BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 936

(Ano XI)

(14/12/2019)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2019

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

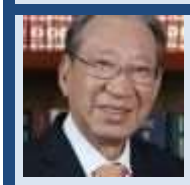
País: ***Brasil***. Cidade: ***Brasília – DF***. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

COLUNISTA DA SEMANA



ITBI. TJSP e a tese da alternatividade da base de cálculo
12/12/2019 | Kiyoshi Harada 08

ARTIGOS

CPC/15: Contraditório prévio e a vedação às decisões surpresa
13/12/2019 04:58 | Erica Izabel da Rocha Costa 17

Análise dos aspectos jurídicos relacionados a Dengue
13/12/2019 04:50 | Nancy Sampedro 23

A mudança da classificação de embalagens de tinta imobiliária como recicláveis e a ofensa a princípios de direito ambiental
13/12/2019 04:50 | Ruth Helena Silva Vasconcelos Pereira 34

Investigação criminal e as informações obtidas de aparelhos de celular apreendidos
13/12/2019 04:46 | Morgana Alves de Albuquerque Bezerra 51

A responsabilidade civil dos meios de comunicação pela quebra do direto ao esquecimento
13/12/2019 04:42 | Josiane Araújo Fernandes 65

Cabimento da ação coletiva passiva no processo civil brasileiro
13/12/2019 04:33 | Patricia Bastos de Carvalho 93

Das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento: a taxatividade mitigada do art. 1.015 do CPC
13/12/2019 04:30 | Murilo Santos Ramos 106

Letramento: na perspectiva dos games
13/12/2019 04:17 | Francisco Anderson Costa da Silva 119

Herança de moeda digital: uma análise do direito sucessório no Brasil
13/12/2019 04:14 | Rita de Cássia Sousa Holanda Araújo 124

Cosmovisão da ayahuasca: o sincretismo xamânico-cristão de suas religiões como patrimônio cultural brasileiro
13/12/2019 04:13 | Claudio Coutinho Neto 143

A industrialização do dano moral: banalização do instituto, impactos na celeridade do judiciário e soluções para a problemática
13/12/2019 04:12 | Luís Felipe Reis de Castro 154

Audiência de custódia e os impactos no sistema penitenciário do estado do Pará: instrumento de coibição de prisões ilegais e desnecessárias no âmbito do direito processual penal brasileiro
13/12/2019 04:02 | Roberto Carlos Veríssimo Correia Junior 164

As diferenças entre a litigância de má-fé e o ato atentatório à dignidade da justiça à luz do CPC/15
12/12/2019 | Erica Izabel da Rocha Costa 176

Proposta de regramento para o acesso à conta de correio eletrônico (e-mail) como meio de obtenção de prova
12/12/2019 | Cariel Bezerra Patriota 182

Análise do AIRBNB sob a ótica do direito à propriedade
12/12/2019 | Nancy Sampedro 203

A investigação criminal e os direitos garantias do investigado
12/12/2019 | Lázara Cristina Gonçalves Tavares de Souza 210

Princípios que regem o Regime Diferenciado de Contratação- RDC
12/12/2019 | Deborah Maria de Vasconcelos Gomes Soares 271

O Bullying nas Escolas e sua responsabilidade civil
12/12/2019 | Marcelo de Almeida Costa 278

O direito à dignidade humana no cárcere: um olhar sobre as unidades prisionais de Palmas/Tocantins
12/12/2019 | Rafaella Matos Souza 296

Da instrumentabilidade constitucional do processo penal e a impossibilidade de subordinação ao direito penal material. Uma barreira ao punitivismo e direito penal de emergência através do devido processo legal
12/12/2019 | Luís Felipe Reis de Castro 317

O princípio da razoabilidade da origem à aplicação confusa na seara trabalhista

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

12/12/2019 | João Bosco de Almeida Rezende 327

Bônus Penais
12/12/2019 | Efraim Gonçalves Rocha 336

O direito à liberdade de informação/imprensa versus o direito ao esquecimento sob a óptica da dignidade da pessoa humana
11/12/2019 | Pedro Paulo da Silva 354

A Justiça e o Advogado
11/12/2019 | Cariel Bezerra Patriota 377

A mulher transexual como vítima do crime de feminicídio
11/12/2019 | Bruna Cristina Vieira de Souza 382

União estável homoafetiva: Um estudo de revisão
11/12/2019 | Marcelo de Almeida Costa 406

A situação da mulher gestante, puérpera ou com filho de até 12 anos no contexto do Sistema Penitenciário brasileiro
11/12/2019 | Luisa Castelo Branco de Almeida 423

Da criminalidade à criminalização: os diferentes focos de abordagem da criminologia etiológica positivista e da criminologia crítica
11/12/2019 | Ricardo Silveira de Azevedo 489

A análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do código penal e a fixação da pena-base à luz da atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
11/12/2019 | Amanda Gabrielle Siqueira Borges Romao 500

Biopolítica: um caminho para a governança internacional
11/12/2019 | Ruth Helena Silva Vasconcelos Pereira 519

A flexibilização da posse regular de arma de fogo enquanto fator de aumento ou redução da criminalidade sob a ótica do Estatuto do Desarmamento
11/12/2019 | Francisco Adson Bezerra Rocha..... 535

Da inconstitucionalidade do § 2º, do artigo 477, do Código de Processo Penal
11/12/2019 | Diogo Esteves Pereira 554

Síndrome da alienação parental: repercussões jurídicas e efeitos sobre o infante
11/12/2019 | Paulo Augusto Lopes Juca 572

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ativismo judicial: os problemas decorrentes do abuso da função jurisdicional
11/12/2019 | Antonio Leonardo da Silva Júnior 604

A água como direito humano
10/12/2019 | Ruth Helena Silva Vasconcelos Pereira 623

Confiabilidade do retrato falado construído com base em relatos de vítimas e/ou de testemunhas de crime como meio de identificação de autoria delituosa
10/12/2019 | Paulo Robson Bezerra Reis 643

Análise dos aspectos jurídicos das ações coletivas envolvendo o medicamento Sofosbuvir
10/12/2019 | Nancy Sampedro 665

Prisão após condenação em segunda instância antes do trânsito em julgado
10/12/2019 | Diego Bonifácio de Souza 676

Economia colaborativa, a percussora da sustentabilidade eficaz
10/12/2019 | Eduardo Paixão Caetano 695

A problemática da utilização do inquérito policial como fundamento de decisões judiciais
10/12/2019 | Valdimir Ferreira do Espírito Santo Júnior 713

Máscara da personalidade pré-natal: Contributos dogmáticos em defesa da vida embrionária
10/12/2019 | Mylena Rios Camardella da Silveira 738

A configuração do crime de estupro em razão de beijo lascivo obtido pela força: uma análise à luz do princípio da proporcionalidade, do princípio da ofensividade e de aspectos constitucionais
10/12/2019 | Luís Felipe Reis de Castro 781

Da aplicação de multa coercitiva contra agente público em sede de mandado de segurança
10/12/2019 | Pablo Henrique Garcete Schrader 807

O falho sistema de execução penal e os efeitos das mazelas da prisão nos agentes penitenciários
10/12/2019 | Ruben Mauro Lucchi Rodrigues 839

A aplicação da teoria do desvio do recurso produtivo do consumidor
10/12/2019 | Mauro Brito da Costa 852

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Da transmissão e obrigação de alimentos
10/12/2019 | Elizangela Leal de Souza 871

A (im)possibilidade da utilização da arbitragem nas dissoluções de sociedade conjugal
09/12/2019 | Victória Santana de Araújo Oliveira 890

Violação aos direitos das mulheres: uma análise literária sobre o conto da AIA
09/12/2019 | Odilany dos Santos Silva Penha 916

O sistema acusatório e a iniciativa probatória do juiz no processo penal
09/12/2019 | José Robélio de Lemos Amorim Júnior 932

A súmula Vinculante e a sua relação com o livre convencimento motivado dos magistrados: breve análise a partir da hermenêutica jurídica
09/12/2019 | Luciana Cavalcante Paim Machado 954

A (in) constitucionalidade da colaboração premiada negociada com réu preso
09/12/2019 | Marcelo de Almeida Costa 967

Uma análise da teoria da separação de poderes sob a ótica de João Maurício Adeodato e da decisão judicial
09/12/2019 | Cariel Bezerra Patriota 993

Liberdade de expressão e opinião no humor
09/12/2019 | Camilla Christiane Cajuhy dos Santos 999

Análise crítica a respeito da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil
09/12/2019 | Daniel Dal Pont Adriano 1016

Dificuldades relativas à educação e à qualificação profissional do egresso do Sistema Prisional
09/12/2019 | Mirian Cardoso Pereira 1034

Autonomia da vontade do paciente terminal frente aos direitos humanos
09/12/2019 | Maria José de Vasconcelos 1052

Análise da efetividade das ações de ressocialização na unidade prisional feminina de Palmas em 2019
09/12/2019 | Getulio de Melo Junior 1077

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Crise da execução penal: Violação à lei 7.210 de 1984, pela crise da execução penal nos presídios brasileiros
09/12/2019 | Juan Victor Leonardo Castelo Branco 1091

Feminicídio: A importância da lei do feminicídio no direito penal brasileiro
09/12/2019 | Izabel Cristiane Ferreira dos Santos 1113

Doutrina da proteção integral x municipalização: a invisibilidade de crianças e adolescentes em situação de rua
09/12/2019 | Italo Johnson Silva Sousa 1131

A eficácia da intervenção penal ao momento anterior à produção do dano ambiental
09/12/2019 | Elen C. Guellen 1148

A internalização dos tratados internacionais de direitos humanos
09/12/2019 | Andréia Aquiles Sipriano da Silva Ortega 1169

Violência psicológica contra a mulher em ambiente domiciliar
09/12/2019 | Michely Silva Leal 1181

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ITBI. TJSP E A TESE DA ALTERNATIVIDADE DA BASE DE CÁLCULO

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Mestrado em Teoria Geral do Processo pela Universidade Paulista (2000). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1 Introdução

Continua grassando controvérsia nos tribunais acerca da base de cálculo do ITBI. É frequente a confusão entre a fixação de regras para a apuração da base de cálculo, tarefa cabente ao legislador, com a disponibilização do valor venal de cada imóvel cadastrado na Prefeitura com efeito vinculante ao contribuinte. Resta claro que a apuração da base de cálculo do imóvel objeto de transmissão é tarefa do fisco municipal, sempre dependente de efetiva ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

A jurisprudência do TJSP, com base na legislação revogada desde 2006, fixou, recentemente, a tese da alternatividade da base de cálculo do ITBI – valor da transmissão do bem imóvel ou o valor venal do IPTU – prevalecendo o que for maior. É um grande equívoco, como mais adiante demonstraremos.

2 Valor Venal de Referência

A Municipalidade de São Paulo, com o manifesto propósito de aumentar o imposto sem lei, engendrou a figura do Valor Venal de Referência – VVR – como base de cálculo desse imposto.

Esse VVR resulta de pesquisas de mercado imobiliário feitas por burocratas da Secretaria das Finanças do Município que vão alimentando periodicamente o computador da Secretaria com o valor de mercado relativamente a *todos os imóveis cadastrados* na Prefeitura para fins de IPTU. Esse Valor Venal de Referência disponibilizado no computador do fisco municipal com efeito vinculante ao contribuinte é infinitamente superior ao Valor Venal do imóvel que resulta da

aplicação da lei de regência da matéria para fins de lançamento do IPTU, ou seja, da Lei nº 10.235/86. É bom que fique claro, desde logo, que a lei não fixa o valor venal de cada imóvel; ela contém regras objetivas para apuração do valor venal de cada imóvel por ocasião do lançamento pela autoridade administrativa competente.

Os burocratas da Prefeitura confundiram ato de lançamento, quando se apura a base de cálculo do imposto, com a atividade legislativa cabente ao Poder Legislativo que consiste em fixar critérios objetivos para a apuração, pelo Executivo, do valor venal de cada imóvel a ser concretamente tributado.

Ora, não cabe ao burocrata da Prefeitura avaliar concretamente o valor de cada um dos milhares de imóveis cadastrados, por meio de pesquisa de mercado, inserindo o resultado dessas pesquisas no computador da Secretaria de Finanças para sua utilização compulsória por ocasião de cada operação de transmissão imobiliária. Não há como pretender preestabelecer *in abstrato* o valor venal de cada um dos milhares de imóveis, tendo em vista as futuras e possíveis operações imobiliárias. A apuração do aspecto quantitativo do fato gerador, por óbvio, é medida que se impõe apenas quando ocorrido no mundo fenomênico a situação abstrata e genericamente prevista na norma jurídica de incidência tributária, ou seja, quando houver subsunção do fato concreto à hipótese legal prevista.

Essa figura, que não tem apoio na ordem jurídica vigente, aproxima-se da figura da base de cálculo presumida do ICMS em que se apura antecipadamente o aspecto quantitativo do imposto que será devido no futuro, na subsequente etapa de movimentação da mercadoria.

Não se pode confundir critérios objetivos para a apuração do valor venal de cada imóvel, como faz corretamente a Lei nº 10.235/86, com a apresentação do valor venal concreto de cada imóvel para futura e eventual tributação. Não cabe ao fisco apontar o valor venal do imóvel antes de ocorrido o fato gerador. Cabe à administração tributária, em cada caso concreto, fixar o valor do imóvel objeto de tributação com base em critérios previamente definidos em lei.

Por tais razões, o Egrégio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo declarou a inconstitucionalidade do Valor Venal de Referência instituído pelo Município de São Paulo (Arguição de Inconstitucionalidade_nº 0056693-19.2014.8.26.000, Rel. Des. Designado Paulo Dimas Mascaretti, *DJe* de 23-4-2015).

3 A jurisprudência do TJSP

Afastado o VVR que exacerba o valor do ITBI a ser pago, o TJSP vinha perfilhando a tese da adoção do valor da transação, bem como o entendimento de que a base de cálculo desse imposto é o valor do negócio jurídico realizado *ou* o valor venal para fins do IPTU, *prevalecendo aquele que foi maior*, conforme ementas abaixo:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

"APELAÇÃO CÍVEL – Embargos à execução – Município de São Paulo – ITBI - Cabimento do recolhimento do imposto com base no valor da transação – Arbitramento - Omissão ou má-fé da contribuinte não verificadas - Procedimento administrativo sem observância do contraditório e da ampla defesa – Inadmissibilidade - Inteligência do artigo 148 do Código Tributário Nacional - Sentença mantida – Recursos oficial não conhecido e voluntário da Municipalidade não provido." (Apelação nº 9000024-13.2011.8.26.0090, Rel. Des. Mônica Serrano, *DJe* de 20-12-2014).

"APELAÇÃO - Base de cálculo de ITBI - Município que utiliza padrão de base de cálculo diferente da do valor venal do imóvel para fins de IPTU - Ofensa ao princípio da legalidade - Utilização, para fins de tributação, do valor venal utilizado para a cobrança do IPTU ou valor do negócio traduzido no instrumento de compra e venda, o que for maior - Precedentes - Sentença reformada - Recurso provido." (Apelação nº 1005199-36.2014.8.26.0053, Rel. Des. Mônica Serrano, *DJe de* 07/01/2015).

"APELAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA ITBI - Base de Cálculo. Valor venal do imóvel ou o valor da transação, prevalecendo o que for maior. Ilegalidade da apuração do valor venal como previsto no Decreto Municipal 51.627/2012 - Ofensa ao princípio da legalidade tributária, artigo 150, inciso I da CF - Precedentes RECURSO DE OFÍCIO. Sentença sujeita ao reexame necessário, nos termos do art. 14, § 1°, da Lei 12.016/09. Recursos não providos." (Apelação nº 1016503-66.2013.8.26.0053, Rel. Des. Claudio Marques, *DJe* de 20-12-2014).

"APELAÇÃO. Mandado de segurança. Imposto sobre transmissão inter vivos de bens imóveis. Base de cálculo. Valor venal consignado no último lançamento do imposto predial e territorial urbano ou o valor de aquisição do bem, o que for maior. Ilegalidade da apuração do valor venal como previsto no Decreto Municipal 46.228/05 e no artigo 7º-A da Lei Municipal 11.154/91, com a redação dada pela Lei Municipal 14.256/06 (São Paulo). Aplicação do estatuído no artigo 38 do Código Tributário Nacional, bem como nos artigos 7º e 8º da Lei Municipal 11.154/91. Recurso provido." (Apelação nº 0024603-66.2009.8.26.0053, Rel. Des. Geraldo Xavier, *DJe* 03-12-2014).

Como se verifica a maioria dos julgados fixou a tese da alternatividade da base de cálculo do ITBI. Essa estranha alternatividade, abolida desde 2006 do ordenamento jurídico municipal, por configurar norma tendenciosa que fere o

princípio da neutralidade da legislação tributária, não encontra guarida no sistema constitucional tributário.

Todavia, em recente julgamento em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, por maioria de votos, o TJSP uniformizou a sua jurisprudência no sentido da prevalência do maior valor, conforme ementa abaixo:

> "EMENTA: INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - ITBI - BASE DE CÁLCULO - Deve ser calculado sobre o valor do negócio jurídico realizado ou sobre o valor venal do imóvel para fins de IPTU, aquele que for maior, afastando o "valor de referência" - Ilegalidade da apuração do valor venal previsto em desacordo com o CTN - Ofensa ao princípio da legalidade tributária, artigo 150, inciso I da CF - Precedentes - IRDR PROVIDO PARA FIXAR A TESE JURÍDICA DA BASE DE CÁLCULO DO ITBI, DEVENDO CORRESPONDER AO VALOR VENAL DO IMÓVEL OU AO VALOR DA TRANSAÇÃO, PREVALECENDO O QUE FOR MAIOR" (IRDR nº 2243516-62.2017.8.26.0000/SP, Relator Designado Des. Burza Neto, j. 23-5-2019).

O voto minoritário da lavra do Desembargador Eutálio Porto, com sólido apoio na Jurisprudência do STJ, firmou a tese de que o valor da base de cálculo do ITBI é o valor real da venda do imóvel, sendo que nos casos de divergência deve se proceder nos termos do art. 148 do CTN.

De fato, a matriz constitucional do ITBI é a transmissão onerosa, *inter vivos,* de bens imóveis ou de direitos reais sobre bens imóveis que pressupõe a existência de um preço. Em sendo assim, nenhuma lei infraconstitucional pode fixar a base de cálculo desse imposto em dissonância com o preço da transmissão, normalmente, consignado na escritura de compra e venda, um documento que merece fé pública, nos exatos termos do art. 19, II da CF [1]. Na hipótese em que o preço consignado na escritura pública de transmissão da propriedade imobiliária for notoriamente inferior ao valor de mercado cabe ao fisco proceder ao arbitramento desse valor de conformidade com o disposto no art. 148 do CTN, e não o contrário, isto é, o fisco consignar um valor venal de forma arbitrária e sujeitar o contribuinte a requerer avaliação contraditória, como vem acontecendo na prática.

Esclareça-se, outrossim, que a alternatividade que estava no art. 8º da Lei nº 11.154/91 que rege o ITBI no Município de São Paulo, posteriormente revogado pela Lei nº 14.256/2006, não tinha o menor amparo no sistema constitucional tributário, porque a relação jurídico-tributária material e processual rege-se pelo princípio da neutralidade ou da imparcialidade. A legislação tributária não pode ser pró contribuinte, nem pró fisco, mas tão somente pró lege.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Não pode o fisco optar pelo maior valor, da mesma forma que não cabe ao contribuinte optar pelo menor valor. Tributo é um conceito certo e determinado não podendo existir dois valores distintos à opção do fisco ou do contribuinte. O valor do tributo há de resultar exclusivamente da aplicação da lei que define a base de cálculo de cada tributo, e não da vontade do fisco ou do contribuinte. E não pode haver duas definições dessa base de cálculo, ainda que em termos alternativos por implicar descaracterização do tributo como um conceito certo e determinado. Não existe, nem pode existir tributo de valor X ou Y à escolha do fisco. Por isso, o art. 8º da Lei nº 11.154/91 foi revogado pela Lei nº 14.256/2006.

Passados mais de uma década da revogação da lei, na verdade inconstitucional, o TJSP fixou o entendimento segundo o qual deve-se promover a aplicação do critério alternativo de fixação da base de cálculo do ITBI, em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, acreditando ser uma boa política tributária para favorecer a Fazenda.

É muito ruim para o cidadão, para a sociedade e para o Estado Democrático de Direito quando um órgão imparcial, ou que deveria ser imparcial, começa a decidir com vistas ao interesse da Fazenda, invariavelmente contrário ao interesse do cidadão-contribuinte. Não se pode confundir interesse do Estado, sempre voltado para o fim de interesse público, com o interesse privado do poder público representado pela Fazenda. O conflito de interesses entre o fisco e o contribuinte, assim como entre os particulares ou entre os poderes públicos, cabe ao Estado dirimir por meio de seu órgão jurisdicional que é ou deveria ser necessariamente imparcial, por exercer a jurisdição em regime de monopólio estatal.

4 A tese adotada pelo TJSP gera distorção inadmissível

Um detalhe que tem passado despercebido pelos ínclitos magistrados do TJSP, bem como pelos estudiosos da matéria em geral é que a adoção indiscriminada do valor venal do IPTU como sendo a base de cálculo do ITBI gera uma distorção inadmissível, pela gritante injustiça que esse fato provoca em algumas situações peculiares. Quando a injustiça decorre da lei a solução a ser buscada é a reformulação da lei. Mas, quando a injustiça decorre da errônea aplicação da lei cabe ao órgão competente corrigir o equívoco.

Suponha-se a transmissão de unidades de garagens autônomas situadas em um prédio residencial de alto luxo. O metro quadrado da unidade autônoma, no caso, terá um valor infinitamente superior ao valor do metro quadrado de uma unidade autônoma de prédio residencial de baixo padrão construtivo.

Pois bem, para os proprietários de unidades autônomas e das respectivas vagas nas garagens aplica-se o princípio *o acessório segue o principal.* Assim, transpõe-se o valor do metro quadrado da unidade autônoma para as vagas das garagens situadas nos subsolos, normalmente de padrão rústico (pisos cimentados, paredes e tetos sem revestimentos de massa corrida, encanamentos à mostra, iluminações deficientes etc.). Pagarão o IPTU das garagens mais caro do que deveria resultar da apuração do valor venal de acordo com o padrão rústico da construção. Entretanto, por ser uma diferença de pequeno valor, tendo em vista a diminuta área das vagas, não se tem visto contestação desse fato em juízo.

O problema surge quando o proprietário das garagens situadas nos prédios residenciais de alto luxo não for proprietário de unidades autônomas. Hoje, é comum as construtoras de prédios luxuosos destinar garagens nos subsolos para o fim de comercialização com terceiros não proprietários de unidades autônomas que passam a explorar o serviço de estacionamento.

Patente que nessa hipótese não cabe a aplicação do princípio *acessório segue o principal.* Impõe-se a apuração do valor venal das vagas dessas garagens de acordo com o padrão rústico de construção, nada tendo a ver com o valor do metro quadrado da unidade autônoma de elevado padrão construtivo.

A Prefeitura de São Paulo não vem fazendo essa distinção, utilizando o valor do metro quadrado da unidade autônoma de elevado padrão construtivo para calcular o valor venal das vagas de estacionamentos situadas nos subsolos rústicos e aplicando a alíquota de 1,5%, porque consideradas de natureza comercial essas vagas autônomas.

Como sustentamos em nossa obra, de duas uma: "ou essas garagens são acessórias e como tais devem ser tributadas como unidades residenciais, ou são independentes, devendo ser classificadas no tipo e padrão próprio" [2].

