cândido
4991	<u>Sabará / Barraginha / Terminal São Gabriel</u>	Transferência para José Cândido
5582	<u>Jaboticatubas / Terminal São Gabriel</u>	Transferência para São Benedito

Fonte: <https://movemetropolitano.com.br/terminal-sao-gabriel>

Ele é um terminal intermodal de transporte coletivo considerado como de grande porte, unificando o metrô e várias outras linhas de ônibus alimentadoras das regiões Região Nordeste e Norte de Belo Horizonte, além da Região do município de Santa Luzia. No terminal, além de possuir diversas linhas para Caeté, Nova União, Sabará, há postos de venda do cartão Ótimo, onde é possível obter e realizar a recarga de créditos. A estação também possui bicicletário e banheiros e se sugere um novo nome, simples para a mesma: Terminal Suzana. Com a retirada das linha que ligavam Santa Luzia ao São Gabriel, via BR 381 ou MG 020, o Terminal Cristina (antigo Terminal São Benedito passara a compor com

105 linhas (Quadro V). SOBRE QUESTÕES AMBIENTAIS NA REGIÃO DO TERMINAL, O Projeto Luzias (2022, on line) declara que:

Desde os anos 90 existe um movimento que luta para que a “Mata do Raul”, situada na região de São Benedito, se transforme no primeiro Parque Ecológico Municipal da cidade de Santa Luzia. E esse movimento, do qual faz parte a vereadora Suzane Duarte, professores, alunos e ex-diretores da Escola Estadual Raul Teixeira, a Associação Art 22 e moradores da região, está prestes a atingir o seu objetivo: esta semana, a prefeitura de Santa Luzia anunciou parceria com o Instituto Federal de Minas Gerais – IFMG -, para “dar apoio à mobilização” para a implantação do Parque São Bené. “Essa é uma ideia maravilhosa que representa o anseio da comunidade luziense. É uma conversa que já vem sendo feita através de comissões e que a prefeitura vai abraçar juntamente com o IFMG, colocando inclusive nas suas prioridades, para criação do Parque São Bené, na região do Cristina”, disse o prefeito Christiano Xavier. Com uma área de mais de 387.000 metros quadrados, equivalente a 18 campos de futebol, o novo parque tem flora e fauna muito ricas, além de mananciais. Esta é uma grande notícia para Santa Luzia, que, finalmente, terá seu parque municipal.

Quadro V - Linha que comporão o Novo Sistema do Terminal Cristina

Nº	Nome
1031	1. Terminal Cristina / Taquaraçu de Baixo via Pinhões
1113	2. Terminal Cristina / São Benedito via Zero Hora
1131	3. Terminal Cristina / Barreiro do Amaral via Ribeirão da Mata
1133	4. Terminal Cristina / Barreiro do Amaral via Frimisa
1301	5. Terminal Cristina / Zero Hora
2131	6. Terminal Cristina / São Benedito via São Cosme
3101	7. Terminal Cristina / Taquaraçu de Baixo
3111	8. Terminal Cristina / Taquaraçu de Baixo via SENAI
3131	9. Terminal Cristina / Pinhões via Industrial Americano
4000	10. Terminal Cristina / Bicas via Dona Rosarinha
4001	11. Terminal Cristina /Circular via Frimisa
4002	12. Terminal Cristina /Circular via Córrego das Calçadas
4010	13. Terminal Cristina / Bicas via Santa Rita
4100	14. Terminal Cristina / Imperial Industrial via Americano
4100	15. Terminal Cristina / Kennedy
4105	16. Terminal Cristina / Frimisa via <u>Industrial Americano</u>
4106	17. Terminal Cristina / <u>Industrial Americano</u> via <u>Maria Adélia</u>
410C	18. Terminal Cristina / Belo Horizonte (Direta)
4110	19. Terminal Cristina / <u>Bonança</u>
4113	20. Terminal Cristina / Barreiro do Amaral via Pinhões
4115	21. Terminal Cristina / <u>Maria Adélia</u>
411C	22. Terminal Cristina / Belo Horizonte via Antônio Carlos
412H	23. Terminal Cristina / Hospitais via Cristiano Machado
4131	24. Terminal Cristina / Bonança via Rodoviária
4133	25. Terminal Cristina / Bonança via Matriz