A astuta Prefeitura de São Paulo considera essas garagens autônomas como acessório da unidade autônoma do prédio de luxo para fins de aplicação do valor do metro quadrado das unidades autônomas, porém para fins de aplicação da alíquota diferenciada de 1,5% contra 1% considera as mesmas garagens como unidades independentes. Cabe ao Judiciário reprimir esse tipo de conduta que além de ilegal é imoral.

5 A tese sustentada pelo TJSP afronta a jurisprudência do STJ

A jurisprudência da Corte Especial de há muito fixou a tese em sentido contrário ao decidido recentemente pelo TJSP. O STJ vem se batendo pela tese da inexistência de identidade entre a base de cálculo do IPTU e do ITBI. Sendo o fato gerador desse imposto a transmissão de propriedade imobiliária, a base de cálculo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

é o valor do bem transmitido, facultado ao fisco municipal o arbitramento segundo o procedimento estabelecido no art. 148 do CTN na hipótese de esse valor ser notoriamente inferior ao de mercado.

Transcrevemos as ementas abaixo que bem ilustram o que estamos sustentando:

> TRIBUTÁRIO. ITBI. BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO PELO FISCO.
> 1. Constituindo o valor venal do bem transmitido a base de cálculo do ITBI, caso a importância declarada pelo contribuinte se mostre nitidamente inferior ao valor de mercado, pode o Fisco arbitrar a base de cálculo do referido imposto, desde que atendida a determinação do art. 148, do CTN.
> 2. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido". (REsp 261.166/SP, Rel. Ministro José Delgado, julgado em 12-09-2000, *DJ* 06-11-2000).
> "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IPTU E ITBI. BASE DE CÁLCULO. VALOR VENAL. INEXISTÊNCIA DE VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE À COGNIÇÃO DO APELO NOBRE. AGRAVO INTERNO DO CONTRIBUINTE A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Quanto à cognoscibilidade do Recurso Especial, afasta-se o óbice da Súmula 284/STF, visto que o Município de São Paulo/SP indicou expressamente como violados os arts. 97, II do CTN e 148 do CTN. 2. Por outro lado, a leitura do voto condutor do acórdão de origem revela que o tema referente à base de cálculo do ITBI foi debatido com fundamento de caráter infraconstitucional, qual seja, a correta interpretação a ser dada a dispositivos do CTN, que dispõem sobre a base de cálculo do ITBI. 3. Para que se configure prequestionamento implícito, é necessário que o Tribunal a quo emita juízo de valor a respeito da matéria debatida (REsp nº 1.615.958/MG, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, *DJe* 29.11.2016), ainda que deixe de apontar o dispositivo legal em que baseou o seu pronunciamento. 4. Ambas as Turmas integrantes da Seção de Direito Público do STJ consolidaram entendimento de que não há identidade entre as bases de cálculo do IPTU e do ITBI e suas respectivas formas de apuração, de modo que os valores lançados podem ser diversos (AgInt nos EDcl no REsp. nº 1.566.501/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, *DJe* 10.6.2016). Precedentes: AgInt nos EAREsp. Nº 839.173/SP, Rel. Min. GURGEL DE

FARIA, DJe 29.11.2016; AgInt nos EDcl no AREsp nº 762.921/SP, Rel. Min. DIVA MALERBI, *DJe* 22.6.2016.
5. Agravo Interno do Contribuinte a que se nega provimento. (AgInt no AgInt no AREsp 162.397/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 10-04-2019).

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA. ITBI. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. LANÇAMENTO POR DECLARAÇÃO. DIVERGÊNCIA DO FISCO QUANTO AO VALOR VENAL DECLARADO PELOS COMPRADORES DO IMÓVEL. POSTERIOR LANÇAMENTO DE OFÍCIO (SUBSTITUTIVO). AUSÊNCIA DE PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ART. 148 DO CTN. NECESSIDADE DE PERÍCIA JUDICIAL.
1. Cuida-se de agravo em recurso especial, que ora se traz a julgamento em conjunto com o próprio apelo raro, como permite o art. 1.042, § 5º, do CPC/2015.
2. Versa a lide sobre pedido de repetição de indébito, em que contribuintes reivindicam do Fisco Distrital a devolução de valor de ITBI alegadamente pago a maior, no âmbito de específica aquisição imobiliária.
3. Não há ofensa aos arts. 489 e 1.022, II, do CPC/2015, quando o Tribunal de origem dirime, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos.
4. A jurisprudência do STJ já se manifestou no sentido de que, "constituindo o valor venal do bem transmitido a base de cálculo do ITBI, caso a importância declarada pelo contribuinte se mostre nitidamente inferior ao valor de mercado, pode o Fisco arbitrar a base de cálculo do referido imposto, desde que atendida a determinação do art. 148, do CTN" (REsp nº 261.166/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/9/2000, *DJ* 6/11/2000, p. 192).
5. No caso concreto, nada obstante a considerável discrepância entre o valor declarado pelos contribuintes e aquele considerado como de mercado pela entidade tributante (o Fisco arbitrou valor equivalente a quase o dobro do informado pelos compradores do imóvel), a Corte de origem entendeu dispensável a realização de prévio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

procedimento administrativo fiscal para fins de lançamento do ITBI, afrontando, com isso, ao art. 148 do CTN.

6. Sob pena de supressão de instância, imperioso que os autos retornem ao primeiro grau de jurisdição, a fim de se implementar a avaliação pericial do imóvel objeto da exação, em modo de prova equidistante e imparcial, capaz de subsidiar o julgador na correta apuração do valor venal do bem, enquanto base de cálculo do incidente ITBI (art. 38 do CTN), ensejando o consequente e adequado deslinde da pretensão repetitória posta na exordial.

7. Agravo em recurso especial conhecido para dar parcial provimento ao recurso especial dos contribuintes" (ARESsp nº 1452575/DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, *DJe* 27-6-2019).

6 Conclusão

Cabe ao TJSP rever a sua jurisprudência quer em função da hierarquia dos tribunais, quer em função do texto constitucional que alude ao imposto sobre transmissão de bens imóveis por atos *inter* vivos e a título oneroso, onde transparece o preço da transmissão que é a base de cálculo do ITBI, salvo nas hipóteses em que o preço constante da escritura aquisitiva for notoriamente inferior ao valor de mercado. Nessa única hipótese cabe ao fisco municipal arbitrar o valor da base de cálculo do imposto observado o procedimento do art. 148 do CTN. Aliás, consignar na escritura de compra e venda preço inferior àquele efetivamente pactuado pelas partes configura crime contra ordem tributária (art. 2º, I da Lei nº 8.137/90).

[1] Art.19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II – recusar fé aos documentos públicos".

[2] Cf. nosso IPTU doutrina e prática. São Paulo: Atlas, 2012, p. 166.

CPC/15: CONTRADITÓRIO PRÉVIO E A VEDAÇÃO ÀS DECISÕES SURPRESA

ERICA IZABEL DA ROCHA COSTA: Bacharel em Direito pela Universidade Paulista – UNIP. Bacharel em Letras-Português pela Universidade de Brasília –UnB. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá. Foi escriturária do Banco do Brasil no período de 2010 a 2011. Foi técnica judiciária do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios em 2013. Foi analista processual do Ministério Público da União no período de 2013 a 2017, ocasião em que atuou como analista processual na Procuradoria Regional do Trabalho da 10ª Região – PRT/MPT. Atualmente, é membro da Advocacia-Geral da União - AGU, instituição na qual atua como Advogada da União.

A Constituição Federal é o ápice do ordenamento jurídico, devendo o Código de Processo Civil obedecer aos seus preceitos, tal como estabelece o artigo que inaugura a legislação processual, a saber:

> "***CPC/15***.
>
> *Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.*

O CPC/15 elenca nos arts. 1º ao 12 as normas fundamentais do processo civil, que são desdobramentos e concretizações de normas previstas na Constituição Federal.

As normas fundamentais do processo civil são aquelas normas que estabelecem valores que lhe são importantes e fundamentais para a estruturação do sistema – um tema muito recorrente em provas de concurso público.

No presente artigo, vamos analisar duas importantes normas fundamentais previstas no art. 9º e 10 do CPC/15, que detalham o princípio do contraditório consagrado na Constituição Federal.

Contraditório prévio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O princípio do contraditório está consagrado expressamente na Constituição Federal, no art. 5º, inc. LV, que assim dispõe:

> ***CF/88***.
>
> *V - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*

Em linhas gerais, o princípio do contraditório é uma garantia de conhecimento da demanda e dos atos processuais. Além disso, esse princípio também é uma garantia de influência e participação na construção da decisão judicial.

Destrinchando esse princípio do contraditório, observamos que ele está alicerçado em três premissas elementares: i) primeiramente, para se operacionalizar o contraditório, faz-se necessário que as partes tenham **CONHECIMENTO** do processo e dos atos processuais; ii) em seguida, tendo conhecimento da demanda, as partes devem ter instrumentos para **PARTICIPAR** do processo e iii) além de participar, devem poder **INFLUENCIAR** o tomador da decisão judicial.

Portanto, o princípio do contraditório não é só uma garantia de conhecimento do processo, somado à possibilidade de reação, ele deve ser entendido também como o direito de influenciar na formação da convicção do juiz ao longo do processo.

Historicamente, a doutrina analisa este princípio sob 2 óticas: o **contraditório formal** e o **contraditório material/substancial.**

Sob a perspectiva do contraditório formal, basta que as partes tenham ciência do processo, para que elas possam tempestivamente se manifestar. Já sob a dimensão substancial**,** não basta haver a participação e reação da parte, mas também deve ser garantido a efetiva influência na construção da decisão judicial.

Para o Novo do Código de Processo Civil, o contraditório não deve ser meramente formal, mas sim efetivo e substancial. Isso significa que o resultado do processo deve ser fruto de intenso debate e da efetiva participação dos interessados, de modo que possam influenciar na decisão do juiz.

O art. 9º do CPC/15 replica esse princípio constitucional, ao estabelecer que:

> ***CPC/15***.

> *Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.*

Assim, temos que o princípio do contraditório deve ser compreendido como o direito de influir e participar da construção da decisão judicial previamente à tomada dessa decisão. Não é suficiente que a possibilidade de reação seja oportunizada após a decisão, ela deve ser, via de regra, prévia.

No entanto, essa exigência do contraditório prévio não é absoluta, e a lei processual traz três situações em que o contraditório prévio pode ser relativizado, ou seja, o contraditório será exercido posteriormente e não previamente. Observe que o contraditório continua a existir, pois é uma garantia constitucional, ele não será suprimido e sim realizado em um momento posterior.

Nesse contexto, de acordo com o parágrafo único do art. 9º do CPC/15, o juiz poderá conceder a tutela, sem que a outra parte seja previamente ouvida, em 3 (três) situações:

I – Tutela provisória de urgência

II- Tutela provisória de evidência

III – Ações monitórias

Quanto à primeira hipótese, o perfazimento do tempo é incompatível com a situação a ser tutelada. Assim, havendo urgência, faz-se necessário que a decisão judicial também seja proferida de modo célere, e a **tutela provisória de urgência** poderia ser prejudicada caso tivesse que se operacionalizar o contraditório prévio.

Quanto à segunda situação, o contraditório prévio também será excepcionado no caso da **tutela provisória de evidência**, pois se o juiz constatar a evidência do direito do autor, com altíssima probabilidade da sua vitória, ele pode conceder o direito ao autor, por meio da tutela provisória de evidência, sem a prévia oitiva do réu.

A terceira exceção diz respeito às **ações monitórias**. Recapitulando em breves linhas, a ação monitória está disciplinada nos art. 700 a 702 do CPC/15. Ela consiste em um procedimento especial de jurisdição contenciosa utilizado por aquele que possui título executivo extrajudicial sem eficácia executiva, mas que pretende cobrar ou exigir alguma obrigação constante deste título.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No caso, sendo evidente o direito do autor da ação monitória, o contraditório prévio pode ser afastado pelo juiz, ficando autorizada a expedição do mandado monitório ao réu antes que ele seja previamente ouvido. Observe que essa decisão não é definitiva e mesmo que proferida antes da oitiva do réu, ela não suprime o seu direito ao contraditório, que será exercido em momento posterior.

Vedação às decisões surpresa

Dispõe o art. 10 do CPC/15 que é necessário que haja prévio debate pelas partes antes do proferimento da decisão judicial, ainda que se trate de matéria sobre o qual possa ser decidida de ofício. Esse dispositivo veda as **decisões-surpresa**, também denominada de **decisão de terceira via**.

Observe:

> ***CPC/15***.
>
> *Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.*

Nesse sentido, essa norma fundamental garante que apenas os argumentos e fundamentos submetidos à manifestação precedente das partes podem ser aplicados pelo julgador. Se não foram debatidos, o juiz deve determinar a intimação dos interessados para que se pronunciem sobre a questão não debatida que pode, eventualmente, ser objeto de deliberação judicial.

Essa proibição de decisão surpresa assegura às partes o direito de serem ouvidas de maneira antecipada sobre todas as questões relevantes do processo, ainda que passíveis de conhecimento de ofício, em obediência ao princípio ao contraditório.

Por exemplo: *as partes discutem uma determinada cláusula de um contrato à luz do Código Civil -CC. Assim, não pode o juiz, de forma surpreendente, julgar que deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor -CDC, pois não oportunizou o contraditório. Deveria, antes de julgar nesse sentido, ter intimado previamente as partes para se pronunciarem sobre a aplicação do CDC ao caso concreto em discussão.*

A consequência do descumprimento dessa importante norma fundamental é a nulidade da decisão, por descumprimento ao art. 10 do CPC/15.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se pronunciar sobre o assunto no RECURSO ESPECIAL Nº 1.676.027, invocando como razão de decidir o princípio ora analisado. No caso, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região terá que julgar novamente uma ação extinta sem julgamento de mérito por insuficiência de provas.

De acordo com a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, o fundamento adotado pelo TRF-4 não foi previamente debatido pelas partes ou objeto de contraditório preventivo, o que é vedado pelo Código de Processo Civil de 2015. Nas exatas palavras do Ministro Relator, Ministro Herman Benjamin, a partir do CPC/2015 mostra-se vedada decisão que inova o litígio e adota fundamento de fato ou de direito sem anterior oportunização de contraditório prévio, mesmo nas matérias de ordem pública que dispensam provocação das partes.

Ressaltou que somente argumentos e fundamentos submetidos à manifestação precedente das partes podem ser aplicados pelo julgador, devendo este intimar os interessados para que se pronunciem previamente sobre questão não debatida que pode eventualmente ser objeto de deliberação judicial.

Feitas essas considerações, sobre o art. 10 do CPC/15 – que traz a vedação às decisões surpresas, temos que sempre que o juiz for decidir com base em fundamento não invocado ou debatido pelas partes, deve obrigatoriamente abrir oportunidade para anterior manifestação dos demais sujeitos processuais principais, sem que isso implique restrição aos seus poderes jurisdicionais.

Caso a decisão seja proferida sem que a parte se manifeste sobre um determinado fundamento utilizado como razão de decidir, a decisão será nula – como já reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: Acesso em: 10 Junho 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação Civil Pública: **Comentários por Artigo.** 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi. **Fundo federal de reparação de direitos difusos (FDD): aspectos atuais e análise comparativa com institutos norte-americanos**. Revista de Direito Ambiental, n. 38, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Novo Código de Processo Civil de 2015 - Comparativo com o Código de 1973**. Salvador: Juspodivm, 2016.

GOUVEIA, Lúcio Grassi. **A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no Processo Civil Brasileiro**. Revista de Processo, n. 172.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ANÁLISE DOS ASPECTOS JURÍDICOS RELACIONADOS A DENGUE

NANCY SAMPEDRO: Especialista em Contratos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestranda em Direitos Difusos e Coletivos na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Advogada.

RESUMO: Neste artigo será analisado os aspectos jurídicos da legislação referente as Políticas Públicas de Saúde, Política Nacional de Resíduos Sólidos e Educação ambiental, que juntas formam um conjunto organizado de normas cuja finalidade é estabelecer direitos e obrigações que garantam qualidade de vida aos cidadãos, sendo aplicado ao caso da doença denominada dengue.

PALAVRAS-CHAVES: Políticas públicas, dengue, resíduos sólidos, educação ambiental

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Políticas públicas de saúde. 2.1 Analise de dados e indicadores. 2.2 O impacto da gestão de resíduos no vetor da dengue. - 3. Considerações finais. 4. Referências.

1.INTRODUÇÃO

A dengue é uma doença febril aguda, evolução benigna na forma clássica e grave na forma hemorrágica, de etiologia viral é transmitida pela picada de fêmeas dos mosquitos do gênero *Aedes* que tiveram um repasto de sangue infectado com o vírus que é um arbovírus do gênero Flavivírus, sendo conhecidos quatro sorotipos: DENV1, DENV2, DENV3 e DENV4, não havendo vacina e tratamento especifico, apenas sintomático. (Ministério da Saúde, 2002, *online*)

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), a dengue ocorre em climas tropicais e subtropicais, principalmente em áreas urbanas e semiurbanas, a população mais atingida pela doença é formada pelos adultos jovens, se constitui "um dos principais problemas de saúde pública no mundo", sendo que os "picos epidêmicos têm sido cada vez maiores, em períodos que se repetem a cada 3-5 anos, quase de maneira regular", em constante expansão pelo território. (Ministério da Saúde, 2009, *online*)

Tal expansão está condicionada a diversos fatores, dentre eles cita-se: as "condições climáticas favoráveis agravadas pelo aquecimento global", o crescimento urbano não planejado, problemas com o sistema de água e

saneamento, destinação incorreta dos resíduos sólidos, ou seja, a recorrência está diretamente ligada ao próprio homem e sua interação com o meio ambiente urbano. (Ministério da Saúde, 2009, *online*)

As ocorrências de epidemias de dengue demonstram que a região possui uma vulnerabilidade, geram transtornos para a sociedade e ao poder público que irá ter um aumento nos custos com as despesas ambulatoriais e hospitalares, as atividades de fiscalização, atividade de vigilância para controle de vetores e mobilização da população.

Em 28 de fevereiro de 2019 a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) emitiu uma recomendação aos países das Américas, para que intensificassem a vigilância da doença e adotassem medidas de redução da população de mosquitos Aedes aegypti para evitar possíveis surtos de dengue, haja vista que a última atualização epidemiológica da OPAS notificou "nas primeiras seis semanas deste ano", "quase 100 mil casos de dengue, sendo 632 de dengue grave e 28 óbitos". (OPAS, 2019, *online*)

No Brasil, o mosquito da espécie *Aedes aegypti* é a responsável pela transmissão da doença, além de zika, febre amarela urbana e chikungunya, tendo como período propicio de epidemia os meses mais quentes e chuvosos, quais sejam outubro a março, a prevenção é feita pela adoção de medidas efetivas de controle de vetores.

O Boletim Epidemiológico de abril de 2019, trouxe o resultado do monitoramento dos casos de arboviroses urbanas transmitidas pelo Aedes, até 23/03/2019 foram registrados 273.193 casos prováveis de dengue no país, com maior incidência nas regiões Centro-Oeste e Sudeste, o que significa um aumento de 282% no número de casos quando comparado ao mesmo período do ano anterior. (Secretaria da Saúde, 2019, *online*)

O Estado de São Paulo, objeto deste estudo, no ano de 2019 tem tido a circulação da dengue - tipo 2, em mais de 57 municípios, sendo que 10 municípios se encontram em epidemia por concentrar 54% dos casos confirmados, são eles: São Bauru, Araraquara, São José do Rio Preto, Andradina, Barretos, São Joaquim da Barra, Fernandópolis, São Paulo, Agudos e Ipuã, segundo a Secretaria Municipal Estadual de Saúde, conforme boletim epidemiológico de 25 de março.

2.POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

A Constituição Federal Brasileira de 1988, estabeleceu ao Estado a obrigação de reduzir o risco de doenças por meio da adoção de medidas e serviços do sistema único, a fim de assegurar a população uma sadia qualidade de vida, conforme artigos 196 e 198.

As Políticas Públicas de Saúde têm como objetivo alcançar uma meta de finalidade coletiva, por meio de um conjunto organizado de normas que contém um programa de ação.

Assim é dever do Estado garantir a todos uma sadia qualidade de vida, se fazendo necessário, para concretização de tais objetivos, a "criação de regime jurídico próprio com vistas a efetividade" por meio de políticas integradas. (D'ISEP, 2009b, p.161)

O Brasil possui diversas políticas de controle e prevenção voltadas a dengue, dentre elas, cita-se: O Programa Nacional de Controle da Dengue (PNCD) instituído em 24 de julho de 2002, as Diretrizes Nacionais para a Prevenção e Controle de Epidemias de Dengue em 2009, Guia de Vigilância em Saúde atualizado em junho/2019, todos desenvolvidos pelo Ministério da Saúde.

No âmbito internacional, foi elaborada um documento, intitulado: *Planning social mobilization and communication for dengue fever prevention and control: a step-by-step guide* e *Global Insecticide use for Vector-Bourne Disease Control* emitidos pela Organização Mundial de Saúde.

Destaca-se a Agenda 2030 que tem como sendo o objetivo 3.3 acabar com as epidemias de doenças tropicais negligenciadas, doenças transmitidas pela água.

O Programa Nacional de Controle da Dengue (PNCD) prevê a elaboração de programas permanentes focados no desenvolvimento de campanhas de informação e de mobilização das pessoas, o fortalecimento da vigilância epidemiológica e entomológica, combate ao vetor, "a integração das ações de controle da dengue na atenção básica, com a mobilização do Programa de Agentes Comunitários de Saúde (Pacs) e Programa de Saúde da Família (PSF)", a utilização de instrumentos legais que facilitem o trabalho de eliminação de criadouros, a atuação multissetorial, o desenvolvimento de instrumentos mais eficazes de acompanhamento e supervisão das ações desenvolvidas pelo Ministério da Saúde, estados e municípios.

As ações acima citadas devem observar a Estratégia de Gestão Integrada - Dengue (EGI) elaborada pela OPAS/OMS, que objetiva contribuir tecnicamente com a elaboração, implementação e avaliação da doença, para que com base nesses

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

resultados seja articulado iniciativas de apoio entre os países Sul-americanos. (OPAS, 2019, *online*)

No caso do Brasil, todas as ações de apoio devem estar inseridas no marco da Estratégia de Cooperação Técnica da OPAS/OMS com o Brasil 2008-2012. (OPAS, 2019, *online*)

As Diretrizes Nacionais para a Prevenção e Controle de Epidemias de Dengue, foca por meio da adoção de medidas de prevenção, controlar os processos epidêmicos a fim de evitar a ocorrência de óbitos por dengue, tanto no período de epidemia como o de baixa transmissão (Ministério da Saúde, 2009, *online*)

O Guia de Vigilância em Saúde tem como objetivo "disseminar os procedimentos relativos aos fluxos, prazos, instrumentos, definições de casos suspeitos e confirmados, funcionamento dos sistemas de informação em saúde", além das "condutas, medidas de controle e demais diretrizes técnicas para operacionalização do Sistema Nacional de Vigilância em Saúde", tendo sido atualizado neste ano ante o quadro epidemiológico vivenciado no país. (Ministério da Saúde, 2009 *online*)

O guia supracitado traz à baila a junção do "conhecimento científico disponível e as novas tecnologias incorporadas pelo SUS às ações de vigilância", bem como meios de prevenção e controle de doenças que impactam a Saúde Pública. (Ministério da Saúde, 2009, *online*)

Na esfera estadual, destaca-se que o Estado de São Paulo editou o Plano Estadual de Contingência Arboviroses Urbanas – 2018 e, as Diretrizes para a prevenção das arboviroses urbanas no estado de São Paulo.

2.1 ANALISE DE DADOS E INDICADORES

A análise dos dados coletados pelos agentes, permite um panorama geral da situação a nível federal, estadual e municipal, que servirá de base para orientar a atuação do gestor público na tomada de decisões políticas e econômicas.

A periodicidade das análises dependerá da situação entomológica e epidemiológica, da organização do fluxo de informações, dos dados referentes à distribuição e densidade vetorial, à ocorrência de casos, à proporção de confirmação laboratorial.

A Vigilância Epidemiológica possui o Sistema Gerenciador de Ambiente Laboratorial (GAL), o Sinan, o Sistema de Informações Hospitalares (SIH), o Sistema

de Informações sobre Mortalidade (SIM), cuja finalidade é ao detectar a Dengue promover a notificação compulsória, conforme Portaria nº 204/2016 do Ministério da Saúde.

A Vigilância Entomológica, tem como objetivo detectar a presença, a distribuição geográfica e a densidade de vetores no tempo e no espaço, permitindo estimar os riscos de transmissão de patógenos e adoção de medidas de prevenção, com base nos dados obtidos pelos indicadores, criando um Levantamento entomológico de infestação pelo Aedes aegypti.

Os indicadores são divididos por fases, Índice de Infestação Predial (IIP), Índice de Tipo de Recipientes (ITR) e Índice de Breteau (IB) todos da fase de larva, o Índice de Positividade de Ovo (IPO) e Índice de Densidade de Ovo (IDO) - à fase de ovo, Índice de densidade de mosquitos nas residências, Índice de positividade de armadilhas e Índice de densidade de mosquitos em armadilhas - à fase de adulto. (Ministério da Saúde, 2019b, *online*)

O monitoramento da doença é feito por meio do Levantamento Rápido de Índices para o Aedes aegypti (LIRAa/LIA), cujos agentes coletam informações que permitem ao gestor identificar os focos de reprodução do mosquito, o tipo de criadouro predominante e os bairros onde estão localizados no município.

O LIRAa de 2019 identificou que a maioria dos criadouros no Brasil são depósitos de água para o consumo humano que representam 39,0%, seguido dos depósitos domiciliares (depósitos móveis, fixos e naturais), que equivalem a 33,7%, e os depósitos de lixo que somam 27,3%. (Secretaria da Saúde, 2019, *online*)

Os criadouros predominantes na região Norte são lixos, na região Nordeste os depósitos de água, nas regiões Sudeste e Sul são depósitos domiciliares e na região Centro-oeste com depósitos de lixo. (Secretaria da Saúde, 2019, *online*)

O conjunto de indicadores é de suma importância no combate da doença por permitir a visualização da situação real, eis que calcula e avalia "o caminho já percorrido por cidadãos, empresas e governações e, em simultâneo indicar os próximos passos, com objetivos e metas a alcançar", viabilizando o planejamento e implementação de políticas de combate e prevenção. (Aragão, 2017, p. 357)

Assim, pode-se dizer que os indicadores são um instrumento de gestão e controle do vetor das doenças, eis que a análise de seus dados, viabilizam aos municípios a feitura de um planejamento de ações mais eficazes ao combate e controle do mosquito Aedes aegypti.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2.2 O IMPACTO DA GESTÃO DE RESÍDUOS NO VETOR DA DENGUE

A lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010 instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, dispondo sobre seus princípios, objetivos, instrumentos, diretrizes e responsabilidade dos geradores e do poder público.

Observa-se que, dos dados exposto no tópico anterior, além dos aspectos climáticos e topográficos, os fatores sociais estão diretamente ligados ao aumento da proliferação do Aedes aegypti, dentre eles, o armazenamento dos resíduos sólidos, haja vista que o ciclo de vida do mosquito desde o ovo, larva e pupa é aquático.

Quanto aos resíduos sólidos, o lixo quando analisado sob a ótica sanitária gera problemas relacionados a quantidade produzida e sua periculosidade, se tornando necessário que o Poder Público atue implementando serviços de coleta e disposição final, ou seja, se faz necessário uma gestão e gerenciamento a fim de garantir a saúde pública da população e a qualidade ambiental. (Emilio, 2014, p. 17)

As pessoas físicas ou jurídicas são geradoras de resíduos sólidos, por meio de suas atividades e consumo, cabe a essas a obrigação de condicionar adequadamente e de forma diferenciada seus resíduos sólidos, além de disponibiliza-los corretamente para coleta ou devolução, conforme artigo 35, I e II da lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010.

No caso de resíduos domiciliares sua responsabilidade pelos resíduos só cessa com a disponibilização adequada para a coleta ou, devolução por meio da logística reversa, conforme art. 28 da lei nº 12.305/2010

Ocorre que, coleta de lixo urbana é uma das principais medidas sanitárias que ajuda a prevenir a proliferação de doenças, mas ante ao volume de resíduos sólidos produzidos, além da coletada se faz a necessidade de promover o devido tratamento ao mesmo e a conscientização da população.

No caso da dengue, uma das medidas adotadas pela administração pública é do mutirão de coleta de lixo nas residências, a intervenção adequada na gestão de resíduos sólidos, é uma medida de prevenção, capaz de reduzir o acumulo de agua e por consequência o número de pupas.

A inadequada destinação dos resíduos, é um problema que assola diversos municípios brasileiros segundo o LIRAa, dentre eles cita-se: Presidente Prudente que em maio de 2019 recolheu 27 caminhões de lixo orgânico descartado de forma

irregular e móveis, Araraquara por sua vez nos oito mutirões realizados entre fevereiro e abril de 2019 retirou 151 toneladas de lixo, sendo que apenas 5% desse lixo reciclável o demais será aterrado. (G1, 2019, *online*)

O município de São Vicente retirou de um único ponto de acesso da Rodovia dos Imigrantes a um bairro: "lixo caseiro, entulho, sofá, restos de móveis e roupas velhas, potes, copos e garrafas", porém, 24 horas após a limpeza a população já amontoou novamente lixo no local conforme imagens obtidas pela câmera de monitoramento da concessionária. (Jornal Nacional, 2019, *online*)

Ao analisar as imagens do município de São Vicente disponibilizadas no sitio eletrônico da reportagem supracitada, observa-se que se trata de uma comunidade carente, que já criou o habito de reconhecer aquele local como sendo um "depósito".

Nesse caso, ante ao problema cultural instalado, anelado ao diagnóstico, dos fluxos de resíduos seus impactos socioeconômicos e ambientais na comunidade, cabe a administração pública se adequar ao habito da população e instalar uma lixeira coletiva no local, visando educar a população da região de promover o descarte em locais que possuam um sistema adequado de abrigo e coleta dos resíduos, é uma questão de implementação de infraestrutura.

A medida de instalação de lixeiras coletivas suspensas nos bairros, encontra amparo no artigo 29 da lei supracitada, eis que cabe ao poder público atuar de forma a minimizar ou cessar o dano, "logo que tome conhecimento de evento lesivo ao meio ambiente ou à saúde pública relacionado ao gerenciamento de resíduos sólidos".

Destaca-se que, a Política Nacional de Resíduos Sólidos veda expressamente que destinação ou disposição final de resíduos sólidos ou rejeitos, seja feito *in* natura a céu aberto, conforme dispõe o art. 47, II.

Assim, a gestão e gerenciamento de resíduos sólidos está interligado a outros bens maiores como a preservação do meio ambiente e sadia qualidade de vida, por isso, a Política Nacional de Resíduos Sólidos proibiu no artigo 30, a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos.

Nessa seara, cabe a administração pública municipal promover programas e ações de educação ambiental que promovam a não geração, a redução, a reutilização e a reciclagem de resíduos sólidos, conforme art. 19, X

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Tais ações educativas, permitem ao cidadão o exercício de seus direitos de forma consciente e responsável, gerando mudanças de atitudes na sociedade civil organizada, "o cidadão deve compreender que o "lixo" que ele gera em sua residência agora se trata de resíduo sólido". (Emilio, 2014, p.78)

A educação ambiental é considerada um instrumento para gestão e gerenciamento previsto pela Política Nacional de Resíduos Sólidos, e consequentemente diminuição dos criadouros, conforme art. 8, VIII.

3.CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que, se faz necessário que as comunidades receberam uma infraestrutura de coleta de lixo melhor organizada e um serviço mais frequente, além da promoção de ações educacionais para a população visando cessar a pratica de descarte irregular de resíduos doméstico em locais impróprios.

A ONU na Agenda 2030, no objetivo 4.7 prevê que os alunos adquiram por meio da educação conhecimentos e habilidades necessárias para promover o desenvolvimento e estilos de vida sustentáveis.

Visualiza-se que o Estado passa a ter um "papel de estimular atos inovadores – e, portanto, a sua função não é mais apenas protetora, mas também promocional", devendo estimular a população a praticar "atos considerados socialmente úteis, em lugar da repressão de atos considerados socialmente nocivos". (Bobbio, 2007, p. 26)

Logo, a Política de Resíduos Sólidos e de Educação ambiental em Saúde, quando utilizada como um instrumento de prevenção e controle para dengue, objetiva criar na população um comportamento habitual adequado, onde as informações transmitidas vão aprimorar o conhecimento e conscientizar o cidadão, além de permitir uma compreensão integrada das múltiplas facetas do problema, incentivando a participação ativa do cidadão que passará a adotar medidas que viabilizem um padrão de vida sustentável.

4.REFERÊNCIAS

AMARAL, W. A **educação ambiental e a consciência da solidariedade ambiental. Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 2. p. 207-216. 2008

ARAGÃO, Alexandre; PIRES, Sara Moreno; FIDELIS, Teresa; MENDES, Irineu. **Indicadores de Desenvolvimento Sustentável: Instrumentos estratégicos e inovadores para municípios sustentáveis**. Ocaso de Estarreja.

Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Universidade de Aveiro, OHMI-Estarreja. ISBN 978-989-8787-86-6

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri-SP: Manole, 2007.

BRASIL - a. Ministério da Saúde. Fundacão Nacional de Saúde. **Dengue: aspectos epidemiológicos, diagnóstico e tratamento** / Ministério da Saúde, Fundação Nacional de Saúde. – Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2002. 20p.: il. – (Série A. Normas e Manuais Técnicos, nº 176). Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/dengue_aspecto_epidemiologicos_diagnostico_tratamento.pdf

BRASIL - b. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Vigilância Epidemiológica. **Diretrizes nacionais para prevenção e controle de epidemias de dengue** / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Departamento de Vigilância Epidemiológica. – Brasília: Ministério da Saúde, 2009. 160 p. – (Série A. Normas e Manuais Técnicos). Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_docman&view=download&category_slug=dengue-964&alias=97-diretrizes-nacionais-para-a-prevencao-e-controle-epidemias-dengue-7&Itemid=965

BRASIL - c. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. **SVS lança a 3ª edição do Guia de Vigilância em Saúde**. 13 de junho de 2019a. Disponível em: http://www.saude.gov.br/noticias/svs/45515-svs-lanca-a-3-edicao-do-guia-de-vigilancia-em-saude

BRASIL - d. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Coordenação-Geral de Desenvolvimento da Epidemiologia em Serviços. **Guia de Vigilância em Saúde: volume único** [recurso eletrônico] / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Coordenação-Geral de Desenvolvimento da Epidemiologia em Serviços. – 3ª. ed. – Brasília: Ministério da Saúde, 2019b. ISBN 978-85-334-2706-8. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia_vigilancia_saude_3ed.pdf

BRASIL- e. Ministério da Saúde. Blog da Saúde. **Wolbachia ajuda a reduzir a transmissão de dengue, chikungunya e Zika.** 17 de Abril de 2019c, http://www.blog.saude.gov.br/index.php/53852-wolbaccia-a-bacteria-que-esta-ajudando-a-reduzir-a-transmissao-de-dengue-chikungunya-e-zika

D'ISEP - a, Clarissa Ferreira Macedo. **Direito Ambiental Econômico e a ISO 14000. Analise jurídica do modelo de gestão ambiental e certificação ISSO 14001**. 2ª edição ver., atual. E ampl. São Paulo: RT, 2009.

D'ISEP - b, Clarissa Ferreira Macedo; JUNIOR, Nelson Nery; MEDAUR, Odete/ coordenação. **Políticas Públicas Ambientais. Estudos em homenagem ao Professor Michel Prieur.** São Paulo: RT, 2009.

Emilio, Patrícia Raysel. **Política nacional de resíduos sólidos: o poder transformador e integrador da gestão jurídica dos resíduos sólidos. 2014.** 97 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

ESTADO DE SÃO PAULO, Grupo Técnico de Arboviroses. **Plano Estadual de Contingência Arboviroses Urbanas – 2018.** Disponível em: http://www.saude.sp.gov.br/resources/cve-centro-de-vigilancia-epidemiologica/areas-de-vigilancia/doencas-de-transmissao-por-vetores-e-zoonoses/doc/arboviroses/arboviroses18_plano_contingencia_out18.pdf

G1, **Arrastão contra a dengue recolhe 27 caminhões de lixo em bairros da zona leste de Presidente Prudente,** 25/05/2019. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/presidente-prudente-regiao/noticia/2019/05/25/arrastao-contra-a-dengue-recolhe-27-caminhoes-de-lixo-em-bairros-da-zona-leste-de-presidente-prudente.ghtml

G1, **Em 8 mutirões contra dengue, Araraquara retirou 151 toneladas de materiais de casas e ruas**, 26/04/2019. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2019/04/26/em-8-mutiroes-contra-dengue-araraquara-retirou-151-toneladas-de-materiais-de-casas-e-ruas.ghtml

JORNA NACIONAL, **Lixo e água acumulados às margens de rodovias ajudam a espalhar a dengue.** 01/04/2019. https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/04/01/lixo-e-agua-acumulados-as-margens-de-rodovias-ajudam-a-espalhar-a-dengue.ghtml

MPF, Ministério Público Federal. **MPF cobra explicações sobre combate à dengue no noroeste paulista.** 25 de março de 2019. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/mpf-cobra-explicacoes-sobre-combate-a-dengue-no-noroeste-paulista

ONU, Organização das Nações Unidas. **Agenda 2030 – Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.** Disponível em: https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/

OPAS, **OPAS recomenda que países da América Latina e do Caribe se preparem para possíveis surtos de dengue.** 28 de fevereiro de 2019. Disponível me: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5880:opas-recomenda-que-paises-da-america-latina-e-do-caribe-se-preparem-para-possiveis-surtos-de-dengue&Itemid=812

SVS - Secretaria de Vigilância em Saúde, Ministério da Saúde, **Boletim Epidemiológico, volume 50,** Nº 13, Abr. 2019, ISSN 9352-7864. Disponível em: http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2019/abril/30/2019-013-Monitoramento-dos-casos-de-arboviroses-urbanas-transmitidas-pelo-Aedes-publicacao.pdf

WORLD HEALTH ORGANIZATION, ***Planning social mobilization and communication for dengue fever prevention and control: a step-by-step guide / Will Parks and Linda Lloyd.*** *1. Dengue – prevention and control 2. Marketing of health services – methods 3. Social marketing – methods 4. Health education – methods 5. Health promotion – methods I.Lloyd, Linda II.Title.* ISBN 9241591072. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_docman&view=download&category_slug=dengue-964&alias=71-planning-social-mobilization-communication-for-dengue-fever-prevention-control-1&Itemid=965

www.conteudojuridico.com.br

A MUDANÇA DA CLASSIFICAÇÃO DE EMBALAGENS DE TINTA IMOBILIÁRIA COMO RECICLÁVEIS E A OFENSA A PRINCÍPIOS DE DIREITO AMBIENTAL

RUTH HELENA SILVA VASCONCELOS PEREIRA: Advogada da União, pós-graduada em Direito Empresarial e mestranda em Derecho de las Relaciones Internacionales y de la Integración en América Latina pela Universidad de la Empresa de Montevideu/Uruguai.

RESUMO: Trata-se de pesquisa destinada à análise da mudança normativa acerca da classificação das embalagens de tinta imobiliária como recicláveis à luz dos princípios gerais de direito ambiental e, em especial, aos princípios da precaução, da prevenção e da vedação retrocesso. A Política Nacional do Meio Ambiente e a Política Nacional dos Resíduos Sólidos contemplam uma estrutura administrativa necessária para a devida gestão dos recursos e outras técnicas relacionadas. Esta última, instituída sob a égide do atual sistema constitucional que impõe um tratamento jurídico adequado aos resíduos sólidos em atenção à preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações. A esteio constitucional, o meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui direito fundamental não passível de afronta sequer pelo próprio poder público e que respalda outros direitos inerentes, tais quais a vida, a saúde e a dignidade humanas. Assaz necessária avaliação acerca da abrangência normativa que atente contra tais enunciados.

PALAVRAS-CHAVE: Resíduos sólidos. Embalagens de tinta. CONAMA. Vedação ao retrocesso.

RESUMEN: *Se trata de una investigación destinada al análisis del cambio normativo sobre la clasificación de los envases de tinta inmobiliaria como reciclables a la luz de los principios generales del derecho ambiental y, en particular, a los principios de precaución, prevención y sellado retroceso. La Política Nacional del Medio Ambiente y la Política Nacional de los Residuos Sólidos contemplan una estructura administrativa necesaria para la debida gestión de los recursos y otras técnicas relacionadas. Esta última, instituida bajo la égida del actual sistema constitucional que impone un tratamiento jurídico adecuado a los residuos sólidos en atención a la preservación del medio ambiente para las presentes y futuras generaciones. A este aspecto constitucional, el medio ambiente ecológicamente equilibrado constituye un derecho fundamental no pasible de afronta ni siquiera por el propio poder público y que respalda otros derechos inherentes, tales como la vida, la salud*

y la dignidad humanas. Se requiere una evaluación sobre el alcance normativo que atente contra tales enunciados.

PALABRAS CLAVE: *Residuos sólidos. Embalajes de tinta. CONAMA. Sello al retroceso.*

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo principal verificar, a partir de uma análise jurídica a validade da alteração normativa produzida pela Resolução CONAMA nº 496, de 29 de julho de 2015 (Res. 496/15), na classificação das embalagens de tintas imobiliárias para fins de descarte anteriormente regulada pela Resolução CONAMA nº 307, de 05 de julho de 2002 (Res. 307/02), e se tal modificação respeita os princípios ambientais constitucionais.

Diante disso, de forma mais específica, busca-se verificar a mudança normativa trazida pela Res. 496/15 e os motivos de sua implementação, analisar a modificação à luz dos princípios possivelmente ofendidos e discutir a necessidade de anulação da norma para manutenção das embalagens na categoria de resíduos perigosos constante na Res. 307/02.

Verifica-se a possível violação de princípios constitucionais ambientais que pode repercutir de forma extremamente negativa para o meio ambiente e, consequentemente, para a vida das pessoas como um todo, ocasionando a poluição de rios e solos em razão do descarte inapropriado das embalagens com a aquiescência do Poder Público, que também possui obrigação de garantir a preservação do Meio ambiente para presentes e as futuras gerações.

O presente estudo foi elaborado em virtude do risco identificado na modificação normativa da classificação de embalagens de tintas de resíduos perigosos para recicláveis, pois avalia-se que a mudança se reveste de inegável retrocesso ambiental e social.

Busca-se analisar a alteração da Res. 307/02, tal qual levada a efeito, a luz de princípios e normas ambientais. A mudança normativa operada foi realizada sem que se tivesse certeza científica acerca da ausência de periculosidade nos filmes secos de tinta depositados nas embalagens descartadas e, por esta razão, é necessário chamar atenção para os danos provenientes do descarte indevido destes resíduos, uma vez que após perderem a natureza de perigosos e passarem a ser considerados recicláveis, o manuseio e armazenamento deixa de obedecer às normas de logística reversa trazidas pela lei de resíduos sólidos e, consequentemente ocasiona danos tanto à natureza quanto para a sociedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Diante disso, por afrontar preceitos básicos do direito ambiental, a Res. 469/15 deve ser analisada com vistas à verificação da necessidade de restabelecimento da norma anteriormente vigente de forma a se manter a classificação das embalagens de tinta imobiliária como resíduo perigoso.

O primeiro capítulo versa sobre o tratamento jurídico dos resíduos sólidos no Brasil, com especial destaque sobre a categoria jurídica das embalagens de tinta imobiliária e sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS).

Em momento seguinte, serão abordados os princípios de Direito Ambiental como normas de Direito Fundamental sob o enfoque do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e dos princípios da prevenção, da precaução e da vedação ao retrocesso.

O tópico posterior, antes de se apresentar uma conclusão coerente sobre a perspectiva constitucional da alteração indicada, trata da reclassificação das embalagens de tinta imobiliária à luz das normas objeto de comparação, quais sejam, a Res. 307/02 e Res. 469/15.

O procedimento de investigação do atual estudo se desenvolve com base em um método comparativo dedutivo, que, segundo Lakatos e Marconi (2004), "*é a pesquisa realizada através de comparações, com a finalidade de verificar semelhanças e explicar divergências*". Ainda, aquela que leva o pesquisador, mesmo que de maneira limitada às premissas da investigação, ao alcance de um conhecimento ainda não aflorado em outras abordagens e investigações que lhes são próprias.

Assim, parte-se dos aspectos teóricos relacionados ao tema em função da organização da diversidade normativa manifestada nos diplomas legais em evidência, apresentando críticas em face dos fenômenos jurídicos abordados e do sistema constitucional e legal em que se insere o Direito Ambiental em destaque.

Trata-se de uma pesquisa do tipo qualitativa que se vale de referências documentais e bibliográficas com vistas à apresentação de uma proposta de questionamento acerca da legitimidade constitucional do problema observado.

2 O TRATAMENTO JURÍDICO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988 (CF88) inovou a história constitucional brasileira quando trouxe em seu corpo um capítulo exclusivamente dedicado a tratar da matéria ambiental.

O poder constituinte originário enumerou rol de princípios norteadores da proteção ao meio ambiente, que é considerada como direito fundamental classificado como de terceira geração, ou seja, segundo Moraes (2006), direito de solidariedade e fraternidade.

O meio ambiente sadio possui natureza transindividual e difusa, e devido à grande importância que lhe foi dada, é passível de defesa judicial por meio de ações constitucionais e outras medidas judiciais.

Assim, conforme ensina Rizzato (2014), a CF88 avançou em um sistema ambiental que impõe responsabilidades a todos, exigindo tanto do Poder Público quanto da comunidade a preservação e defesa do meio ambiente para presentes e as futuras gerações, o que se define por princípio da solidariedade intergeracional.

2.1 DA CATEGORIA DAS EMBALAGENS DE TINTA IMOBILIÁRIA

O inciso V, parágrafo 1.º, do art. 225, da Constituição da República determinou ao Poder público que controlasse a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportassem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente. Sob o prisma deste artigo, diversas ações podem ser enquadradas, dentre elas, por exemplo, àquelas voltadas para abastecimento de água canalizada, esgotamentos sanitários, limpeza urbana e manejos de resíduos sólidos.

Segundo Rodrigues (2010), para cumprir o mandamento constitucional, a administração pública federal dispõe de uma estrutura apropriada para tratar do tema, o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA). Inserto nesse sistema, com grande destaque e importância para fins da presente pesquisa, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), entidade responsável por sugerir procedimentos para a articulação e integração das ações e temas conexos. É o órgão consultivo e deliberativo criado pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 (Lei 6.938/81), instituidora da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA).

Preleciona Lemos (2013), que são atribuições do CONAMA, relacionadas com o presente estudo, dentre outras: estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

Constata-se que é ainda atribuição do conselho, a partir de comandos constitucional e normativo, estabelecer, de forma mais específica, as diretrizes,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

critérios e procedimentos para a gestão dos resíduos da construção civil, como é o caso das embalagens de tinta imobiliária, ora objeto de análise.