4135	26. Terminal Cristina / <u>Pinhões</u> via Barreiro do Amaral
413H	27. Terminal Cristina / Hospitais via Antônio Carlos
4140	28. Terminal Cristina / Frimisa
4145	29. <u>Terminal Cristina / Frimisa</u> via Várzea
4145	30. Terminal Cristina / Vila Olga via Bicas
414R	31. Terminal Cristina / Belo Horizonte via Cristiano Machado (Retorno Túnel)
4155	32. Terminal Cristina / Imperial via Santa Luzia
4156	33. Terminal Cristina / Morada do Rio
415R	34. Terminal Cristina / Cidade Industrial
4165	35. <u>Terminal Cristina / Bicas via Padre Miguel</u>
4166	36. <u>Terminal Cristina / Vale das Acácias via Padre Miguel</u>
416R	37. Terminal Cristina / Cidade Administrativa
4170	38. Terminal Cristina / Dona Rosarinha
4175	39. Terminal Cristina / <u>Vale das Acácias</u> via São Benedito
4185	40. Terminal Cristina / Barreiro do Amaral via Kennedy
418R	41. Terminal Cristina / Barro Preto
4194	42. Terminal Cristina / Conjunto Cristina B
4195	43. Terminal Cristina / Conjunto Cristina C
4208	44. Terminal Cristina / Bicas via Londrina
4211	45. Terminal Cristina / Conjunto Cristina C
4213	46. Terminal Cristina / Bonança via Imperial
4220	47. Terminal Cristina / São Cosme
4225	48. Terminal Cristina / Três Corações
4231	49. Terminal Cristina / Bonança via Industrial Americano
4240	50. Terminal Cristina / Nova Conquista
4245	51. Terminal Cristina / Belo Vale via São Benedito
4255	52. Terminal Cristina / São Benedito via Colégio
4260	53. Terminal Cristina / Duquesa II via Monte Carlo
4275	54. Terminal Cristina / São Benedito via Canaã
4280	55. Terminal Cristina / Londrina
4285	56. Terminal Cristina / Baronesa via Rua Franca
4295	57. Terminal Cristina / Bicas via Baronesa
4300	58. Terminal Cristina / Luxemburgo
4305	59. Terminal Cristina / Bicas via Asteca
4310	60. Terminal Cristina / Praça Carmem Miranda
4313	61. Terminal Cristina / Engenho via Macaúbas
4315	62. Terminal Cristina / Palmital A
4335	63. Terminal Cristina / Palmital B
4345	64. Terminal Cristina / Baronesa via Avenida Ásia
4355	65. Terminal Cristina / Alto São Cosme via São Benedito
4356	66. Terminal Cristina / Alto São Cosme via Praça Nadir Figueiredo
4360	67. Terminal Cristina / Liberdade
4370	68. Terminal Cristina / Duquesa II via São Benedito
4375	69. Terminal Cristina / Belo Vale via Castanheira
4380	70. Terminal Cristina / <u>Bom Destino</u> via Bicas

4381	71. <u>Terminal Cristina / Bom Destino via 2ª Seção</u>
4382	72. Terminal Cristina / Bom Destino via BR-381
4395	73. Terminal Cristina / São Cosme via Palmital
4405	74. Terminal Cristina / São Cosme via Praça Nadir Figueiredo
4413	75. Terminal Cristina / Esplanada via Frimisa
4435	76. Terminal Cristina / Parque Nova Esperança
4442	77. <u>Terminal Cristina / Taquaraçu de Minas</u>
4445	78. Terminal Cristina / Córrego das Calçadas via Frimisa
4513	79. Terminal Cristina / Bicas via Borges
4531	80. Terminal Cristina / Industrial Americano via Forjas Acesita
4613	81. Terminal Cristina / Frimisa via Rodoviária
4631	82. Terminal Cristina / Industrial Americano via Frimisa
4713	83. Terminal Cristina / Frimisa via São José
4731	84. Terminal Cristina / Kennedy via Frimisa
4813	85. Terminal Cristina / Industrial Americano via Matriz
4831	86. Terminal Cristina / Bonança via Kennedy
4913	87. Terminal Cristina / Engenho via Pinhões
4931	88. Terminal Cristina / Pinhões via Frimisa
5131	89. Terminal Cristina / Córrego das Calçadas via Morada do Rio
5133	90. Terminal Cristina / Bom Destino via Córrego das Calçadas
5783	91. Terminal Cristina / São José de Almeida
6131	92. Terminal Cristina / Padre Miguel via Bicas
6133	93. Terminal Cristina / Vale das Acácias via Duquesa II
7013	94. Terminal Cristina / Londrina via Conjunto Cristina
7131	95. Terminal Cristina / Industrial Americano via São Benedito
7133	96. Terminal Cristina / Maria Adélia via Frimisa
7134	97. Terminal Cristina / Maria Adélia via Pantanal
7143	98. Terminal Cristina / Parque Nova Esperança via Frimisa
8131	99. Terminal Cristina / São Benedito via Conjunto Cristina
8133	100. Terminal Cristina / São Benedito via Palmital
8400	101. Terminal Cristina / Terminal Justinópolis
9013	102. Terminal Cristina / Vila Olga via Padre Miguel
9131	103. Terminal Cristina / Pinhões via Morada do Rio
9133	104. Terminal Cristina / Engenho via Morada do Rio
9134	105. Terminal Cristina / Engenho via São José

A medida de compensação ambiental sugerida para o Terminal São Gabriel é a criação e implantação do Parque Estadual Metropolitano da Cachoeira, com extensão com 205 hectares, às margens da Rodovia Federal BR-381/BR-262 na altura do quilômetro 20, próximo ao Bom Destino no município de Santa Luzia. O espaço é rasgado pelo vale do Ribeirão da Cachoeira que acompanha paralelamente à Rodovia, determinando uma faixa de terreno relativamente plana ao longo do seu fluxo, proporcionando declividades variáveis entre 0 e 15%. No fragmento selecionado para a implantação do Parque da Cachoeira, o Ribeirão oferece pequenos corredeiras e quedas d'água, formando um ponto

de atração para o lazer de fins de semana. A localidade já vem sendo frequentada aos sábados e *domingos* por grande número de pessoas que para lá se conduzem, buscando maior relação com a natureza, embora a área não proporcione nenhum equipamento de apoio e nenhum tratamento apropriado para seu usufruto.

Características Principais da Área: presença do Ribeirão da Cachoeira, com pequenos corredores e quedas d'água, atravessando área relativamente plana e formando pequenas praias;

- existência de vegetação nativa ao longo do vale do Ribeirão constituída por árvores de pequeno porte e coqueiros;
- elevações das encostas da serra ao fundo servindo de complemento paisagístico ao conjunto;
- facilidade de acesso ao local definida pela BR-262.