Especificamente, no tocante aos resíduos sólidos, foi a PNRS, Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010 (Lei 12.305/10), nos termos do artigo 3.º, inciso XVI, que dispôs ser é todo e qualquer descarte físico resultante da atividade humana em sociedade e inviável de ser lançado em redes esgotamento sanitário ou em corpos d'água, exigindo tratamento técnico ou tecnológico efetivo, incluindo gases contidos em recipientes e também líquidos com tais restrições (Brasil, 2010).

Neste ínterim, de acordo com o que ensinam Fardin e Noguera (2016) as embalagens de tinta imobiliária se configuram como resíduos de construção civil na categoria de resíduos sólidos, não só no que diz respeito à própria embalagem em si, mas também aos gases insertos nos baluartes descartados e, ainda, restos de tinta que não devem ser dispostos em rede pública de esgoto ou em corpos d'água, exigindo tratamento técnico adequado dos materiais despejados.

Os resíduos sólidos são uma realidade cotidiana e inevitável que ocasionam os mais variados danos ao meio ambiente. A preocupação com o descarte é mundial e há muito tempo vem sendo discutida no âmbito nacional e internacional.

2.2 A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS

O desenvolvimento de uma consciência coletiva em relação ao meio ambiente e a diversidade das demandas ambientais, sociais e econômicas, levam os três níveis de governo, a sociedade civil e a iniciativa privada a se posicionarem de forma diferente diante de tais questões (Brasil, 2007).

A consciência relacionada à preservação dos recursos naturais e à questão de saúde pública vinculada aos resíduos sólidos mostram que a gestão integrada destes e os processos de tecnologia limpa constituem caminhos ambientalmente saudáveis, economicamente viáveis e serão cada vez mais procurados pela sociedade.

Em 1972, a cidade de Estocolmo sediou a primeira Conferência Mundial sobre Ambiente Humano, onde foram estabelecidas as diretrizes e princípios para a preservação e conservação da natureza e as bases consensuais do desenvolvimento sustentável, que buscam conjugar o desenvolvimento econômico com a proteção ao meio ambiente (CULPI, 2014).

Após uma década, em 1982, houve a reunião da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, da qual se originou Relatório Brundtland de 1987, que consolidou uma visão crítica do modelo de desenvolvimento adotado pelos países industrializados e imitado pelos países em desenvolvimento, destacando a incompatibilidade entre os padrões de produção e consumo, o uso racional dos recursos naturais e a capacidade de suporte dos ecossistemas.

O conceito de desenvolvimento sustentável originou-se da Conferência das Nações Unidas do Meio Ambiente e Desenvolvimento, "Rio 92", e se firmou como uma diretriz para a mudança de rumos do desenvolvimento global. Tal conceito fundamenta-se na utilização racional dos recursos naturais de maneira que possam estar disponíveis para as futuras gerações, garantindo a construção de uma sociedade mais justa, do ponto de vista ambiental, social, econômico e de saúde.

Os Estados participantes, comprometeram-se com a tomada de consciência sobre o papel ambiental, econômico, social e político que seus cidadão desempenham em sua comunidade, cobrando a integração de todos no processo de construção do futuro, bem como recomendaram que o manejo ambientalmente saudável de resíduos deve ir além do simples depósito ou aproveitamento por métodos seguros, mas também que se deve buscar a solução da causa fundamental do problema, com a mudança de padrões não sustentáveis de produção e consumo, de forma a se reforçar o uso do conceito dos 3Rs - reduzir, reutilizar e reciclar em todas as etapas do desenvolvimento (Brasil, 2007).

As primeiras iniciativas legislativas do Brasil para definir diretrizes relativas a resíduos sólidos deram-se ao fim dos anos 80. Porém, foi a I Conferência Nacional de Meio Ambiente realizada em 2003 que marcou o início de uma nova etapa na criação política ambiental do Brasil, pois, pela primeira vez, a sociedade se reuniu para apresentar propostas à política pública de meio ambiente.

Em 2005, a II Conferência Nacional de Meio Ambiente buscou consolidar a participação da sociedade brasileira no processo de formulação das políticas ambientais e teve como um dos temas principais a questão dos resíduos sólidos, sendo uma demonstração inconteste da necessidade do estabelecimento de diretrizes nacionais que amparassem a questão.

Nesta toada, em 2010, após 22 (vinte e dois) anos da promulgação da Constituição Federal, entrou em vigor a já mencionada Lei 12.305/2010, instituidora da Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), cujo objetivo é traçar ações estratégicas que viabilizem processos capazes de agregar valor aos resíduos, aumentando a capacidade competitiva do setor produtivo, propiciando a inclusão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e o controle social, norteando Estados e Municípios para a adequada gestão de resíduos sólidos.

Assim, a PNRS insere o desenvolvimento sustentável no manejo de resíduos sólidos do país, com reflexos positivos no âmbito social, ambiental e econômico, como, por exemplo, a tendência à diminuição à degradação dos recursos naturais e da poluição e, por consequência, a geração de uma imagem positiva diante das expectativas da sociedade internacional quanto às questões ambientais, de modo a possibilitar a abertura de novos mercados, a geração de trabalho, emprego e renda, a inclusão social e a redução de diversos impactos ambientais provocados pela disposição inadequada dos resíduos.

3 PRINCÍPIO DE DIREITO AMBIENTAL COMO NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL

Os princípios constitucionais devem nortear o legislador quando do exercício de seu mister, pois a Constituição traz em seu bojo tudo aquilo que é mais caro para sociedade.

A Carta Constitucional de 1988 possui as chamadas cláusulas pétreas, que constituem o núcleo material duro e imutável que deve ser respeitado inclusive pelo Poder constituinte derivado.

Contidos nessas cláusulas estão os direitos fundamentais, dentre os quais se encontra o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Este direito fundamental, é apoiado por princípios de direito ambiental, também contidos no texto constitucional, indispensáveis para a preservação do meio ambiente, e que não podem ser violados, conforme se discorrerá a seguir.

3.1 O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

O artigo que trata do Meio Ambiente na CF88 acrescentou ao rol de direitos fundamentais da pessoa humana trazido pelo artigo 5.º do mesmo texto o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A pertinência de tal inclusão pode ser compreendida pela perspectiva de que o meio ambiente equilibrado está intima e intrinsecamente ligado ao direito à vida e à proteção da dignidade da vida humana.

A esse esteio, preceitua Milaré (2006):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> O reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade desta existência – a qualidade de vida -, que faz com que valha a pena viver.

Ressalte-se que o princípio em comento foi produto da Declaração de Estocolmo de 1972 e dele decorrem todos os demais princípios ambientais.

Consoante preleciona Alves Júnior (2012), a doutrina nacional entende que esse princípio é na verdade um direito fundamental nem inserido no artigo 5.º da Carta Magna, nem no capítulo dos Direitos Sociais previstos no artigo 6.º.

O Meio Ambiente saudável é direito fundamental com consequências diretas na melhoria da qualidade de vida indispensável para a existência digna do ser humano.

Dessa feita, ensina ainda o autor (Alves Júnior, 2012) que se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está sendo garantido, o direito individual à vida e à dignidade humana também assim estão e, por isso, deve-se ainda concluir que, ao ser assegurado, se está a garantir tanto a promoção de direitos civis quanto de direitos econômico-sociais. O direito ao meio ambiente sadio é ao mesmo tempo um direito individual e social.

E é a partir dessa constatação que, ao se analisar o caso concreto abordado no presente estudo, se verifica que a mudança na classificação dos resíduos das embalagens de tinta imobiliária de produto perigoso para reciclável, conforme trazida pela Res. 469/15, de modo a alterar a forma de descarte tornando-o menos rigoroso, ocasionou grave retrocesso e risco ao meio ambiente e à saúde das pessoas, expondo-os a poluições desmedidas das águas e do solo e a sérios riscos à saúde de quem os manuseia inadvertidamente, o que vai de encontro ao que é resguardado pelo princípio em comento. Por esta razão se põe em dúvida a validade da novel Resolução editada pelo CONAMA.

3.2 PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO, PRECAUÇÃO E VEDAÇÃO AO RETROCESSO

Destacam-se dentre os princípios de direito ambiental os princípios da prevenção e da precaução que, muito embora sejam considerados por alguns autores como sinônimos, possuem características distintas bem como enorme importância para análise feita neste trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O princípio da prevenção está intimamente ligado à ideia de que após a ocorrência do dano ambiental é extremamente difícil, ou até impossível a reparação do meio ambiente. Por esta razão, a Constituição Federal previu no caput do artigo 225 ser dever da coletividade e do poder público defender e preservar o equilíbrio ecológico, para presentes e as futuras gerações, o que se entende como princípio da solidariedade intergeracional.

A prevenção tem por escopo evitar que o dano possa chegar a se produzir, buscando para isto medidas preventivas. Tais medidas apoiam-se na certeza científica do impacto ambiental de determinada atividade.

Se existe certeza cientifica de que o dano ambiental é possível, deve-se prevenir para que ele não ocorra ou, caso ocorra, seja em circunstâncias controláveis. Esse princípio, na verdade, constitui-se em uma restrição à atividade diante da evidência de um perigo ou dano possível, ou seja, quando houver um risco já diagnosticado.

A constituição brasileira trouxe como mecanismo de prevenção a exigência do estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, demonstrando com isso que o desenvolvimento da atividade econômica deve estar cotejado com o citado princípio.

A precaução, ao contrário da prevenção "*é a garantia contra os riscos potenciais que, de acordo com o estágio atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados.*" (Garcia; Silva, 2014).

Dessa feita, na precaução se está diante de uma incerteza científica e requer que diante da existência de um risco de prejuízo ambiental busquem-se medidas que prevejam esse dano.

Este princípio foi proposto formalmente na Conferência do Rio de 1992 e é o princípio de número 15 da Declaração do Rio, que dispõe o seguinte: "*Com o fim de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério de precaução conforme a suas capacidades.*" (ONU, 1992).

Consoante a lição de Garcia e Silva (2014), o princípio indica que, se houver perigo de dano grave e irreversível, a incerteza científica transferirá ao interessado o ônus de provar que o que pretende realizar não é perigoso e/ou poluente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para Machado (1999), "*na dúvida, opta-se pela solução que proteja imediatamente o ser humano e conserve o meio ambiente*."

Destarte, tem-se que a alteração da norma realizada sem qualquer grau de certeza científica acerca da ausência de periculosidade nos filmes secos de tinta depositados nas embalagens descartadas contraria preceitos básicos do direito ambiental, mormente o princípio da precaução, bem como o traduzido na máxima *in dubio pro natura*.

Em relação ao princípio da vedação ao retrocesso, tem-se que este se consubstancia em razão da proteção ao meio ambiente, princípio que após ser elevado ao *status* de direito fundamental e, consequentemente de cláusula pétrea, não é passível de redução, segundo leciona Vilhena (2014):

> O Princípio da Proibição do Retrocesso Ecológico pressupõe que a salvaguarda do meio ambiente tem caráter irretroativo e não pode admitir o recuo para níveis de proteção inferiores aos anteriormente consagrados, a menos que as circunstâncias de fato sejam significativamente alteradas.

Para Vilhena (2014), este princípio se estabelece como garantia constitucional que visa dar efetividade às normas de direito ambiental garantidoras da aplicabilidade imediata do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O comando está contido na CF/88, e no âmbito de sua aplicação, transcende os direitos individuais e coletivos, pois além de estar *insculpido* na Carta Magna, também se encontra presente em outros regimes e princípios advindos dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Verifica-se que a procura por equilíbrio vem sendo implementada de forma mais concreta através da norma infraconstitucional, ou seja, o Princípio da Proibição do Retrocesso Ecológico pressupõe que a proteção do meio ambiente tem caráter irretroativo e não pode decair para graus de proteção menores que já conquistados, a menos que haja consistentes alterações nas circunstâncias de fato.

Benjamin (2012) ensina que neste contexto é que se afirma o princípio da proibição de retrocesso ambiental, principalmente quanto ao que se denomina núcleo duro do arcabouço do Direito Ambiental, ou seja, os direitos e regulamentos diretamente associados à manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e dos processos ecológicos essenciais, trazidos no bojo do art.225 da Constituição de 1988.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Observa-se que não houve a devida comprovação que demonstre qualquer alteração significativa nas circunstâncias de fato que justificassem a mudança realizada pela Res. 469/15 na classificação das embalagens de tinta imobiliária de resíduo perigoso para resíduo reciclável, acarretando com isto, inegável retrocesso ambiental e social.

A alteração da Res. 307/02 tal qual realizada contrariou sobretudo, normas internacionais a que se encontra vinculado o Estado brasileiro.

4 A RECLASSIFICAÇÃO DAS EMBALAGENS DE TINTA IMOBILIÁRIA

As tintas em geral são consideradas poluentes de águas e solo, bem como prejudicam a saúde humana quando em contato direto. Em razão disto, tem-se por necessário regulamentar o descarte dos invólucros utilizados para armazenamento destes produtos após o seu uso.

No que pertine às embalagens de tinta imobiliária, estas foram anteriormente classificadas pelo Conama na Res. 307/02 como materiais perigosos. Com a alteração da classificação realizada através da Res. 469/15 o mencionado resíduo foi considerado pelo órgão ambiental como reciclável, o que consequentemente passa a exigir menores cuidados para o descarte e com isso a ocorrência de danos ambientais, haja vista não se haver comprovado mediante estudos concludentes que o resíduo de tinta constante nas embalagens não é danoso ao meio ambiente.

Neste sentido, o presente estudo, detêm-se especificamente às embalagens de tinta imobiliária, as quais sofreram a mencionada modificação em sua classificação.

Tal alteração normativa ocasionou um retrocesso em relação à proteção do meio ambiente, ferindo princípios ambientais constitucionais, bem como o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

4.1 A RESOLUÇÃO CONAMA 307/02

A resolução CONAMA n.º 307/02 trata especificamente sobre diretrizes, critérios e procedimentos para a gestão dos resíduos da construção civil e foi elaborada considerando a política urbana de pleno desenvolvimento da função social da cidade e da propriedade urbana, conforme disposto na Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.

Também observou a necessidade de implementação de diretrizes para a efetiva redução dos impactos ambientais gerados pelos resíduos oriundos da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

construção civil, a disposição de resíduos desta em locais inadequados, que contribui para a degradação da qualidade ambiental, pois tais materiais representam um significativo percentual dos resíduos sólidos produzidos nas áreas urbanas, e ainda, que os geradores de resíduos da construção civil devem ser responsáveis pelos resíduos das atividades de construção, reforma, reparos e demolições de estruturas e estradas, bem como por aqueles resultantes da remoção de vegetação e escavação de solos.

Considerou ainda, a viabilidade técnica e econômica de produção e uso de materiais provenientes da reciclagem de resíduos da construção civil e que a gestão integrada de resíduos deverá proporcionar benefícios de ordem social, econômica e ambiental.

A resolução definiu em seu artigo 2.º, inciso I o que são resíduos da construção civil: "são os provenientes de construções, reformas, reparos e demolições de obras de construção civil, e os resultantes da preparação e da escavação de terrenos, tais como: tijolos, blocos cerâmicos, concreto em geral, solos, rochas, metais, resinas, colas, tintas, madeiras e compensados, forros, argamassa, gesso, telhas, pavimento asfáltico, vidros, plásticos, tubulações, fiação elétrica etc., comumente chamados de entulhos de obras, caliça ou metralha."

A norma em comento, no artigo 3.º dividiu em quatro classes os resíduos da construção civil, sendo a classe A atribuída aos reutilizáveis ou recicláveis como agregados, a classe B aos resíduos recicláveis para outras destinações, a classe C aos resíduos para os quais não foram desenvolvidas tecnologias ou aplicações economicamente viáveis que permitam a sua reciclagem/recuperação e a classe D aos resíduos perigosos oriundos do processo de construção, tais como tintas, solventes, óleos e outros ou aqueles contaminados ou prejudiciais à saúde oriundos de demolições, reformas e reparos de clínicas radiológicas, instalações industriais e outros.

Destacando ainda o que prescreveu a resolução em análise, observa-se que o artigo 10 estabeleceu a forma de destinação dos materiais por ela classificados, devendo aqueles pertencentes à classe D, perigosos, onde se encontravam as embalagens de tinta imobiliárias, serem armazenados, transportados, reutilizados e destinados em conformidade com as normas técnicas específicas, ou seja, a resolução 3017/2002 exigia para o descarte das embalagens de tinta imobiliária a aplicação de logística reversa, posto que é o instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada.

4.2 AS ALTERAÇÕES PROVOCADAS PELA RESOLUÇÃO CONAMA 469/15

O Conselho Nacional do Meio Ambiente, após ser instado pela ABRAFATI – Associação Brasileira de Produtores de Tinta, para que reavaliasse a classificação dos resíduos de tinta iniciou processo administrativo que culminou na elaboração da Resolução n.º 469/15, cujo artigo 1.º altera a redação do art. 3º da Resolução CONAMA n.º 307, de 05 de julho de 2002, passando a considerar como recicláveis para outras destinações as embalagens vazias de tintas imobiliárias, que anteriormente eram classificadas como perigosas.

Tal alteração se deu sem houvessem estudos conclusivos acerca dos potenciais riscos ao Meio ambiente; sem qualquer certeza científica acerca dos efeitos que o descarte sem as exigências de logística reversa poderia ocasionar; em ofensa ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os princípios constitucionais da precaução, vedação ao retrocesso ambiental e social.

Verifica-se que a Resolução nº 469/15 do CONAMA ocasionou inegável retrocesso ambiental e social ao alterar a classificação de embalagens de tintas de resíduos perigosos para recicláveis.

Pois o fato de um resíduo ser considerado perigoso não obsta a sua reciclagem, desde que haja tecnologia capaz de realizar o processo e o fornecedor se cerque dos devidos cuidados.

A alteração da Resolução nº 307/02 – CONAMA, tal como foi realizada, além de contrariar normas inclusive internacionais a que vinculado o Brasil, ainda acarreta inegável retrocesso do ponto de vista ambiental e social.

A mudança normativa operada se absteve de aferir a ausência de periculosidade dos restos de tinta depositados nos baluartes descartados, a se contrapor aos já sedimentados preceitos mais básicos do direito ambiental, mormente os já destacados princípios constitucionais e demais direitos fundamentais informados.

5 CONCLUSÃO

Com o advento da CF/88 passou-se a reclamar tanto do Poder Público quanto da comunidade a preservação e defesa do meio ambiente para presentes e as futuras gerações, dessa forma foram criados mecanismos de proteção, tais como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

princípios e regras que devem ser obedecidos para que se possa manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Quando se fala sobre os resíduos sólidos, constata-se que estes ocasionam os mais variados danos ao meio ambiente, sendo o seu descarte objeto de preocupação em âmbito não só local, mas também mundial.

Assim, a PNRS trouxe inovações positivas no âmbito social, ambiental e econômico, que almejam diminuir a degradação dos recursos naturais e a poluição, bem como a redução de diversos impactos ambientais provocados pela disposição inadequada dos resíduos.

A política apoia-se nos princípios de direito ambiental, presentes no texto constitucional, indispensáveis para a preservação do meio ambiente, e que não podem ser violados.

Ao se analisar o objeto do presente estudo, se verifica que a mudança na classificação dos resíduos das embalagens de tinta imobiliária de produto perigoso para reciclável, trazida pela Res. 469/15, alterou consequentemente a sua forma de descarte tornando-o menos rigoroso, e com isto trouxe retrocesso, perigo ao meio ambiente e à saúde das pessoas, ferindo princípios de direito ambiental. Por esta razão se põe em dúvida a validade da nova Resolução elaborada pelo CONAMA.

Não foi comprovada qualquer transformação significativa nas circunstâncias de fato que respaldasse a alteração de classificação realizada pela Res. 469/15 das embalagens de tinta imobiliária de resíduo perigoso para resíduo reciclável, fato este que reforça o argumento anterior.

A alteração da Res. 307/02, tal como implementada, foi de encontro ainda, a normas internacionais que vinculam o Estado brasileiro. Não bastasse isso, debilitou a proteção ambiental, ferindo princípios constitucionais, dentre eles o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nesta Resolução, o artigo 10 estabelecia a forma de destinação dos materiais por ela classificados, devendo àqueles pertencentes à "Classe D" (perigosos), onde anteriormente se encontravam as embalagens de tinta imobiliárias, serem armazenados, transportados, reutilizados e destinados em conformidade com as normas técnicas específicas, ou seja, a Resolução 307/2002 exigia para o descarte das embalagens de tinta imobiliária a aplicação de logística reversa.

Percebeu-se que mudança normativa operada, além de desconsiderar a necessidade de atenção às técnicas de armazenamento, transporte e descarte antes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

exigidas, ou mesmo de atenção à aplicação da mencionada logística reversa, sequer comprovou que se embasou em qualquer grau de certeza científica ou ainda demonstrou a possibilidade de eventuais riscos acerca da ausência de periculosidade nos filmes secos de tinta depositados nas embalagens descartadas contrariando preceitos básicos e fundamentais do direito ambiental.

Dessa feita, conclui-se que a inovação implementada pela Res.469/15 é passível de declaração de nulidade por se encontrar em desacordo com as regras e princípios constitucionais de direito ambiental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES JUNIOR, Edson Camara de Drummond. **O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sua devida proteção no ordenamento jurídico brasileiro. Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_ id=11363>. Acesso em: 15 ago 2018.

BENJAMIN. Antônio Herman. **Princípio da proibição do retrocesso ambiental.** In: In: Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA); Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. Brasília, DF, 2012.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF, 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 02 ago 2018.

BRASIL [CF88]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 03 ago 2018.

BRASIL. **Exposição de Motivos do Projeto de Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos: EM Nº 58/MMA/2007.** Brasília, 2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/501911.pdf>. Acesso em 07 ago 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010.** Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Brasília, DF, 2010. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm>. Acesso em: 02 ago 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (CONAMA). **Resolução nº 307, de 17 de julho de 2002.** Estabelece diretrizes, critérios e procedimentos para a gestão dos resíduos da construção civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=307>. Acesso em: 25 jul 2018.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (CONAMA). **Resolução nº 469, de 29 de julho de 2015.** Altera a Resolução CONAMA no 307, de 05 de julho de 2002, que estabelece diretrizes, critérios e procedimentos para a gestão dos resíduos da construção civil. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=714> . Acesso em: 29 jul 2018.

CULPI, Ludmila A. **A construção de políticas ambientais internacionais: o caso do Mercosul.** Revista Conjuntura Global, vol.3, n.1, jan./mar., 2014, p. 13-20. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/conjgloblal/article/download/36191/22342>. Acesso em: 28 ago 2018.

FADIN, Hedelvan Hemerson; NOGUERA, Jorge Orlando Cuéllar. **Uma perspectiva dos resíduos de tintas e vernizes no município de Sobradinho/RS.** 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/remoa/article/download/19812/pdf>. Acesso em: 26 ago 2018.

GARCIA, Leonardo de Medeiros; SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Direito Ambiental – Princípios; competências constitucionais.** 7ª Ed., rev., amp. e at., Salvador: Juspodivm, 2014.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LEMOS, André Fagundes. **A (in)competência do CONAMA para edição de normas sobre licenciamentos ambiental: análise de sua juridicidade.** Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 3, n. 2, 2013, p. 117-133. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/download/2340/pdf>. Acesso em: 09 set 2018.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 1999.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente.** 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

MIRANDA RODRIGUES, Melce. **Política Nacional do Meio Ambiente e a eficácia de seus instrumentos. Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura &artigo_id=7500>. Acesso em: 31 ago 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 60.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Declaração do Rio)**, adotada de 3 a 14 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 26 ago 2018

RIZATTO, Débora Cristina Mericoffer. **Direito fundamental ao meio ambiente: a efetividade da tutela constitucional ambiental. Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3990, 4 jun. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29145>. Acesso em: 17 ago. 2018.

VILHENA, Marlene dos Santos. **O princípio da proibição do retrocesso ecológico em face da dignidade humana. Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 123, abr 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_ leitura&artigo_id=14049>. Acesso em: 10 set 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E AS INFORMAÇÕES OBTIDAS DE APARELHOS DE CELULAR APREENDIDOS

MORGANA ALVES DE ALBUQUERQUE BEZERRA: Formada em Direito pela Faculdades Integradas Barros Melo. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes - UCAM. Especialização pela Escola da Magistratura de Pernambuco. Delegada de Polícia no Estado de Pernambuco. Atualmente no cargo de Gerente de Controle Operacional Metropolitano.

RESUMO: A investigação criminal no Brasil é objeto deste estudo, enfocando-se em um tema que tem levantado discussões recentemente no Ordenamento Jurídico, dividindo opiniões em relação ao uso de informações obtida em aparelhos celulares apreendidos como meio de prova em investigação criminal. Nesse contexto, este estudo tem como objetivo geral analisar o uso de informações obtidas de aparelhos de celular apreendidos em investigações criminais no Sistema Processual brasileiro. Para tanto, utilizou-se como metodologia foi realizado um estudo bibliográfico, buscando em livros, revistas, artigos e sites relacionados ao assunto, buscando-se o embasamento teórico necessário ao estudo, fazendo uma abordagem qualitativa dos dados coletados. Ao final do estudo verificou-se que se tratando da Constituição Federal, é indiscutível o direito básico e fundamental do cidadão a inviolabilidade das informações de aparelho celular, bem como a interceptação de outros meios de comunicação sem prévia ordem da justiça. Constata-se ainda que para que ocorra o acesso aos dados do aparelho celular qualquer que seja a circunstância, a autoridade policial deve seguir fielmente a determinação da Lei Maior que resguarda os direitos e garantias do cidadão quanto a inviolabilidade.

Palavras-chave: Investigação Criminal. Aparelhos Celulares. Ilegalidade. Provas. Garantias Constitucionais

ABSTRACT: Criminal investigation in Brazil is the object of this study, focusing on a topic that has recently raised discussions in the Legal System, dividing opinions regarding the use of information obtained from mobile devices seized as evidence in criminal investigation. In this context, this study aims to analyze the use of information obtained from mobile phones seized in criminal investigations in the Brazilian procedural system. For that, it was used as methodology a bibliographic study was carried through, searching in books, magazines, articles and websites related to the subject, seeking the necessary theoretical basis for the study, making

a qualitative approach of the collected data. At the end of the study it was found that in the Federal Constitution, the basic and fundamental right of the citizen is unquestionable the inviolability of cell phone information, as well as the interception of other media without prior order of justice. It is further noted that in order for access to data from the mobile device to occur under any circumstances, the police authority must faithfully follow the determination of the Major Law that safeguards the rights and guarantees of the citizen regarding inviolability.

Keywords: Criminal Investigation. Mobile devices. Illegality. Evidences. Constitutional Guarantees.

1 INTRODUÇÃO

A investigação criminal no Brasil é objeto deste estudo, enfocando-se em um tema que tem levantado discussões recentemente no Ordenamento Jurídico, dividindo opiniões em relação ao uso de informações obtida em aparelhos celulares apreendidos como meio de prova em investigação criminal.

Para Ferrajoli (2002), o desenvolvimento de um processo de modo respeitoso dos direitos fundamentais, encontra-se intimamente ligado com a busca da verdade acerca de uma hipótese delitiva, a qual se impõe – diante de um Estado de Direito – como indispensável requisito a dar guarida à dignidade humana constituindo-se, na ótica do precursor, da "teoria do direito" – em verdadeiro princípio garantista a salvaguardar os direitos humanos, que aparecem – particularmente no processo penal – altamente comprometidos diante das consequências danosas que lhes pode acarretar. Configura-se como uma crítica ao atual Direito Penal, que apesar de se caracterizar normativamente como garantista, apresenta tendências em atender ao interesse de determinados setores.

Assim, as dúvidas giram em torno das garantias fundamentais dos indivíduos, em relação à invasão de privacidade e violação de sigilo sem prévia autorização judicial, o que instiga a realização de estudos sobre o assunto, sendo ele apontado até então como controverso.

Provas ilícitas e provas ilegítimas são espécies de gênero prova vedada, caracterizadas pela infração de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, da natureza processual ou material. O ponto chave da questão relaciona-se à natureza da norma que veda a produção da prova, assim se a norma atingida for de direito material, a violação ofende diretamente os direitos individuais e se a norma violada for de direito processual, está relacionada com finalidades processuais (DUTRA, 2010). Assim, para a distinção dos institutos, a proa

ilícita será considerada um ato ilícito e a prova ilegítima será denominada de um ato ilegítimo.

Considerando as controvérsias que envolvem esse tema é possível dizer que trata-se de um assunto de relevância social por envolver os direitos fundamentais dos indivíduos, mesmo aqueles em situação de investigação criminal. E, profissional por ser de interesse dos operadores do Direito leituras que tragam diferentes olhares sobre o assunto.

Nesse contexto, este estudo tem como objetivo geral analisar o uso de informações obtidas de aparelhos de celular apreendidos em investigações criminais no Sistema Processual brasileiro.

Como metodologia foi realizado um estudo bibliográfico, buscando em livros, revistas, artigos e sites relacionados ao assunto, buscando-se o embasamento teórico necessário ao estudo, fazendo uma abordagem qualitativa dos dados coletados.

2 ASPECTOS GERAIS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E A BUSCA DA VERDADE REAL

O CPP de 1941 denomina a investigação preliminar de inquérito policial em clara alusão ao órgão encarregado da atividade. Inexiste no CPP a definição legal de inquérito policial, mas, ao exame dos art. 4º e 6º deste diploma legal é possível compreendê-lo. O Inquérito Policial não visa a punição, mas tão somente esclarecer a ocorrência delituosa e apontar o respectivo autor, bem como seus atos não obedecem a um rito preestabelecido. O Código de Processo Penal dita determinada normas para se elaborar (proceder, formalizar, realizar) o Inquérito Policial (art. 4º ao 23º).

A ausência de contraditório regular e o poder discricionário exercido pelo Delegado de Polícia descaracterizam-no como processo. Tratando-se, portanto, de um instrumento híbrido regido por normas de natureza procedimental, penal e administrativa. Com isso, o Inquérito Policial não é processo, mas simplesmente um procedimento administrativo de apuração. É considerado um procedimento formal, pois devem ser observadas algumas regras na realização de cada ato e existe uma ordem para início (Portaria ou auto de prisão em flagrante da Autoridade Policial, requisição do juiz ou do Ministério Público, ou requerimento do ofendido ou de seu representante legal), desenvolvendo-se com as demais diligências que se fizerem necessárias e encerrando-se com um relatório final (TOURINHO FILHO, 2003).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No mesmo sentido, Martins (2013) aponta a democracia brasileira como recente, de maneira que práticas autoritárias antigas convivem com as atuais, mesmo que reprovadas pela nova ordem política. Em um cenário autoritário, como uma investigação policial com matriz e mentalidade totalmente inquisitiva, há grande concentração de poderes nas mãos do Estado-Investigador, em detrimento de reduzida, ou mesmo, em alguns momentos históricos, nenhuma densidade de direitos e garantias fundamentais do investigado, sendo o mesmo objetalizado em nome da "busca da verdade". Concebe-se nesse sistema uma espécie de investigação mítica, cuja missão seria revelar a verdade verdadeira, ou seja, a verdade real, os fatos como realmente aconteceram.

De certa forma imaginam-se poderes transcendentais para a reconstrução do fato de forma que se proporcione uma chancela de certeza absoluta de eles ocorreram exatamente como apurados. Qualquer resultado que não seja a pura realidade do que ocorreu significa um fracasso da investigação e do processo. A permanência da cultura e, acima de tudo, da mentalidade inquisitorial na doutrina e em grande parte dos operadores do Direito, formados nessa cultura, faz com que seja depositado na investigação preliminar, notadamente no inquérito policial, a finalidade e responsabilidade de se extrair uma espécie de verdade plena e absoluta em relação ao fato investigado, havendo íntima ligação com o que a Inquisição trabalhava como sendo "a verdade", tida como absoluta e inquestionável uma vez que revelada, caracterizando-se como um verdadeiro retorno ao passado para reconstrução dos fatos de forma quase transcendental e religiosa.

Como bem cita Machado (2018), pouco importa nesse sistema a estrutura da investigação preliminar, que em verdade acaba predominando que seja saciada a "fome investigativa do estilo inquisitorial", denominada assim por Maurício Dieter (2010, p. 48), que explica que "o inquisidor, a partir de meras e infundadas suspeitas, tem o poder de desencadear uma insaciável busca pela verdade oculta, utilizando-se de um vasto repertório para a devassa da intimidade, lugar de segredo a ser desvelado". Todavia, o caminho percorrido e os métodos utilizados nessa busca por essa verdade real podem apresentar-se como tortuosos. Conforme leciona Machado (2018, p. 59) em tom crítico:

> O critério que orienta essa atividade persecutória em busca de revelação de segredos e demarcação de responsabilidades não poderia ser outro. Todas as diligências (buscas domiciliares, interceptações telefônicas, prisões temporárias etc.), inclusive as oficiosas, encontrariam justificativo no famigerado "princípio" (sic) da verdade real.

A jurisprudência e muitos manuais em geral, insistem numa suposta distinção entre a verdade real e a verdade formal, com afirmações de que no Processo Civil, o Magistrado contenta-se com a verdade formal, produzida em contraditório nos autos, enquanto no Processo Penal, não pode contentar-se com uma verdade formal e sim buscar uma espécie de "verdadeira verdade", como se isso fosse possível. Explicam esse conceito no sentido de que a privação de liberdade exigiria a produção de uma espécie de "verdade absoluta dos fatos".

O grande problema é que em nome dessa busca desenfreada pela "verdade real" o Estado se hipertrofia e os direitos e garantias fundamentais do investigado se atrofiam, gerando uma espécie de sistema esquizofrênico, uma vez que é como se o Estado se dirigisse ao indivíduo e dissesse: - *Vou reduzir o grau de densidade dos seus direitos e garantias fundamentais e em alguns casos até mesmo suprimi-los, pois preciso ter uma certeza quase absoluta de que vou te punir de forma justa*. Vale dizer, portanto, que o Estado suprime direitos para buscar maior legitimidade para sua punição sob o argumento de que se estabeleceu com os atos de investigação e, posterior processo, uma espécie de verdade absoluta, a real e, por isso, a punição é justa e devida.

Prado também critica fortemente a retórica da verdade real, mencionando que "inúmeros porta-vozes autorizados do Direito seguem se valendo da retórica da busca da verdade real, contra todas as fortes e consistentes posições teóricas que reduziram a pó semelhante categoria, como categoria válida do pensamento jurídico e filosófico" (PRADO, 2011).

O autor ainda menciona como um problema pior o fato de que "estes agentes penetram com suas ideias nas faculdades de Direito e nas corporações, 'simplificando' a tarefa de pensar e gerando os 'fundamentos' para a manutenção do *status quo*" (PRADO, 2011). Com isso, o que percebemos é um problema que vem sendo repassado por gerações com algo correto e justificável, com o fim sendo utilizado para justificar os meios. Machado (2018, p. 60) no mesmo sentido dispõe que:

> [...] de fato, o discurso da verdade, especialmente aquela adjetivada como "real", apesar de manifestamente falacioso, foi e continua sendo utilizado na tentativa de legitimar abusos e justificar arbitrariedades. A prática da tortura como meio de obtenção de confissão do imputado é um exemplo clássico. Alinha-se perfeitamente a lógica eficientista e cruel do tipo 'os fins justificam os meios'.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Desse modo, existe uma corrente de autores que alertam sobre o perigo que envolve essa busca desenfreada por essa dita verdade real. Vera Malaguti Batista (2012) menciona que essa forma de busca de verdade, tipicamente inquisitiva, predominou no contexto ocidental e se traduz em procedimentos de investigações estruturados a partir de uma relação de força entre quem exerce o poder e o objeto estudado, lembra que todo o roteiro pode ser aprendido nos históricos manuais dos inquisidores. Ratifica-se, assim, as raízes inquisitivas, com a busca pela verdade real também característica desse período.

Casara e Melchior (2013) ressaltam que o sistema da busca da verdade real como escopo do processo penal está sedimentada na origem do Código de Processo Penal Brasileiro, uma vez que Vicenzo Manzini, cuja obra e teoria serviu de base para o Código de Processo Penal Italiano de 1931, inspiração para o Código de Processo Penal Brasileiro de 1941, defendia que o juiz no processo penal, deveria buscar a realidade dos fatos, isto é, a verdade material. O inquérito policial então tem seu sistema de busca da verdade impregnado pelo direito canônico e regulado no Código de Processo Penal brasileiro que possui inspiração de um modelo italiano fascista, sendo adotado no Brasil durante o Estado Novo. Nesse sentido Aury Lopes Júnior (2006, p. 161) menciona que:

> A estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos é claro), especialmente o de 'verdade real ou absoluta'. Na busca dessa tal 'verdade real", transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for 'bem' utilizada conduzirá a confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas). Sem dúvida, tudo se encaixa para servir bem ao sistema.

Nesse contexto, a suposta busca de uma verdade real encontrou terreno fértil para seu cultivo, buscar a confissão para findar a investigação, já que é considerada como principal prova. Para Salah H. Khaled Jr. (2013, p. 12), "regimes autoritários, ditatoriais e totalitários, caracterizam-se pela tendência em produzir 'verdade' através de práticas persecutórias". Fica fácil perceber que a cultura inquisitória impregnou a persecução penal, gerando nos operadores do direito uma mentalidade inquisitorial e, assim, se mantém viva na teoria e na prática, mesmo dentro de um contexto de Estado de Direito, "o qual por excelência não deveria

comportar espaço para o florescimento de sensibilidades inquisidoras" (KHALED JR., 2013, p. 11).

Aury Lopes Jr. (2014) bem aponta que ainda há autores e atores judiciários que sustentam a mitológica "verdade real" para justificar suas práticas autoritárias, se referindo nitidamente a grande parcela da doutrina e dos operadores do Direito em sua práxis. A despeito da Constituição Federal brasileira de 1988 ter adotado o sistema acusatório, são evidentes as práticas, notadamente no inquérito policial, que ainda são analisadas e teorizadas sob o prisma de características inquisitivas. Nesse sentido indica André Luiz Bermudez Pereira (2018, p. 65):

> Nessa toada, sendo a investigação preliminar eminentemente inquisitiva, o titular da investigação tende a repetir o mantra da "verdade real" a fim de justificar ofensa a direitos fundamentais do cidadão. Para além desse fator, a concepção de investigação policial como instrumento de segurança pública e não de justiça criminal reforça o argumento de que a proteção do "cidadão de bem" permite atropelar garantias fundamentais previstas na Carta Magna, justificando práticas autoritárias, para se chegar a "verdade real" dos fatos, acalmando a opinião pública.

Esse sistema de busca da verdade real e absoluta revela, portanto, um sistema processual e de investigação policial autoritário, típico do sistema inquisitivo, além de acabar estimulando deturpações ao Estado de Democrático de Direito, uma vez que, o sistema de busca da verdade correspondente a "real", acaba na prática não encontrando mecanismos capazes de conter práticas abusivas e autoritárias que podem a vir ser empregadas em sua busca. Entendemos, assim, que quando a busca da verdade real ocupa um lugar hegemônico no processo, torna-se difícil respeitar uma série de limites à atividade probatória como, por exemplo, a recusa absoluta de uma prova ilegal.

Nesse sentido afirma Salah H Khaled Jr. (2013, p. 172): "A obsessiva ambição da verdade legitima um poder que não conhece freios e que acaba quase que invariavelmente sendo utilizado de forma arbitrária". Com isso, as consequências têm se evidenciado ao longo da história, com o protagonismo das razões do Estado sobressaindo-se aos direitos fundamentais do indivíduo.

3 REFLEXÕES SOBRE O USO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS DE APARELHOS DE CELULAR APREENDIDOS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Pode-se dizer que questões acerca da ilicitude de provas conseguidas pela polícia mediante o acesso aos subsídios de prova em aparelho celular sem anterior autorização da justiça é um tema bem pertinente na esfera jurídica.

De acordo Sanglard (2017) o tema é um embate entre o amparo do interesse público e o direito à privacidade e à intimidade, que são direitos garantidos pela Leia Maior que prever a prevenção dos direitos à intimidade, à privacidade, à imagem e à honra. Constituindo estes direitos subjetivos assinalados para o arrimo da existência reservada do sujeito, em suas afinidades pessoais e secretas que carecem ser preservadas em face da coletividade.

Observa-se, portanto, que os encostes da atividade da polícia deve ser ajustado à luz do princípio da proporcionalidade, considerando que seu emprego não deve extrapolar o indispensável para o contentamento do empenho público, mas sustentar o respeito pelos direitos constitucionais do sujeito buscando a estabilização entre as garantias fundamentais e a conservação do interesse público.

Zaffaroni (2017) enfatiza, ainda, que o Estado de Direito não é excludente do Estado de Polícia e sim que entre eles existe uma dialética contínua no sentido de que:

> O Estado de Polícia que o Estado de direito carrega em seu anterior nunca cessa de pulsar, procurando furar e romper os muros que o Estado de Direito lhe coloca [...] a extrema seletividade do poder punitivo é uma característica estrutura, ou seja, ela pode ser atenuada, mas não suprimida. Por isso a questão penal é o campo preferido das pulsões do Estado de polícia, pois é o muro mais frágil de todo Estado de Direito. Quanto mais habilitações o poder punitivo tiver nas legislações, maior será o campo de arbítrio seletivo das agências de criminalização secundária e menores poderão ser os controles e contenções do poder jurídico a seu respeito (ZAFFARONI, 2017, p. 170).

Aqui uma questão simples, porém importante do presente trabalho se impõe. Um inquérito policial não relido e reinterpretado constitucionalmente perante a Constituição Federal de 1988 é um inquérito que continua fincado sobre as bases teóricas e práticas do Estado autoritário de matriz inquisitiva e, portanto, nele predominam as razões de Estado, se esvaziando os direitos e garantias constitucionalmente garantidos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Destaca-se, portanto, que o aparelho celular em determinadas circunstâncias compõe um corpo de delito, devendo assim ser apreendido para posterior exame de perícia para que se apure pistas do crime em questão. Vale destacar que nessas situações não se encaixa a questão de quebra de sigilo telefônico, considerando que o material é averiguado diretamente como no procedimento convencional de busca e apreensão, não havendo necessidade de requerer a companhias telefônicas nenhum tipo de solicitação. Exemplo disso encontra-se na seguinte jurisprudência:

> "O fato de ter sido verificado o registro das últimas chamadas efetuadas e recebidas pelos dois celulares apreendidos em poder do co-réu, cujos registros se encontravam gravados nos próprios aparelhos, não configura quebra do sigilo telefônico, pois não houve requerimento à empresa responsável pelas linhas telefônicas, no tocante à lista geral das chamadas originadas e recebidas, tampouco conhecimento do conteúdo das conversas efetuadas por meio destas linhas. Ademais, consoante o disposto no art. 6º, incisos II e III, do Código de Processo Penal, é dever da autoridade policial apreender os objetos que tiverem relação com o fato, o que, no presente caso, significava saber se os dados constantes da agenda dos aparelhos celulares teriam alguma relação com a ocorrência investigada" (HC 66368; Rel. Min. Gilson Dipp).

Do mesmo modo, o STF se manifesta em decisão de suma relevância, conforme transcrito integralmente:

> "Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corréu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (fruit of the poisonous tree), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso Nix x Williams (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º" (HC 91867; Rel. Min. Gilmar Mendes).

Assim, questiona-se o fato de possíveis provas serem apreendidas em manuscritos, por exemplo, e o que difere de anotações deixadas em um celular, ficando o questionamento quanto ao tratamento da prova. Pois, em que sentido seria um elemento diferente do outro?

Assim, o Estado Democrático de Direito impõe a ruptura com o paradigma excessivamente inquisitivo da investigação policial, impondo o paradigma garantista, havendo uma diferença central entre ambos: no primeiro, a investigação policial é focada no interesse do Estado, por isso, afirmações no sentido de que a principal finalidade do inquérito policial seria fornecer provas para o Ministério Público, parte acusatória que representa o Estado. No segundo, a investigação policial embora represente interesses do Estado na apuração da verdade, jamais se distancia e zela intensamente pelos direitos fundamentais de todos os envolvidos, com zelo especial em relação aos direitos humanos e necessariamente uma maior abertura democrática, no sentido de permitir a participação da defesa do investigado.

É preciso que se evolua em termos de garantias do investigado já na fase policial contra eventuais arbítrios do Estado, deve prevalecer a figura de um

Delegado de Polícia natural, com imparcialidade assegurada, o direito a uma investigação com duração razoável, dentre outras garantias constitucionais que devem ser compatibilizadas com uma investigação eficiente, o que pressupõe a necessidade de pesquisas mais aprofundadas sobre a temática específica da constitucionalização da investigação policial, isto é, direitos e garantias já passíveis de aplicação nessa fase.

Deve-se atentar acerca da evolução tecnológica que avança em todas as esferas incidindo inclusive no âmbito de novos formatos de provas e alcance das mesmas que anteriormente seriam difíceis de ser alcançadas por meios tradicionais. Diante disso Knijnik, (2014, p.179) destaca:

> A menção a elementos tangíveis tendeu, por longa data, a condicionar a teoria e prática jurídicas. Contudo, a penetração do mundo virtual como nova realidade, demonstra claramente que tais elementos vinculados à propriedade longe está de abarcar todo o âmbito de incidência de buscas e apreensões, que, de ordinário, exigiriam mandado judicial, impondo reinterpretar o que são "coisas" ou "qualquer elemento de convicção", para abranger todos os elementos que hoje contém dados informacionais. Nesse sentido, tome-se o exemplo de um smartphone: ali, estão e-mails, mensagens, informações sobre usos e costumes do usuário, enfim, um conjunto extenso de informações que extrapolam em muito o conceito de coisa ou de telefone. Supondo-se que a polícia encontre incidentalmente a uma busca um smartphone, poderá apreendê-lo e acessá-lo sem ordem judicial para tanto? Suponha-se, de outra parte, que se pretenda utilizar um sistema capa? De captar emanações de calor de uma residência, para, assim, levantar indícios suficientes ã obtenção de um mandado de busca e apreensão: se estará a restringir algum direito fundamento do interessado, a demandar a obtenção de um mandado expedido por magistrado imparcial de equidistante, sob pena de inutilizabilidade? O e-mail, incidentalmente alcançado por via da apreensão de um notebook, é uma "carta aberta ou não"? Enfim, o conceito de coisa, enquanto res tangível e sujeita a uma relação de pertencimento, persiste como referencial constitucionalmente ainda aplicável à tutela dos direitos fundamentais ou, caso concreto, deveria ser substituído por outro paradigma? Esse é um dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> questionamentos básicos da aqui denominada de prova de terceira geração: "chega-se ao problema com o qual as Cortes interminavelmente se deparam, quando consideram os novos avanços tecnológicos: como aplicar a regra baseada em tecnologias passadas às presentes e aos futuros avanços tecnológicos"." Trata-se, pois, de um questionamento bem mais amplo, que convém, todavia, melhor examinar".

Por sua vez, Machado (2018, p. 100) apresenta a investigação preliminar como "procedimento cognitivo, iniciado e vinculado a certa notícia crime, que se destina à apuração, em nível indiciário, de fato (passado) aparentemente delitivo, com objetivo de deflagração (ou não) da ação processual penal". A expressão "ou não" mencionada por Machado, já se dá no sentido de que o objetivo da investigação policial não é tão somente o de deflagrar uma ação processual penal.