Funções Propostas: Prevê-se a criação de um Parque para o lazer de fins de semana, procurando manter as características rurais da área. Para isto se propõe:

- tratamento paisagístico aproveitando-se todo o potencial oferecido pela presença do curso d'água criando locais para picnics e camping, introduzindo-se somente -equipamentos e mobiliários essenciais ao conforto da população que vai utilizá-lo;
- previsão de áreas para estacionamento, já que a frequência ao Parque estará ligada ao uso do automóvel; reflorestamento de toda a encosta do morro que delimita a área ao fundo, como forma de preservação da paisagem envolvente

A avaliação de compensação ambiental indicada para o Terminal São Benedito é a criação e implantação do Parque Estadual Metropolitano de Santa Luzia, com espaço de quase 40 hectares, estabelecida a oeste do Município de Santa Luzia (Palmital), expondo relevo acidentado que é caracterizado pela presença de maciços com vegetação natural. Sua extensão territorial é de propriedade da Municipalidade, adquirida por meio de concessão referente a alíquota de "Áreas Verdes" em parcelamento a ser implantado. Está integralmente entrelaçada por loteamentos para população de baixa renda e conjuntos habitacionais, fatores primordiais estes que justificam a criação do parque urbano.

Características Principais: localização próxima ao Centro Industrial de Santa Luzia;

- rápido processo de urbanização nas regiões circunvizinhas
- acessos definidos por rodovias: Belo Horizonte-Santa Luzia e Via Expressa Norte-Sul (Via Norte);

- presença de nascentes que se encontram dentro da área, possibilitando represamento;
- topografia acidentada, com declividade média na faixa de 25 a 30%. -

Funções Propostas: O Parque Urbano, já em estudo, tem como atividade principal o lazer cotidiano. Terá como suporte áreas tratadas paisagisticamente e alguns equipamentos de apoio (esportes, áreas de pic-nic, play-ground, etc.), atividades que possibilitaram um maior contato dos usuários com o ambiente natural. A área tem como aspecto importante a sua localização dentro dos parcelamentos vizinhos, em geral de baixa renda, limitada em todo seu perímetro por arruamento em fase de implantação; isto torna viável, a idéia de locação de equipamentos voltados principalmente para proporcionar lazer à população local e tendo sua infraestrutura de suporte dirigida à grande faixa da população infantil da região.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O esvaziamento do terminal metropolitano em São Gabriel se faz necessária para a implantação da Rodoviária Eymard (Terminal Leste). Mas outras três rodoviárias devem ser impactadas na cidade de Belo Horizonte: Norte (Rodoviária Candelária), Oeste (Rodoviária Barreiro) e Sul (Rodoviária Sul). Em 2009, a Prefeitura de Belo Horizonte divulgou o lugar de edificação da nova Terminal Rodoviário, lateral a Estação e Trem São Gabriel, sendo que os dois serão integrados (ônibus/trem). A previsão é de que se iniciasse a construção em julho de 2012, fosse inaugurada ao final de 2013 e entrasse em operação, o que não ocorreu após dez anos. Com a instituição da Nova Estação Rodoviária, o cálculo seria de ampliação de circulação de 60 para 100 mil passageiros/dia. Hoje em dia, determinadas linhas interestaduais, durante feriados, quando há muita saída de Belo Horizonte (como no carnaval, no sentido de retirar parte do trânsito da atual Estação rodoviária e, logicamente, da área central), partem do Setor Oeste do Terminal para cidades de Minas Gerais e outras regiões do Brasil.

Além do esvaziamento do Terminal Metropolitano São Gabriel, sendo que o funcionamento do Terminal Municipal Leste (antiga Estação MOVE São Gabriel), e da estação de trem, permanecerão normais, precisa-se aplicar, emergencialmente medidas de compensação ambiental para os impactos diretos e indiretos dos terminais metropolitanos. Em São Benedito, sugere-se a implantação do Parque Estadual Metropolitano de Santa Luzia, numa nova área a ser definida. Outra medida se refere à ampliação das unidades de conservação de Andrequicé e Macaúbas. Macaúbas, deve ser transformada em Parque Estadual. Já sem São Gabriel aconselha-se a implantação do Parque Estadual Metropolitano do Ribeirão Cachoeira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL DE FATO. **Megaempreendimento pode destruir área verde em centro histórico de Santa Luzia MG.** Disponível <<<https://www.brasildefatomg.com.br/2021/07/07/mega-empreendimento-pode-destruir-area-verde-em-centro-historico-de-santa-luzia-mg>>> Acesso em 20 Out. 2022