A finalidade da investigação de um fato passado não é unicamente o de "promover justa causa para ação penal" como a maioria dos autores processualistas da área Penal ainda apresenta, e sim o esclarecimento da verdade dos fatos, no sentido de se verificar se ele ocorreu, se ele realmente é um fato criminoso, se há materialidade, ressaltando-se, ainda, que durante essa atividade persecutória, há de observar de forma estrita os limites legais, convencionais e constitucionais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um processo penal e uma investigação policial de matriz inquisitiva, calcada no sistema de busca da verdade real, material e absoluta tem como um dos seus efeitos a hipertrofia Estatal em detrimento dos direitos e garantias individuais, uma vez que em nome da busca da verdade absoluta se cometem atrocidades, se desrespeitam direitos constitucionais e processuais e em nome de um eficientismo utilitário para busca de tal verdade se legitima o Estado a emanar uma suposta punição justa, o que, por sua vez, gera uma contradição em si mesmo, uma vez que, se tal verdade foi obtida mediante violação de normas legais ou em detrimento de direitos constitucionais, a punição é injusta em sua essência, até mesmo por ser baseada em provas ilícitas o que por sua vez fere o direito fundamental insculpido no artigo 5, LVI, da CRFB/88, que as proíbe.

Cabe ao Delegado de Polícia, com dispositivo democrático, filtro de contenção do poder estatal, zelar pela imagem, pela presunção de inocência e toda uma gama de direitos fundamentais na fase policial. O que ainda percebe-se na prática, em alguns casos, é um Delegado ainda não "relido constitucionalmente" que, ao invés de adotar uma postura de contenção, adota uma postura de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

promoção das razões de Estado típicas de um Estado policial que, para dar vazão à resposta imediata exigida pela sociedade líquida, muitas vezes espetaculariza a investigação policial em detrimento da observação de direitos individuais.

Ao final do estudo verificou-se que se tratando da Constituição Federal, é indiscutível o direito básico e fundamental do cidadão a inviolabilidade das informações de aparelho celular, bem como a interceptação de outros meios de comunicação sem prévia ordem da justiça. Constata-se ainda que para que ocorra o acesso aos dados do aparelho celular qualquer que seja a circunstância, a autoridade policial deve seguir fielmente a determinação da Lei Maior que resguarda os direitos e garantias do cidadão quanto a inviolabilidade.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à Criminologia Brasileira.** 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

CASARA, Rubens R.R; MELCHIOR, Antônio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro:** dogmática e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito:** The Brazilian lessons. São Paulo: Atlas, 2013.

DIETER, Maurício Stegmann. O Sistema de Investigação Criminal Brasileiro e o Novo Código de Processo Penal que se anuncia. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DUTRA, Samuel L. **A prova ilícita no processo do trabalho.** PUCRS. 2010.

FERRAJOLI, Luigi (Clb.). **Direito e razão:** teoria do Garantismo penal**.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no Processo Penal:** para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

KNIJNIK, Danilo. **Temas de direito penal, criminologia e processo penal**. A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do Século XXI. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

PEREIRA, André Luiz Bermudez. **A investigação criminal orientada pela teoria dos jogos.** Florianópolis: Emais, 2018.

PRADO, Geraldo. Crônica da Reforma do Código de Processo Penal Brasileiro que se inscreve na Disputa Política pelo Sentido e Função da Justiça Criminal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Org). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição.** v.2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2003.

ZAFFARONI. Eugênio Raúl. **O inimigo do Direito Penal.** 3ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO PELA QUEBRA DO DIRETO AO ESQUECIMENTO

JOSIANE ARAÚJO FERNANDES: Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho- UNIFSA.

MARCUS VINICIUS DO NASCIMENTO LIMA[1]

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo abordar o Direito ao esquecimento bem como a sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro, mostrando a importância de respeitar os direitos e garantias fundamentais que são resguardados pela Constituição Federal, assim como mostra que a partir da grande utilização dos meios de comunicação foi necessário criar leis para regular os direitos e deveres destes.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Direito do Esquecimento. Meios de Comunicação. Quebra do Direito. Dignidade da pessoa humana. Garantias Fundamentais.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Direito ao Esquecimento. 3 Dos direitos e Garantias Fundamentais. 3.1 Direito à honra 3.2 Direito à intimidade 3.3 Direito à vida privada 3.4 Direito à imagem. 4 O Direito ao esquecimento e direito da personalidade. 4.1 Liberdade de expressão condicionada pelas garantias civis. 5 Tratamento jurídico pela quebra do Direito ao esquecimento. 6 Marco Civil.7 Responsabilidade civil dos provedores. 8 Dignidade da pessoa humana. 9 Direito a informação. 10 Ponderação e os Direitos e Garantias fundamentais. 11 Posicionamento critico aos provedores e sua responsabilidade civil. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

É inegável o papel dos meios de comunicação nos dias atuais perante a sociedade, pois estes tornaram-se um formador de opinião assim surgiu a necessidade de analisar e debater os direitos e deveres tanto dos usuários como dos meios de comunicação, a justificativa deste trabalha nasce da importância de compreender este tema, pois ao ser aplicado o Direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro surgiu conflitos entre princípios que norteiam a constituição Federal.

Portanto diante disso o presente trabalho terá com o objetivo examinar esses princípios, a aplicação do Direito ao esquecimento no ordenamento jurídico

brasileiro, também irá analisar a aplicação deste Direito que foi adotado recentemente no Brasil e os conflitos que surgiram a partir desta aplicação, bem como a responsabilidade civil dos meios de comunicação por passar por cima deste direito ao noticiar determinados acontecimentos que perderam o interesse social.

No primeiro capítulo será abordado o surgimento do Direito ao esquecimento e a aplicação deste direito atualmente no senário jurídico, bem como será abordado o direito à honra, direito à privacidade, e Direito à imagem, pois é necessário a explanação destes direitos para o melhor entendimento do Direito ao Esquecimento e estes princípios são resguardados pela Constituição Federal , será abordado o Direito ao esquecimento e o direitos da personalidade e as garantias civis destes direitos.

Posteriormente, no segundo capitulo será examinado o tratamento jurídico pela quebra deste direito, dando ênfase nos julgados recentes pelo judiciário assim como também será explanada a Lei do Marco civil que teve seu surgimento a partir da necessidade de regular o uso da internet, este capitulo finaliza com um exame da responsabilidade civil dos provedores procurando destacar a importância dos limites do uso legal dos meios de comunicação

No terceiro capitulo aborda-se a Dignidade da pessoa humana como princípio norteador dos demais princípios abordado neste artigo, também trazendo o direito a informação e o direito a expressão procurando conceitua-la e ressaltando a importância do seu uso de forma legal, logo com a explanação de todos esses direito foi necessário abordar a ponderação uma técnica utilizada nos casos de colisão deste conflito e por fim o capitulo é concluído com o posicionamento critico que é mostrado a importância de ser analisado o caso concreto.

O artigo é concluído com a demonstração da importância de ser analisado cada caso concreto ao ser utilizado o Direito ao esquecimento pois o mesmo é importante para a ressocialização do ex- presidiário, assim reabrindo velhas feridas e transformando o passado em presente.

2 DIREITO AO ESQUECIMENTO

Os ofícios da história e do direito aproximam-se e se distanciam, determinando uma relação intrincada, com maior relevância em se tratando de direitos humanos. Não obstante é um assunto muito debatido no âmbito jurídico, o chamado direito ao esquecimento carrega algumas problemáticas para o conhecimento histórico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A referência é assegurar esse direito a partir de leis e normativas e, não ao reconhecimento de um direito individual ao esquecimento no caso a caso. Registre-se, por oportuno o período da ditadura civil-militar brasileira a partir da criação da Comissão da Verdade e da promulgação da Lei nº 12.527, de 28 de novembro de 2011, que regula o acesso à informação.

A discussão sobre o direito à memória ou o dever de memória não se circunscrevem ao caso brasileiro, uma vez que as massivas violações de direitos humanos ao longo do século XX provocando debates acerca da relevância de preservar informações para as gerações futuras.

Foram muitos acontecimentos históricos em que o esquecimento foi sugerido como melhor modo de lidar com o passado. Na noite do dia 21 de julho de 356 a.C., Heróstrato pôs fogo no templo de Artemis, em Éfeso, na atual Turquia.

Afirmou-se que desejava fama a qualquer preço e, por seu rompante de grandeza – do qual nunca se furtou à responsabilidade do ato cometido – foi condenado à morte e ao esquecimento: os cidadãos efésios promulgaram um decreto proibindo qualquer menção ao seu nome – *Damnatio memoriae*, ou "danação da memória" –, cuja desobediência era punida com pena capital.

Os direitos civis garantidos pela Carta Magna de 1988, ainda mais se tratando de violações de direitos humanos, a história, a lembrança e a memória, ou seja, os direitos coletivos têm primazia frente a direitos individuais.

No presente é comum a perspectiva de que as pessoas estão divididas entre duas realidades, uma vez que as relações virtuais é referência a distinção da realidade física. De modo que ocorreu uma crescente adesão à internet, novas tecnologias foram criadas para preencher a demanda, ocorrendo compartilhamento de informações entre os usuários.

O processo biologicamente comum de esquecimento transmutou no paradigma da lembrança. Esse discurso pode ser percebido na fala de Gordon Bell, para quem o computador foi criado justamente para armazenar uma vida inteira e conduzir à imortalidade digital.

A preocupação do direito ao esquecimento é externar as falácias existentes na ideia comum de que o ato de excluir dados pessoais na rede mundial de computadores seria uma garantia definitiva de exclusão.

Paul Ricoeur, na obra "A memória, a história, o esquecimento", alerta para a importância de se ter um equilíbrio entre o excesso da memória e do esquecimento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ele trata, por exemplo, da questão da anistia, apontando para a sua origem, o decreto de Atenas de 403 a.C, em que se proibiu recordar os crimes cometidos pelos dois partidos, exigindo-se, para tanto, juramento individual dos cidadãos.

E é assim que se estabelece, diante da complexa relação entre memória e esquecimento, o ponto de contato entre a livre manifestação do pensamento e a privacidade. Por certo que nem todas as questões relacionadas com a privacidade conectam-se com a liberdade de expressão. Entretanto, é inevitável constatar as inúmeras aproximações entre estes direitos fundamentais.

O Direito ao esquecimento ou 'Direito de ser deixado em paz', teve início nos Estados Unidos, em um julgado do ano de 1931, o caso foi julgado pelo tribunal de apelação da Califórnia, tratando-se de um caso de uma prostituta acusada de homicídio, a ré Gabrielle Darley foi julgada e inocentada, anos após o acontecimento foi produzido um filme "Red Kimono" no qual retratava a história dos fatos com seu nome verdadeiro, diante dos acontecimentos seu esposo alegou ofensa a vida privada ajuizou uma ação, requerendo reparação aos danos causados pelo filme, o Tribunal então reconheceu o direito ao esquecimento tornando-se assim um protetor da vida privada.

Na VI jornada do Direito Civil promovido pelo STJ o enunciado 513 que foi publicado citava expressamente o nome desse instituto, posteriormente no ano de 2013, o STJ julgou dois caso envolvendo este instituto assim facilitando o entendimento do mesmo, um dos casos julgados ficou nacionalmente conhecido como "chacina da candelária", que foi um atentado violento que ocorreu em 23 de julho de 1993, no qual oito crianças e adolescentes foram brutalmente assassinados em frente à igreja da candelária no Rio de Janeiro.

Este ocorrido teve nove acusados, dentre eles oito policiais e um serralheiro, Jurandir Gomes França, permaneceu três anos preso, porém foi inocentado por unanimidade pelo conselho de sentença, anos após o ocorrido foi noticiado em um programa televisivo "Linha Direta-Justiça", o caso sendo exposto Jurandir Gomes França2[2] como um dos autores do crime, diante desta situação o mesmo ficou conhecido pela comunidade que vivia como chacinador, sofrendo ameaças e sendo perseguido pela comunidade que vivia o mesmo precisou viver em isolamento, a reportagem exibida causou grandes danos ao Jurandir e a sua família, diante disso ele ajuizou uma ação contra a emissora globo alegando o risco da sua integridade física e da sua família e a sua dificuldade em conviver em sociedade após a exibição do programa. A emissora além de ser condenada a pagar 50, 000,00 (cinqüenta mil reais).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O segundo julgado foi o julgado de Aida Jacob Curi, que no dia 14 de julho de 1958 foi abusada sexualmente e assassinada, o caso ocorreu no Rio de Janeiro o caso ficou nacionalmente conhecido por ter ocorrido em Copacabana e pela forma brutal que foi executado, em 2004 o programa "Linha Direta-Justiça", exibiu cenas e imagens de Aida Jacob Curi, após a exibição desta edição do programa seus irmãos, ajuizaram uma ação contra a emissora por reviver e relembrar o fato ocorrido, o caso foi indeferido na primeira instância, pois houve um lapso temporal de 50 anos entre o crime e a exibição do programa, assim não causava o mesmo abalo da época do ocorrido. Os casos obtiveram soluções diferentes, porém ambos os casos foram fundamentais para a compreensão do direito ao esquecimento e o direito a memória coletiva.

3 DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O instituo mencionado acima é derivado dos direitos fundamentais que são garantidos pela Constituição Federal de 1988, acerca da discussão é importante explanar esses direitos fundamentais, direito a dignidade da pessoa humana, á honra, à privacidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana é dificilmente definido, ele é reforçado pelo

fim das guerras mundiais, quando houve um consenso entre as nações em torno da ideia que a condição humana deveria estar no topo da proteção, a Constituição Federal de 1988 expõe o princípio em seu texto legal.

> "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> III - a dignidade da pessoa humana;

Os direitos das personalidades possuem características de suma importância, a indisponibilidade, a irrenunciabilidade, indisponibilidade, e a intransmissibilidade, estes direitos são dotados de efeito *erga omnes,* assim impõem respeito e são intrínsecos a pessoa humana.

3.1Direito à honra

A palavra honra está diretamente ligada a reputação do indivíduo perante a sociedade, ou seja a forma que o indivíduo é prestigiado socialmente, é um dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

direitos da personalidade mais importante pois historicamente é mostrado que este direito está relacionado ao ser humano desde seu nascimento e continua ligado a ele até depois do seu falecimento, (STOLZE,2014,P.166).

Na sociedade atual onde os juízos de valores são feitos de acordo com a informações nas redes sociais, muda-se a todo momento o julgamento imposto pela sociedade em relação a personalidade dos indivíduos, nos dizeres de Farias (1996,p. 109), tem-se como a primeira característica que a honra é inerente a todos os seres humanos, independente da raça, religião, cor, sexo, ou seja ela tem como fundamento a própria dignidade da pessoa humana e a segunda é que ela existe sobre todos os aspectos distintos, um objetivo e outro subjetivo.

A honra no seu sentido subjetivo está relacionada ao interior de cada pessoa, ou seja, como o indivíduo se sente, o que ele pensa de si mesmo, já em seu aspecto objetivo está relacionada ao exterior ou seja seu juízo de valor perante a sociedade, ambas são passível de violação assim cabendo reparação moral.

Em regra, a jurisprudência, a doutrina, e a legislação, diz que o direito a honra está limitado pelo fato de ser verdadeiro o fato imputado pelo individuo, porém, a doutrina determina que é vedada a divulgação de fatos verdadeiros, que possam detratar a honra da pessoa, que também é conhecida como " segredo da desonra" (Barroso, 0n-line).

Nos dizeres de , José Afonso da Silva (2005, p. 209) " a pessoa tem direito de preservar a própria dignidade, mesmo que fictícia, até contra, até contra alguns ataques da verdade, pois aquilo que contrário à dignidade da pessoa deve permanecer em segredo dela própria".

3.2Direito à intimidade

A intimidade se trata da particularidade do interior do indivíduo , que está somente no interesse do mesmo, assim não sendo compartilhado com a coletividade, o direito à intimidade surgiu da necessidade de proteger a vida privada, Farias (1996 ,p.113), menciona três esferas no qual pode existir o direito à intimidade, a primeira seria a esfera da vida privada que se trata das informações que a pessoa quer omitir da coletividade, a segunda é a esfera confidencial que se trata das informações que são compartilhadas com pessoas confiáveis, e a terceira é a esfera secreta que se trata das informações que não são compartilhadas com ninguém, pois se trata de interesse particular.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Como a internet facilitou a divulgação de informações e com isso a violação do direito à intimidade algumas leis especificas foram criadas para regular e proteger esse direito, são elas a lei Carolina Dieckmann, que prevê a punição de indivíduos que acessem sem autorização aparelhos informáticos alheios, o Marco civil da internet que regulamenta direitos e deveres dos usuários de internet no Brasil, e a lei geral de regulação de dados que regulamenta a proteção dos dados na internet.

3.3 Direito à vida privada

Direito à vida privada é ter autonomia para não ter a sua vida pessoal exposta, direito a intimidade e direito a vida privada se diferem no momento em que uma estar relacionada ao foto de uma está ligada a esfera intima ou seja aquilo que a pessoa não quer compartilhar, enquanto que direito à vida privada está relacionado apenas as pessoas que convivem em sua esfera privada, pessoas mais intimas.

Direito à vida privada está tutelado pelo artigo 21 do código civil que menciona que é um direito inviolável, tal direito também estar tutelado pela Constituição Federal. Por fim direito a vida privada também conhecido como direito de estar só, está inserida em seu ambiente particular em um pequeno clico de pessoas, seus familiares e melhores amigos, estar inserido dentro deste direito aspectos sexuais, amorosos e religioso, assim ficando a critério de cada ser humano escolher quem pode participar da sua vida particular.

Cristino chaves (2013, p. 208), diz que:

> [...] a vida privada é o refúgio impermeável pela coletividade, merecendo proteção. Ou seja, é o direito de viver a sua própria vida em isolamento não sendo submetido á publicidade que não provocou, nem desejou. Consiste no direito de obstar que a atividade de terceiro venha a conhecer, descobrir ou divulgar os particulares de uma pessoa.

Deve-se mencionar que o direito a vida privada tem oferecido maior proteção ao cidadão comum, já pessoas públicas tem seu direito diariamente violado, sobretudo é importante citar que estas pessoas públicas expõem suas vidas voluntariamente em troca da fama, entretanto estas pessoas sofrem apenas uma limitação da sua vida privada ficando resguardado seu direito de privacidade.

3.4 Direito à imagem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Está representado na sua qualidades físicas, é um dos direitos mais importante do indivíduo, somente a pessoa física pode ter seu direito à imagem violado, desde de o nascimento o individuo tem o seu direito adquirido assim sendo protegido pela constituição Federal, Pablo Stolze (2012,p. 227) diz que a imagem, em simples definição " constitui a expressão sensível da individualidade humana, digna de proteção jurídica".

A imagem de uma pessoa é reproduzida por meio de fotografias, assim facilitando a sua divulgação nas redes sociais, atualmente com cada vez mais o compartilhamento de momentos nas redes causando assim uma grande divulgação e disseminação da imagem de pessoas desconhecida tornando-lhes "memes virtuais" mesmo sem seu consentimento, nos dizeres de Cristiano Farias e Nelson Rosevald (2015, p. 206). "a simples utilização indevida da imagem da pessoa, mesmo sem afronta à sua honra e sem exploração comercial, já impõe a reparação do dano, a partir do garantismo constitucional".

O direito a imagem é autônomo assim não estar submetido a nenhum outro direito, vale destacar que este direito é projetado em três aspectos, Nelson Rosevald (2013, p. 244), diz que a imagem- retrato refere-se as características fisiológica de cada pessoa, ou seja seu aspecto literalmente físico um exemplo disso é uma fotografia, já a imagem- atributo, como menciona o autor são suas características particulares, da forma que cada indivíduo se apresenta socialmente o que seria seu retrato moral perante a sociedade em que convive, e pôr fim a sua imagem-voz que nada mais é que seu timbre de voz, este elemento é utilizado como identificação pessoal de cada pessoa. Portanto a junção destes três aspectos se torna a imagem de cada pessoa.

4 O DIREITO AO ESQUECIMENTO E DIREITO DA PERSONALIDADE

O direito ao esquecimento consiste na possibilidade de retirar dos meios de comunicação determinado fato ocorrido, devido o fato de ter perdido o interesse público, este direito tem relação com o direito à honra, à vida privada, à imagem e a intimidade, a era digital possibilitou a facilidade de compartilhar a todo momento pequenas notícias e acontecimentos cotidianos, com apenas um "clique' instantaneamente na palma da mão é possível perpetuar notícias sendo verdadeiras ou não.

Um caso atual diretamente ligado ao mencionado acima ocorreu entre a apresentadora Xuxa Meneghel (Maria da Graça Xuxa Meneghel), e a empresa Google, Xuxa3interpôs uma ação contra a empresa solicitando a retirada do site qualquer resultado de pesquisa ligada a pratica delituosa de pedofilia, o Google

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

utilizou o direito ao esquecimento como argumento pois o mesmo inibiria o direito à informação. Decisão do STJ do caso Xuxa vs Google

O enunciado 274 da IV jornada de Direito Civil, determina que em caso de existir colisão entre direitos da personalidade deverá haver ponderação entre eles, pois devido esta colisão entre direito de expressão, de informação e de impressa, surgiu a necessidade de utilizar está técnica criada por Robert Alexy, nela é utilizada a proporcionalidade, esta por sua vez é subdividida nos denominados subprincípios ou máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Alexy dizia que a ponderação estar representada parcialmente pelo elemento da proporcionalidade em sentido estrito e para chegar a ela, antes, é necessário passar pela adequação e pela necessidade, para chegar ao resultado final deverá obedecer a ordem.

inicialmente era destinada a ponderação entre normas princípios, sobretudo atualmente existe a "ponderação à brasileira" pois além da ponderação entre norma princípios também se aplica a normas regras. O direito ao esquecimento assim como os direitos à personalidades são doutrinaria e jurisprudencial assim sendo deverá ser analisada e ponderada de acordo com cada caso concreto pois nenhum direito à personalidade é absoluto.[3]

Ressalta-se que todos os processos utilizados para chegar a uma solução no caso de direitos fundamentais devem estar pautados nos princípios da unidade da constituição Federal, levando em consideração a prática e proporcionalidade,

4.1 Liberdade de expressão condicionada pelas garantias civis

Liberdade de expressão é a liberdade do indivíduo de manifestar seu pensamento, opinião, liberdade artística, a liberdade de expressão está ligada a dignidade da pessoa humana, pois garante ao indivíduo o direito de se expressar sem opressões a Lei a lei 12.965, conhecida como o Marco Civil da Internet. No seu artigo 2 ° e 3° tutela esse direito vejamos a seguir:

> Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:
>
> Art. 3o A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:
>
> I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

II - proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

A constituição proíbe qualquer censura que queira inibir tal direito, sobretudo também proíbe qualquer ato de preconceito e racismo, essa garantia existe para assegurar direitos de terceiros assim a liberdade de expressão não pode ser utilizada de maneira abusiva, portanto deverá ser usado o princípio da ponderação, Marcelo Novelino (2013,p. 378), menciona que " que por se encontrarem limitações em outros direitos constitucionalmente consagrados, os direitos fundamentais não podem ser considerados absolutos, razão pela qual a relatividade costuma a ser apontada como uma das características" portanto esta liberdade tem limitações garantidas pela constituição.

5 TRATAMENTO JURIDICO PELA QUEBRA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Na memória recente do Brasil, ocorram diversos acontecimentos que violaram dentre tantos direitos os direitos humanos, com a busca pela redemocratização do país depois de tantos acontecimentos foi criada a " comissão da verdade", que tem como principal função a preservação da memória nacional, pois é necessário a manter a memória nacional, porém por outro lado também é importante manter o esquecimento em fato que não irão contribuir para a sociedade, existe uma linha tênue entre direito a memória e direito ao esquecimento, por isso uma não é superior a outra, devendo ser analisada ambas no caso concreto. O ordenamento jurídico recentemente teve dois julgados de grande repercussão nacional.

Um dos casos bem conhecidos foi o caso "Doca Street", o crime ocorreu na década 70 e foi um dos primeiros casos no qual teve indenização, Raul Fernando do Amaral Street também conhecido como "Doca" foi acusado e preso pelo assassinato da sua então namorada Ângela Diniz, sua prisão ocorreu em 1976, por se tratar de um crime da alta sociedade logo ele teve uma grande repercussão, o réu foi julgado por duas vezes na primeira sua defesa alegou que o mesmo teria praticado o crime por legitima defesa da honra, assim o júri entendeu que a vítima teria provocado a ira do réu então como ele agiu com descontrole emocional, lhe concederam uma pena muito baixa que veio a causa uma onda de protestos feministas no qual tinham o *slogan* " quem ama não mata", com este ocorrido seu primeiro julgamento foi suspenso.

No seu segundo julgamento o réu foi condenado em 1981 a 15 anos de prisão pelo assassinato de sua namorada, então devido a progressão de pena em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1987, Doca foi posto em liberdade, ocorre que em 2003 a emissora rede Globo de televisão, transmitiu um episódio no seu programa linha direta/justiça, antes da exibição do programa Doca entrou com uma ação na tentativa de impedir a exibição do episódio, na primeira instancia sua liminar foi deferida, porem a emissora recorreu e o Desembargador Ferdinando Nascimento deferiu o agravo de instrumento autorizando a exibição.

Depois da exibição Doca entrou com uma ação de danos morais alegando ter tido seu direito a intimidade violado então o Juiz do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, deferiu seu pedido. O juiz alegou que a intenção da emissora era apenas lucrar e não informar o público, para ele apesar de Doca ter sido condenado por assassinato e cumprido a sua pena a sociedade não poderia mais continuar condenando-lhe por isso, então o mesmo declarou:

> "Não se aceitará o argumento de que sua condição de ex-criminoso deverá ser assacada ao sabor dos interesses comerciais de quem quer que seja, pois o sistema legal desta terra, ao prever a reabilitação, pretende a inserção ou reinserção do indivíduo na sociedade."

A emissora rede globo de televisão ao se defender alegou que sua intenção era repassar ao seu público fatos já acontecidos que eram do conhecimento público, também alegaram que esses acontecimentos do passado devem ser transmitido aos jovens, a emissora apesar de recorrer da decisão não obteve sucesso e teve que pagar a indenização para Doca.

Outro caso que também ficou nacionalmente conhecido foi o caso foi o caso de um ex-participante do reality show no limite também transmitido pela emissora de televisão rede globo, Marcus Werner Viana, entrou com uma medida cautelar alegando que sua imagem foi prejudicada, sua alegação foi que a emissora teria distorcido imagens transmitidas no programa que dava a entender que ele era racista, isso lhe trouxe grandes problemas para a sua imagem.

A emissora globo exibiu o programa em 2000 porem pretendia reprisar o programa no seu canal fechado viva, entretanto Marcus Werner entrou com uma liminar solicitando que não fosse exibido a cena no qual ele ofende um outro participante, alegando que isso iria lhe causar transtornos novamente, sua liminar foi deferida. A rede globo foi proibida de reprisar a parte da ofensa, na sua decisão a Juíza Maria Cristina Slaibi da 3ª vara cível do Rio de Janeiro alegou que sua decisão não ocasionava censura ao programa pois ele já havia sido transmitido, mas era apenas uma forma de evitar novamente danos ao autor. Que já tinha passado 15

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

anos desde o ocorrido e que não havia necessidade de transmitir a cena novamente assim poderia ferir a dignidade da pessoa humana. A mesma proferiu na sua sentença:

> "A não concessão da tutela neste momento, implicaria no perecimento do direito do autor, E, por fim, ante a ponderação dos bens jurídicos tutelados, prevalecendo, no caso, o direito à dignidade da pessoa humana e o direito ao esquecimento, e de outro, que a ré não sofrerá prejuízo, visto que poderá reexibir o seu programa, apenas se abstendo de divulgar as cenas da calorosa discussão entre o autor Marcus e o participante Paulo Cesar Martins, conhecido
>
> como Amendoim"

Nos dois casos em questão fica evidente que prevaleceu o direito a intimidade, apesar de haver uma colisão entre os direitos fundamentais em ambas decisões houve a utilização da ponderação como ferramenta para enfim chegar a uma decisão justa, também é necessário mencionar que não houve em nenhum momento censura, o que ocorreu foi a retirada de cenas que não severia para o interesse público.

Considerando tais discussões surgiu a necessidade de debater no campo jurídico legislativo, os direitos e deveres dos usuários da internet pois tornou-se evidente que os usuários estavam muitas vezes invadidos direitos de terceiros.

6 MARCO CIVIL

Diante da evolução do uso da internet o legislador, teve que regulamentar o uso da mesma, assim facilitando a busca pela punição para aqueles que utilizam de forma errada a internet, e ao mesmo tempo protegendo aquele que a utiliza, então foi criada a Lei nº 12.965/14, que se trata do Marco Civil na internet, determina o uso da internet, indicando princípios e garantias "é obrigatória à retirada de conteúdos ofensivos de sites, blogs ou redes sociais. A determinação acontece por ordem judicial e reponde ao delito quem produziu ou divulgou o material" (BRASIL, 2014).

É importante ressaltar que houveram dois acontecimentos importantes para a criação desta lei, o primeiro acontecimento foi a espionagem do governo brasileiro pelo governo americano, e outro acontecimento de grande repercussão, foi o então projeto de lei do deputado Eduardo Azeredo, que era uma legislação

penal para criminalizar um rol de condutas que poderiam ser praticadas, Lemos, em outras palavras ressaltar que seria uma lei que engessaria produtores e consumidores de produtos tecnológicos, assim causando uma certa paralização na evolução de novos produtos tecnológicos.

Assim com esse medo de punição criminal e retrocesso tecnológico, foi possível iniciar com base nos direitos civis e nos princípios constitucionais a Lei do Marco Civil.

A lei dispõe expressamente no seu artigo 3° alguns princípios que norteiam esta lei

> Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:
>
> I - Garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento,
>
> nos termos da Constituição Federal;
>
> II - Proteção da privacidade;
>
> III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;
>
> IV - Preservação e garantia da neutralidade de rede;
>
> V - Preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de
>
> medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso
>
> de boas práticas;
>
> VI - Responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;
>
> VII -preservação da natureza participativa da rede;
>
> VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.78

Estes princípios mencionados, também são garantidos pela constituição federal, assim com a criação desta lei e a disposição taxativa destes princípios o legislador tentou minimizar os impasses que surgiram a partir da utilização da internet.

A Lei nº 12.965/2014 estabelece no artigo 18 acerca do provedor de conexão à internet:

> Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. § 1o A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material. § 2o A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5o da Constituição Federal. § 3o As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais. § 4o O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3o, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (BRASIL, 2014).

Impende destacar que os artigos 18 e 19 trousse um paralelo entre a responsabilização pelos danos causados de conteúdos oriundos por terceiros, enquanto o artigo 19 demonstra inquietação relativo à proteção da liberdade de expressão. Com supedâneo na Constituição Federal, ora no inciso IX do artigo 5º, é vedado em seu texto à censura e a censura prévia, em que "e livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença", por conseguinte, o §2º do artigo 220, onde "é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística". Precisamente o entendimento é pelo primado das liberdades comunicativas que o juiz(a) não pode ultrapassar em suas decisões ao combater as notícias falsas, ou sob o risco de ameaça e/ou ferir princípios aos quais estão regulamentos em dispositivos. A Lei nº 5.250/1967, conhecida como Lei de Imprensa previu primeiramente a criação de ferramentas para se combater a geração e disseminação de notícias falsas, nos termos do artigo 16:

> "Publicar ou divulgar notícias falsas ou fatos verdadeiros truncados ou deturpados, que provoquem: I – perturbação da ordem pública ou alarma social; II – desconfiança no sistema bancário ou abalo de crédito de instituição financeira ou de qualquer empresa, pessoa física ou jurídica; III – prejuízo ao crédito da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município; IV – sensível perturbação na cotação das mercadorias e dos títulos imobiliários no mercado financeiro. Pena: De 1 (um) a 6 (seis) meses de detenção, quando se tratar do autor do escrito ou transmissão incriminada, e multa de 5 (cinco) a 10 (dez) salários-mínimos da região. (...)". (BRASIL, 1967).

As considerações expostas, percebe-se que o Marco Civil tem sido insuficiente haja vista á velocidade de disseminação dos conteúdos oferecidos na internet. Diante disso, existem inúmeros projetos de lei com o objetivo de modificar os dispositivos com o intuito de melhorar essa realidade. A título de informação, vale destacar Projeto de Lei nº 5.203 de 2016, que visa inserir o artigo 20-A no Marco Civil na Internet. Em apertada síntese, a redação menciona, que o provedor de aplicação deverá indisponibilizar, no prazo de 48 horas após o recebimento de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

notificação pelo interessado ou representante legal, conteúdo infringente idêntico ao objeto de ordem judicial anterior.

7 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVDORES

O século XXI é o século da hiperinformação pois atualmente podemos ler ou divulgar qualquer notícia na palma da mão, com o aumento do uso das redes sociais surgiu a divulgação instância de acontecimentos pessoais ou não, diante disso tornou-se difícil manter a vida privada distante da vida pública, dessa forma os direitos da personalidade precisou de uma proteção maior por parte do judiciário brasileiro, pois muitas vezes essas divulgações causam danos que podem afetar suas reputações perante a sociedade para sempre. Portanto a busca pela punição de determinadas publicações tem sido cada vez maior, entre elas existe sanções penal e civil, tentando assim buscar a diminuição desses atos.

A reparação por meio da responsabilidade civil, surgiu como forma de reparação do dano causado pela exposição, o legislador como forma de punir os meios de comunicação e ao mesmo tempo satisfazer quem teve sua imagem violada. assim tentando acompanhar o desenvolvimento da sociedade foi – se aprofundando dentro da responsabilidade civil uma forma justa todas as demandas que surgem em na sociedade.

Portanto é relevante conceituar responsabilidade civil dentro do viés civilista, nas palavras de Cavaliere Filho, Pereira e Gonçalves. A doutrina cita que Responsabilidade Civil é dever jurídico sucessivo, que nasce para recompor o dano decorrente de violação de um dever jurídico originário, que por sua vez deve ser contratual ou extracontratual, em síntese contratual é quando se deriva de um inadimplemento contratual, e por sua vez extracontratual é quando tem surgimento a partir de um ato ilícito, como mencionado no artigo 927, *caput,* do código civil de 2002.

A lei do Marco Civil não dispõe sobre a responsabilidade dos provedores de aplicação sobre a fiscalização das postagens feitas por cada usuário, Bangalo aduz que:

> O provedor de serviços de hospedagem não é responsável pelo conteúdo dos sites que hospeda, uma vez que não tem ingerência sobre o conteúdo destes, não lhe cabendo o controle editorial das páginas eletrônicas. Também não se pode esperar do provedor de hospedagem atividades de fiscalização: na maioria das vezes o armazenador não tem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> acesso ao conteúdo do site, apenas autorizado ao seu proprietário, que pode alterar o conteúdo de suas páginas com a frequência que lhe aprouver. Ademais, várias são as páginas e sites hospedados em cada servidor, restando impossível para o provedor de hospedagem a fiscalização de conteúdo.178

Como mencionado anteriormente, o Artigo 18 da Lei 12.952/2014 expõe que os provedores de conexão não serão responsabilizados por conteúdos relacionados a publicações vinculadas a rede de usuários. Já o artigo 19 da mesma lei determina a responsabilidade de conteúdo que for publicado por terceiros, o artigo menciona que:

> Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.
>
> § 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.
>
> § 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.
>
> § 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na Internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicação de Internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.
>
> § 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerando o interesse da coletividade na disponibilização do entes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Nota-se inicialmente que o legislador deixou claro que a responsabilidade dos provedores de aplicações é condicionada ao descumprimento da notificação judicial solicitando a retirada do conteúdo que causou danos. Também é mencionado que o bloqueio ou a remoção terá ligação com a atuação do provedor, é importante pontuar que o legislador deixou claro a liberdade de expressão, assim o provedor só deverá ser responsabilizado se permitir publicações que causem danos, sendo abusivos ou violando direitos de outrem. Nestes termos os provedores só serão responsabilizados no caso de omissão de violação de algum direito.

Souza entende que:

> O desenho do regime de responsabilidade civil por ato de terceiros no Marco Civil da Internet visa a assegurar que a liberdade de expressão não sofra restrições indevidas, sendo a mesma alçada a parâmetro de interpretação teológica de todo o sistema de responsabilização previsto na Lei nº 12.965/14. Sabe-se que diferentes regimes de responsabilidade podem gerar distintos impactos no modo pelo qual a liberdade de manifestação do pensamento é exercida. Um sistema de responsabilidade objetiva, por exemplo, ao tornar o provedor de aplicações diretamente responsável pelo conteúdo exibido, incentiva o dever ativo de monitoramento e exclusão de conteúdos potencialmente controvertidos. Como consequência dessa medida, a manifestação do pensamento sofre uma indevida restrição gerada pelo receio por parte dos intermediários de que venham a ser responsabilizados por conteúdos alheios. Na dúvida, caso identificado, o conteúdo crítico, polêmico, contestador, ainda que lícito, seria removido.

Desta forma, a legislação aplicável para este tema, está no código civil, assim como no recente Marco Civil da Internet, que apontam princípios, direitos e deveres que devem estar presentes nas relações de provedores e usuários , assim como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

dispõe do uso e abuso das rede sociais e dos sites de jornalismos ou revistas online, e das sanções impostas a estes casos.

8 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Dignidade da pessoa humana surgiu a partir do momento em que na historia houve grandes acontecimentos históricos que foram de forma negativa a sua experiencia para a sociedade, Luiz Antonio Rizzatto Nunes, menciona que a pessoa já nasce com a sua dignidade pois faz parte da sua essência, pois cada pessoa nasce com a sua integridade física e psíquica e assim sua dignidade deve ser respeitada para o bom desenvolvimento de cada pessoa.

A dignidade de cada pessoa humana esta diretamente ligada ao foto de esta ter direito de expressão e de liberdade, atualmente esta dignidade é utilizada para distinguir as pessoas pois faz parte da peculiaridade de cada um, a Constituição Federal quando fala em seu artigo 5º no inciso III- ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante só reafirma o reconhecimento do valor da dignidade da pessoa humana.

Também resguardada pelos Direitos humanos ao ser citado que "todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidades e direitos. portanto nota-se que este principio esta ligada a cada individuo pela sua simples existência, assim não importando sua classe social, cor ou gênero, este principio assegura a todos o direito de existir conduzindo sua vida da forma que assim achar melhor, O doutor Edilson Nobre, em seu artigo "O Direito Brasileiro e o princípio da Dignidade da Pessoa Humana", menciona a facilidade de encontrar qualquer violação à dignidade da pessoa humana, porém é de grande dificuldade conceituar o que seria essa dignidade.

> (...) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, que o faz merecer do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2012, p. 37-39)

O conceito trecho acima mencionado mostra o quanto é peculiar de cada homem a sua dignidade que deve ser resguardada e respeitada, apesar de não ser uma garantia fundamental a dignidade da pessoa humana deve ser protegida pelo Estado pois é possível detectar situações em que este direito, dentro deste principio existe outros direitos que também devem ser resguardado pelo Estado, como o direito a informação e direito a vida privada.

9 DIREITO A INFORMÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro como forma de remediar diversos acontecimentos negativos que ocorreram durante a ditadura militar, pois durante esta época os profissionais de comunicação que apontavam as falhas do governo eram perseguidos pelos governantes, assim com esses acontecimentos legislador na Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso XIV ele assegura a toso os cidadãos o direito ao acesso à informação resguardado quando necessário ao exercício profissional o sigilo da fonte.

Todo e qualquer cidadão tem o direito de receber informações, esse direito pode ser dividido em três pontos importantes o de informar seria o direito de repassar uma determinada informação, seria a liberdade de impressa, o direito de se informar que seria a garantia que todos tem de buscar as informações sem obstáculos, e o direito de ser informado que é o direito de qualquer cidadão de ir a um órgão publico e saber sobre o seu respeito, esses pontos são importantes para entender melhor o direito a informação que é resguardado pela Constitucional.

Este direito contribui diretamente para o exercício do Direito a Democracia, a informação é base para que se possa participar ativamente da sociedade, e assim saber usufruir dos seus direitos e assim contribui para a melhoria da vida do indivíduo, a Constituição Federal também garante o Direito a expressão que prevê também no artigo 5º, IV que é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato a garantia deste direito contribui diretamente com o Direito a informação, por meio de qualquer meio de comunicação é possível se expressar e informar a população.

É importante ressaltar que a Declaração Universal do Direitos dos Homens da ONU, de 1948, em seu artigo 19:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> "Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras".

Percebe-se pela leitura do mencionado acima que a liberdade de expressão é garantida a qualquer cidadão, porém deve ser feito de maneira responsável, a partir dos dispositivos citados acima é perceptível que tanto o direito à informação quanto o direito à expressão são portanto direitos subjetivos e que são indispensáveis para toda a sociedade.

10 PONDERAÇÃO E OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM GERAL

A ponderação é um processoutilizado quando dois princípios se encontram em conflito, na utilização desta técnica devera a principio tentar uma conciliação, porém se não for possível deverá ser aplicado esta técnica, este processo irá gerar dois pontos importante que será a ponderação harmônica que é a tentativa de encontrar uma harmonização entre os princípios e a ponderação excludente que é irá escolher no caso concreto o princípio que irá vencer, dentre esta aplicação deverá ser utilizada a proporcionalidade.

A proporcionalidade de forma geral é a razoabilidade, a sua utilização pode se dividir em 3 subprincípios que é a proporcionalidade em sentido estrito que neste deverá ser analisado a intensidade da restrição este direito que foi colidido neste deverá ser colocado o caso concreto e apontado o direito que deverá ser protegido, na necessidade este é utilizado a comparação e a adequação este por sua vez aduz que deverá ser realizado um exame absoluto em linhas gerais não deverá ser comparado com outras hipóteses.

A Carta Magma trás um leque de direitos fundamentais, assim fica evidente que haverá em determinados momentos a colisão entre estes, o aplicado deverá analisar o caso concreto e escolher qual destes direitos deverá prevalecer, a teoria de Robert Alexy que foi mencionada mais acima surgiu como forma de solucionar estes conflitos, MARMELSTEIN (2008.p.386), no aduz que:

> "A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação ao quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia de valores."

Como mencionado acima a ponderação é uma solução para casos que são de difícil conclusão para o aplicador, a partir do momento que existir um conflito entre princípios que são garantidos pela Constituição Federal deverá ser adotada a ponderação e a proporcionalidade, porém é importante que se entenda que nenhum principio se sobressai em outro, para o aplicador é uma tarefa difícil e também importante utilizar a técnica da ponderação pois esta é importante para a manutenção da ordem social.

O ordenamento jurídico Brasileiro já esteve diante de um caso que tomou grande repercussão internacional, neste caso foi-se necessário a utilização da ponderação o caso conhecido como Glória Tréve que entrou em colisão o direito a intimidade versus o direito a honra, ocorre que houve um estupro carcerário sofrido pela cantora Glória Tréve[4] uma cantora mexicana que estava sendo acusada de envolvimento com crimes de abuso de crianças e adolescentes, diante disso ela veio para o Brasil, para fugir do seu país porém ela foi presa entretanto a cantora durante o tempo de custódia da Polícia federal apareceu gestante, apesar dos policiais negarem a cantora alegou que havia sido violentada, A Policia Federal logo entrou com uma ação solicitando a coleta de amostra de DNA para a realização do exame de paternidade a Justiça Federal deferiu o pedido, entretanto a cantora ingressou com uma ação solicitando a proibição desta coleta.

O STF se posicionou contrário a coleta em parte, porém foi utilizado a técnica de ponderação e logo foi coletado da placenta o material, que logo mostrou que nenhum policial era pai da criança, assim restabeleceu a honra dos policiais. Percebe-se assim a importância de se analisar no caso concreto e utilizar a técnica da ponderação para assim chegar em uma decisão justa.

11 POSICIONAMENTO CRÍTICO AOS PROVEDORES E SUA RESPONSABILIDADE CIVIL

Nas últimas décadas os meios de comunicação tem se mostrado uma fonte de formação de opinião pública, nesses últimos anos sua força dentro da sociedade está cada vez mais perceptível assim causando reflexos no ordenamento jurídico brasileiro, há décadas existe uma teoria conhecida como teoria do etiquetamento que é estudada dentro da criminologia ela estuda tanto o crime como o criminoso, a mídia contribui diretamente com este etiquetamento, pois a mídia coloca rótulos em ex-presidiarios ou até mesmo em pessoas que foram acusadas injustamente,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

com essa colocação da mídia a sociedade constrói uma imagem que pode ser carregada pelo resto da vida dessas pessoas.

É importante ressaltar que antes de "marginal", estes ex-presidiarios são pessoas que de alguma forma acabaram por praticar algo repudiado pela sociedade, essa busca dos meios de comunicação por repassar notícias sem a busca pela verdadeira informação e sim apenas visando lucrar em cima daquelas notícias podem causar grandes problemas que podem evitar a ressocialização dos ex-presidiarios.

A responsabilidade civil dos meios de comunicação surgiu a partir da necessidade de indenizar aqueles que tiveram sua imagem utilizada pelos meios de comunicação em casos que não havia mais interesse público, o ordenamento jurídico brasileiro proíbe que a indenização seja muito alta pois é proibido o enriquecimento ilícito, porém ao analisar o caso concreto o jurista deve analisar o dano causado pelos provedores.

A constituição federal conhecida como constituição cidadã, reestabeleceu o direito de expressão e informação e proibiu a censura porém é importante ressaltar que a constituição é do ano de 1988 assim nota-se que ela foi promulgada antes da expansão mundial da utilização da internet essa expansão teve como consequência os inúmeros site que surgiram para informar ao público, porém os meios de comunicação usaram exageradamente deste direito assim ferido outros direitos também garantidos pela constituição, como os direitos da personalidade que a cada dia que passa é possível encontrar notícias que atacam diretamente esses direitos.

Para tentar inibir esse uso desfreado da imagem de terceiros pelos meios de comunicação foi necessário a criação da Lei do marco civil que foi explanada acima, esta lei por sua vez não foi o suficiente para acabar com os abusos cometidos pelos meios de comunicação que muitas vezes passam por cima da constituição com a desculpa de direito à informação, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2016,p. 137-138) asseguram que :

> "tornou-se pacifico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais [...] até o elementar direito à vida tem limitação explicita no inciso XLVII, a do art 5ª, em que contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada"

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Neste entendimento é perceptível que até mesmo os direitos garantidos pela constituição têm sua limitação pois é uma forma que o legislador encontra para um direito não se sobressair sob outro direito, é de fundamental importância lembrar que em alguns momentos pessoas foram acusadas injustamente por crimes que não cometeram e por ser noticiado nos meios de comunicação essas pessoas tiveram suas vidas abaladas, e sofreram um linchamento virtual, que por sua vez gerou grandes transtornos nas vidas dessas pessoas e de terceiros, portanto os doutrinadores ressalvaram que não existe direito á informação se esta não condiz com a verdade.