DEPARTAMENTO ESTADUAL DE ESTRADAS DE RODAGEM. **Consulta Linhas de ônibus do Transporte metropolitano.** Disponível em <http://www.consultas.der.mg.gov.br/grgx/sgtm/consulta_linha.xhtml> Acesso em 15 Out. 2022

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estado de Minas Gerais: municipalidade de Santa Luzia.** Disponível <<<https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/mg/santa-luzia.html>>> Acesso em 20 Out. 2022

MOVE METROPOLITANO. **Terminal Metropolitano de São Gabriel, Belo Horizonte - MG.** Disponível <<<https://movemetropolitano.com.br/terminal-sao-gabriel>>> Acesso em 20 Out. 2022

MOVE METROPOLITANO. **Terminal Metropolitano de São Benedito, Santa Luzia - MG.** Disponível <<<https://movemetropolitano.com.br/terminal-sao-benedito>>> Acesso em 20 Out. 2022

PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA LUZIA. **Secretaria Municipal de Meio Ambiente: licenciamento ambiental.** Disponível <<<https://www.santaluzia.mg.gov.br/v2/index.php/categoria-meio-ambiente/licenciamento-ambiental/>>> Acesso em 20 Out. 2022

PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA LUZIA. **Atlas Histórico e geográficos do Município de Santa Luzia - MG.** Disponível <<<https://www.santaluzia.mg.gov.br/v2/wp-content/uploads/2019/03/Atlas.pdf>>> Acesso em 20 Out. 2022

PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA LUZIA. **Coleção de plantas atualizadas dos bairros aprovados em Santa Luzia.** Disponível. <<<https://www.santaluzia.mg.gov.br/v2/index.php/bairros/plantasgeral/>>> Acesso em 20 Out. 2022

PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA LUZIA. **Parceria entre o executivo municipal e IFMG visa implantação de parque ecológico na cidade.** Disponível <<<https://www.santaluzia.mg.gov.br/v2/index.php/noticias/parceria-entre-o-executivo-municipal-e-ifmg-visa-implantacao-de-parque-ecologico-na-cidade/>>> Acesso em 20 Out. 2022

PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA LUZIA. **Secretaria Municipal de Meio Ambiente: política de gestão ambiental.** Disponível <<<https://www.santaluzia.mg.gov.br/v2/index.php/meioambiente1/>>> Acesso em 20 Out. 2022

PROGRAMA DE EDUCAÇÃO AMBIENTAL DE SANTA LUZIA. **Programa de Educação Ambiental.** Disponível <<<https://www.peasantaluzia.com/>>> Acesso em 20 Out. 2022

PROJETO LUZIAS. **Projeto de Parque ecológico no distrito de São Benedito.** Disponível <<<https://www.luzias.com.br/acontecendo/>>>

RODAP TRANSPORTES COLETIVOS. **Consulta Linhas de ônibus do Transporte metropolitano.** Disponível <<http://www.rodap.com.br/?page_id=102>> Acesso em 20 Out. 2022

SITE FANDOM. **Sistema de ônibus por Territórios DER-MG.** Disponível em <[https://onibusbh.fandom.com/pt-br/wiki/Sistema_de_Territ%C3%B3rios_\(DER-MG\)](https://onibusbh.fandom.com/pt-br/wiki/Sistema_de_Territ%C3%B3rios_(DER-MG))> Acesso em 15 Out. 2022

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. **Estudos sobre as questões ambientais do novo Rodoanel.** Disponível <<http://www.rmbh.org.br/arquivos_biblioteca/MZ.DOC_.PRODUTO.4_R00.compressed.pdf>> Acesso em 20 Out. 2022