Nas palavras de Novelino (apud Ramos Filho, 2014, p. 18) existe limitações para a liberdade de imprensa , ele aduz que os três pilares para a legitimidade da notícia jurídica são: verdade: pois existe atualmente uma rapidez na divulgação da notícia que requer uma certa cautela e pesquisa da veracidade do fato antes de divulgar o mesmo, o segundo pilar é a relevância publica pois dentro do sistema público deve-se observar a impotência e a relevância desse fato para a sociedade e por último a forma adequada desta transmissão pois a informação repassada deve ser transmitida de forma adequada para assim forma-se a opinião pública de forma adequada .

Nesta perspectiva percebe-se como é importante impor determinados limites para os meios de comunicação pois seu uso desfreado pode causar grandes problemas, uma vez que ao frisar por muito tempo notícias falsas ou crimes que já ocorreram há décadas com intenção de lucrar em cima disso eles propagam uma falsa sensação de impunidade, diante de um público leigo que muitas vezes acredita apenas nos meios de comunicação sem buscar conhecimentos aprofundados, os meios de comunicação sabendo do seu poder perante a sociedade expõe acontecimentos verídicos ou não agindo de má-fé apenas para propagar a qualquer custo notícias que sempre chamam atenção do público.

12 CONCLUSÃO

Na fase contemporânea da sociedade o avanço tecnológico causou uma transformação na forma de convívio social assim causando um impacto nas relações jurídicas, um desses impactos gerou o direito ao esquecimento e consequentemente a responsabilidade civil daqueles que quebram este direito, no entanto acontecimentos criminais geram grande repercussão na imprensa principalmente pela forma no qual eles são noticiados pois os meio de comunicação utilizam do sensacionalismo para atiçar a curiosidade e a atenção do telespectador com a intenção de aumentar a sua audiência terminam por repetir diversas vezes

as mesmas notícias, o direito ao esquecimento é uma forma de proteção para ex - condenados ou acusados injustamente.

Reviver esses acontecimentos depois de muitos anos fere a dignidade destas pessoas, ao ser noticiados fatos que não acrescentam em nada para a sociedade os meios de comunicação apenas colocam novamente em evidencias pessoas que já pagaram pelos crimes praticados e que muitas vezes conseguiram refazer suas vidas, e também é possível a divulgação de pessoas que foram acusadas injustamente assim podendo destruir tudo que essas pessoas conseguiram construir ao longos dos anos. Essa exposição além de reabrir feridas do passado pode causar grande dor e sofrimento a familiares tanto da vítima quanto do réu. Nas palavras de Machado de Assis "Esquecer é uma necessidade. A vida é uma lousa, em que um destino para escrever um novo caso, precisa apagar o caso escrito" (1994,p. 126).

A da dignidade da pessoa humana é um dos princípios de maior proteção pelo ordenamento jurídico brasileiro, ao reviver esses acontecimentos além dos indivíduos terem sua dignidade ferida também tem seus direitos fundamentais violados, direitos como a intimidade, a imagem e a vida privada. Apesar que de que algumas vezes o direito de expressão e de informação irá se sobressair diante do direito ao esquecimento, pois liberdade de expressão e de informação são garantidos pela constituição federal devendo-se assim analisar cada caso concreto. Pois o juiz ao se deparar com um caso que de um lado esteja o direito ao esquecimento e do outro o direito a expressão e a informação ele deverá utilizar a proporcionalidade assim procurando chegar a uma decisão justa.

Os meios de comunicação usam de forma errônea e sensacionalista muitos casos da esfera penal, com a intenção de aumentar audiência repassam incansavelmente notícias que muitas vezes são repassadas sem o mínimo de conhecimento técnico juriridco, o telespectador por muitas vezes não ter o mínimo de conhecimento jurídico terminar da credibilidade para os telejornais sensacionalistas que na maioria das vezes não querem deixar seu público informado e sim, aumentar seu "ibope".

O direito ao esquecimento pode ser utilizado no processo de ressocialização, como forma de o ex-presidiário possa vir a se reintegrar na sociedade pois a Constituição Federal no seu artigo 5° deixa claro que a prisão perpétua não faz parte da sansão penal, noticiar crimes passados no qual o condenado já tenha cumprido a sua pena e esteja tentado se inserir na sociedade pode trazer sérios problemas assim perpetuando o ex-presidiário a carregar consigo olhares preconceituosos, além de poder acarretar sérios transtornos psicológicos, como síndrome do pânico

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ou depressão, também podendo gerar riscos para os familiares destas pessoas que estão tentando se reintegrar na sociedade.

É importante ressaltar que o direito a informação é garantido pela constituição, porém não existe necessidade de noticiar crimes que ocorreram há décadas, que muitas vezes já perderam o interesse público apesar do direito a informação e a expressão deve-se salientar que também existe o direito a imagem, a honra e a vida privada, assim deve-se procurar uma solução razoável pois nenhum desses princípio é superior ao outro buscando-se sempre a ponderação entre eles, por isso deve haver a análise de cada caso concreto pois a partir do momento que os meios de comunicação utiliza desses acontecimentos apenas com a intenção de lucro o judiciário deve intervir, pois o direito ao esquecimento deve fazer parte da reabilitação do ex-presidiario, é importante falar que não cabe aos meios de comunicação o direito de eternizar ex-presidiarios como eternos criminosos, pois os meios de comunicação são formadores de opiniões e assim como uma divulgação pode transformar a vida de uma pessoa para melhor também pode transformar para pior.

REFERENCIAS

Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1334097/RJ**, Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 28/05/2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=29381336 &sReg=201201449107&sData=20130910&sTipo=91&formato=PDF. Acesso em: 05 out. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1335153/RJ**, Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 28/05/2013

_____. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade**. Critérios de Ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-1001.htm>. Acesso em 7 out. 2019.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ASSIS, Machado. **Obra Completa de Machado de Assis**. vol. II. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994

BARBAGALO, Erica. Brandini. **Aspectos da Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços na Internet**. In: LEMOS, Ronaldo, WAISBERG, Ivo (orgs.). Conflitos sobre Nomes de Domínio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVELD, Nelson. **CURSO DE DIREITO CIVIL :** parte geral e libind, 13. Ed. rev, ampl. e atual. São Paulo : Editora Atlas 2015

FARIAS, Edilson Pereira. **Colisão de Direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

GACLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **DIREITO CIVIL :** parte geral. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: saraiva 2014

Lei 12.965/2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 23.04.2014. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2014/lei/l12965.htm]. Acesso em: 11.11.2019

LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: FGV, 2005

MARMELSTEIN, George**. Curso de Direitos Fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento:** a proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MARTINS, Guilherme Magalhães. O direito ao esquecimento na internet. In: _____ (coord.). **Direito privado e internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 03-28.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método. 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9º ed., Rio de Janeiro: Método, 2014.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em:. Acesso em: 7 de nov de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: livraria do advogado**, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da**. Curso de direito constitucional positivo.** 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, Carlos A. P. de**. As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no Marco Civil da Internet**. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords). Direito & Internet III –Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). Tomo II. .São Paulo: Quartier Latin, 2015.

---

[1]Bacharel em Direito, Mestre em Direito Constitucional pela UFRN (2009). Professor do Centro Universitário Santo Agostinho. *E-mail*: @hotmail.com

[2] (RESP 1.334.097/RJ)

[3] (Apelação Cível nº 0024717-80.2010.8.19.0209)

[4] (STF- REL- QO : 2040 DF, RELATOR : NÉRI DA SILVEIRA, DATA DE JULGAMENTO : 21- 06-2003 PP-00031 EMENT VOL-02116 01 PP-00120)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CABIMENTO DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

PATRICIA BASTOS DE CARVALHO: Graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (2013). Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Ocupante dos cargos de Técnico Judiciário e Assessor de Juiz junto ao Tribunal de Justiça de Alagoas (desde 2019). Atuou como Assessora Jurídica do Ministério Público de Contas (2013-2019) e como Advogada (2013-2018).

RESUMO: A Constituição Federal brasileira de 1988 aliada a uma esparsa legislação, formam o que se chama de "direito processual coletivo brasileiro", tendo contornos ainda assistemáticos, deixando de prever um sem fim de situações processuais. Dentre elas, emergiu a necessidade de – em certas conjunturas - cobrar de uma coletividade deveres. O cabimento dessa sorte de ação é rechaçado por parte da doutrina, embora o pensamento majoritário milite em seu favor. Trata-se da ação coletiva passiva, objeto de análise do presente mediante coleta do que já produzido na doutrina acerca de seu cabimento. Com lastro na corrente capitaneada pela Professora Ada Pellegrini, o presente artigo dialoga com os argumentos contrários à admissibilidade da ação, concluindo que a primeira corrente deve prevalecer.

Palavras-chave: Direito processual civil. Processo coletivo passivo. Cabimento.

Sumário: 1. Introdução. 2. Cabimento da ação coletiva passiva no processo civil brasileiro. 2.1. Breves notas acerca da tutela coletiva no Brasil. 2.2. Da necessidade de manejo da ação coletiva passiva 2.3. Dos argumentos contrários a seu cabimento 2.4. Dos argumentos favoráveis a seu cabimento. 3. Conclusão. 4. Referências.

1. Introdução

A estrutura assistemática do processo coletivo no Brasil, não obstante o grande apreço dado aos direitos coletivos na Constituição de 1988, acabou por largar no ostracismo a previsão de uma demanda na qual a coletividade fosse cobrada por algum dever, e não agraciada por algum direito. A prática processual, contudo, verificou a necessidade de manejar o que se nomeia de ação coletiva passiva, ao tempo em que surge o questionamento: como situar o seu cabimento dentro do plano legal vigente?

A defesa do cabimento da ação coletiva passiva no Brasil, mesmo com um fraco supedâneo legal em vigor, é capitaneada pela professora Ada Pellegrini Grinover[1] – que defende o fortalecimento da demanda através de imposições

legiferantes pertinentes – e desponta como corrente majoritária. Noutra via, há quem resista em admitir o seu cabimento[2].

É por acreditar na coerência da corrente liderada por Ada Pellegrini que desponta como objetivo do presente trabalho a coleta na doutrina pátria subsídios para dar força à ideia de uma ação coletiva passiva brasileira, sem, contudo, deixar de discutir os argumentos que militam em sentido contrário. Pretende-se, inclusive, que esse movimento dialético recrudesça a confiança no cabimento da ação em estudo.

2. Ação coletiva passiva no direito processual brasileiro

2.1. Breves notas acerca da tutela coletiva no Brasil

É inegável que existem situações em que uma coletividade, em estrutura molecular[3], necessita e pode estar em juízo para cobrar direitos coletivos *lato sensu* (direito coletivo *stricto sensu*, difuso e individual homogêneo). A lide existe e o cabimento de ações coletivas está previsto no ordenamento jurídico, a exemplo da ação civil pública, regulamentada pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Que existem situações outras em que a mesma coletividade, em mesma estrutura molecular, pode ser chamada a prestar deveres coletivos *lato sensu* ou a ela ser imposto um estado de sujeição, oriundo de um direito potestativo, é possível de ser imaginado. Não só é possível abstrair a situação, como a necessidade de propor esse tipo de demanda vem ocorrendo ante o Judiciário brasileiro.

Entrementes, não há previsão expressa no plano legal vigente de um rito que possa ser instrumentalizado para cobrar deveres coletivos em juízo. Como, então, harmonizar a escassez legislativa e a necessidade de levar o imbróglio ao conhecimento do Judiciário, inclusive em respeito ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário?

A doutrina pátria buscou, então, na experiência jurídica norte-americana a inspiração para tal desiderato: a *defendant class* action, a qual consiste em instrumento processual que permite que aquele que tenha uma queixa contra uma multiplicidade de pessoas, possa resolver toda a disputa demandando apenas em desfavor de alguns membros de toda a classe[4].

No contexto pátrio, o advento da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB em outubro de 1988, trouxe alterações concernentes às ações coletivas ditas radicais[5] se comparadas às Constituições antecessoras. Todavia,

àquela época, as ideias em torno da demanda coletiva e seu importante papel na efetivação dos interesses coletivos ainda eram embrionárias[6].

A Assembleia Constituinte inovou ao alocar os direitos coletivos no rol de direitos fundamentais. O Capítulo I, do Título 2 da CRFB/88, dispõe sobre os "direitos e deveres individuais e coletivos", destacando-se que a Constituição fala, expressamente, não só em direitos, mas também deveres coletivos.

Mais adiante, no artigo 5º, XXXV, ficou consagrado o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário ao dispor a Constituição que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Nessa inafastabilidade (e nessa universalidade) não pode ser excluída a tutela coletiva, seja ela de direitos ou deveres coletivos.

Trilhando outros passos Constituição adentro, o artigo 8º, ao dispor acerca da associação profissional ou sindical, prescreveu no inciso VIII que "ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas". Dessa forma, mais uma vez, fala-se da tutela coletiva.

E também não o deixou de fazer da seara trabalhista. O dispositivo de número 114 da Constituição delimitou a competência da Justiça do Trabalho e pontuou que é ela competente para o processamento e julgamento das "ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores".

Sobre esse inciso, exalte-se com furor que a Constituição admitiu, expressamente, que há a possibilidade de uma demanda entre sindicatos e trabalhadores, assim como entre sindicatos e empregadores. Isso quer dizer que o legislador admitiu a hipótese de haver a presença da coletividade no polo passivo da demanda.

Há, segundo Fredie Didier, tutela coletiva no âmbito eleitoral. Para ele, a ação de impugnação de mandato eletivo (AIME) seria uma ação coletiva[7] inscrita na Constituição. Merecem atenção, também, as disposições infraconstitucionais acerca das ações coletivas. Dentre elas, Fredie Dider aponta a existência de uma concepção que acredita ser a ação penal condenatória uma ação coletiva[8].

Fica, contudo, a cargo da Lei da ação civil pública (Lei nº 7.347/85) e do Título III do Código de defesa do consumidor (Lei nº 8.078/90) as maiores expressões das ações coletivas no Brasil, principalmente no que tange a normas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

processuais. Juntas, elas formam aquilo que se chama na doutrina de "microssistema processual para as ações coletivas[9]".

2.2. Da necessidade de manejo da ação coletiva passiva

Da leitura da digressão acima esposada, é observável que, em que pesem alguns esforços legislativos para dar contornos às ações coletivas – inserindo normas gerais para tópicos como representação e coisa julgada, por exemplo -, há ainda uma carência de instrumento mais sistemático e completo.

Nesse diapasão, pontua Thiago Oliveira Tozzi que "é consabido que o direito processual coletivo pátrio consubstancia ramo do direito [...] todavia desprovido de sistemática própria, apesar dos incipientes esforços enviados pela doutrina nacional – e mesmo pela jurisprudência – tendentes a mapear-lhe caracteres[10]". Veja-se, por exemplo, que na legislação infraconstitucional vigente não estão acolhidas e regulamentadas algumas situações fáticas que vem sendo levadas a juízo.

No ano de 2004, a título exemplificativo, diante da greve nacional dos policias federais, a União propôs ação em desfavor dessa classe em nome da Federação Nacional dos Policiais Federais – a FENAPEF – e do Sindicato dos Policiais Federais do Distrito Federal, almejando o retorno da categoria às atividades.

Outro caso noticia que ação coletiva foi proposta contra sindicato de revendedores de combustíveis, em que foi pleiteada uma adequação dos preços praticados a limites máximos de lucro, no intuito de proteger a livre concorrência e os consumidores[11].

A demanda deixa em dificuldades o magistrado que, ao apreciar a proposição, não conta com uma legislação que disponha de normas para julgar a coletividade no polo passivo do processo. De toda sorte, fica assentada a premissa que o processo coletivo passivo é necessário, principalmente na corrente sociedade de massa, mas fica o questionamento a ser respondido: é ele cabível na atual ordem jurídica pátria?

De toda sorte, antes de dar início ao diálogo entre as correntes que militam a favor e contra o cabimento da ação, necessário é assinalar o conceito de ação coletiva passiva na doutrina. Para Fredie Didier, pode ser caracterizada a ação nos seguintes termos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Há ação coletiva passiva quando um agrupamento humano for colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial. Formula-se demanda *contra* uma dada coletividade. Os direitos afirmados pelo autor da demanda coletiva podem ser individuais ou coletivos (*lato sensu*)[12].

Diogo Campos Medina Maia destaca em seu conceito de ação coletiva passiva que ela versa acerca de direito a ser exercido (de modo ordinário ou extraordinário) em desfavor de ente coletivo com legitimidade extraordinária, conforme possibilidade inferida do ordenamento jurídico, no afã de tutelar direito individual ou coletivo lesado ou disso ameaçado[13].

2.3. Dos argumentos contrários a seu cabimento

Considerando o conceito coletado na doutrina para a ação coletiva passiva, pontue-se que parte dos doutrinadores brasileiros acreditam não ser possível aceitar o cabimento da ação coletiva passiva[14]. Há, nesse sentido, três argumentos principais que sustentam a corrente.

O primeiro, e mais forte, deles é a inexistência do texto legal expresso. Para essa corrente doutrinária, esse ponto é obstáculo insuperável. Tal denegação de possibilidade do cabimento da demanda coletiva proposta em desfavor do representante da coletividade baseia-se, *sui generis*, nos próprios termos empregados pela legislação vigente, sempre indicativa de uma postura ativa.

Ressaltam eles que os diplomas legais mencionam a possibilidade de atuação dos representantes na qualidade de autores, ressaltando as expressões existentes em diversos dispositivos legais que seriam indicativas dessa única possibilidade[15]. Esse, inclusive, é o entendimento de Antônio Gidi que, numa comparação com as *defendant class actions* americanas, pontuando que:

> Nas *class actions* norte-americanas a legitimidade para condução de um processo coletivo é outorgada tanto do lado ativo como do lado passivo da ação. [...] Nas ações coletivas do direito brasileiro, todavia, somente se confere legitimidade "ad causam" ativa aos entes elencados no art. 5º da LACP e no art. 82 do CDC. Arruda Alvim observa que embora o art. 81 do CDC se refira à "defesa" dos direitos dos consumidores, essa expressão tem o significado de agir ativamente em juízo, e não a possibilidade de os entes do art. 82 serem réus em uma ação coletiva (ou individual)[16].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Hugo Nigro Mazzilli comunga do entendimento, observando que a substituição processual é temática adstrita ao direito escrito, e a lei (CDC e LACP) só previu a possibilidade dos legitimados, ali inscritos, exercerem a substituição processual do grupo lesado no polo ativo[17]. Esse é um caudaloso argumento e não pode ser olvidado.

Um segundo apontamento indica que o sistema de verificação da condição de representante adequado dá-se segundo critério *ope legis* e, por esse motivo, não seria possível a admissão das ações passivas porque não conta o ordenamento brasileiro com um sistema de aferição aberto, isto é, *ope judicis*, hipótese na qual se correria o risco de constar no polo passivo alguém que não representa, com efetividade, os interesses da coletividade que formalmente ele representa[18].

Por fim, cumpre destacar a terceira, e última, alegação da corrente denegatória da ação coletiva passiva brasileira. Faz ela referência a uma problemática ligada ao instituto da coisa julgada. Nela, segundo Humberto Theodoro Júnior, não poderia a coisa julgada prejudicar os direitos individuais dos representados, tendo em vista o regime de extensão *in utilibus* da coisa julgada às situações individuais, conforme o art. 103 do Código de defesa do consumidor[19].

2.4. Dos argumentos favoráveis a seu cabimento

Em que pesem as alegações apresentadas, a maior parte da doutrina filia-se à corrente capitaneada pela processualista Ada Pellegrini Grinover, com o entendimento de que é possível o cabimento da ação coletiva passiva no Brasil. Kazuo Watanabe, inclusive, pondera que atualmente a doutrina tem se posicionado em defesa do reconhecimento da ação coletiva passiva[20].

Nesse sentido, impende arrolar os motivos pelos quais a ideia é sustentada por Ada Pellegrini, bem como outros argumentos levantados por outros doutrinadores. Nesse sentido, o primeiro fator a ser chamado ao rol é a realidade social. Como já fora anteriormente narrado, há muito, na história da humanidade, existe a necessidade de certos agrupamentos (coletividades) serem demandados em juízo.

A revolução industrial no século XVIII, em especial, intensificou as relações socioeconômicas, transformando o cenário mundial de forma a fazer emergir as classes operárias. Essas coletividades passaram a manter relações cada vez mais fortes, interligadas e coesas. Dessa forma, por estarem os indivíduos da classe unidos numa unidade, passaram a reclamar novas formas de solução de litígios, fazendo nascer os litígios coletivos[21].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Essas relações perenes e coesas, em razão da sociedade de consumo e de massa, foram estendidas às mais diversas formas de agrupamentos sociais, por exemplo, aos grupos de consumidores.

Os conflitos envolvendo essas coletividades acaba por levar o agrupamento a figurar na parte passiva da relação jurídica de pretensão – obrigação[22]. Isso quer dizer que surge a necessidade de a demanda ser proposta em desfavor da coletividade.

Assim, diante de uma novel conjuntura social e de uma defasagem do aparato jurídico para satisfazê-la, fica clara a necessidade de ser pensado um novo instrumento jurídico para tutelar essa ordem de conflitos.

O segundo ponto a ser trazido à tona é a efetiva prática processual, pois, não obstante trate este artigo de discutir a admissibilidade da ação coletiva passiva no Brasil, ela vem sendo manejada no país. Relembrem-se os casos concretos anteriormente citados e que não constituem exemplos isolados.

Nesse sentido, arrole-se a ação que tramitou em Baturité, estado do Ceará, na qual o Ministério Público ajuizou ação civil pública em desfavor de alguns comerciantes que utilizavam, de forma indevida, as calçadas para a venda de produtos[23].

Ademais, na prática processual com a coletividade na posição de acionada, relembre-se que acerca da seara trabalhista a Constituição de 1988 dispõe em seu artigo 114, III, que a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar "ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores". A previsão expressar da Constituição aviva, assim, a admissibilidade da demanda em discussão.

Não seja olvidado, contudo, que as ações a que fazem referência o artigo 114 não correspondem a ações coletivas passivas típicas que este trabalho persegue, mas mostram que há uma tendência nesse sentido.

Dando terceiro passo nos argumentos que militam em favor da ação coletiva passiva, podem ser lembrados alguns dispositivos existentes na ordem legal em vigência que, apesar de não tornarem típica a demanda em estudo, a ela dão fôlego.

Ada Pellegrini destaca, dentro do microssistema das ações coletivas, três dispositivos que são um elixir para a corrente a que faz defesa. O primeiro deles é o artigo 5º, §2º da LACP, que trata da autorização de haver litisconsórcio do Poder

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

público ou outras associações legitimadas a qualquer das partes do processo. A autora conclui silogisticamente que "é evidente, portanto, que se a intervenção no processo de entes legitimados às ações coletivas pode se dar como litisconsorte do autor ou do réu, é porque a demanda pode ser intentada pela classe ou contra ela[24]".

Corroborando com a LACP, o artigo 107 do Código de defesa do consumidor contempla a denominada "convenção coletiva de consumo", deixando permitido às entidades civis de consumidores e às associações de fornecedores, ou sindicatos de categorias econômicas, regular, por convenção escrita, relações ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo.

Mais uma vez, a dicção do CDC contribui para a afirmação da ação coletiva passiva ao dispor, no artigo de número 83 que "para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela".

Sobre esse dispositivo, Ada Pellegrini, uma dos autores do anteprojeto explica que "o sentido do dispositivo é o da irrestrita tutelabilidade, em juízo, das questões inerentes às relações de consumo, consubstanciando a ideia da efetividade do processo[25]".

Isso posto, é de arrematar que o sistema brasileiro acerca das demandas coletivas permite, de *lege data*, que a classe figure no polo passivo da ação sem, com isso, negar que algumas problemáticas podem derivar dessa posição, no que concerne ao regime da coisa julgada, por exemplo[26]. Esse tema, contudo, não será explorado neste trabalho.

Em suma, todos os três aspectos destacados no afã de admitir o cabimento da tutela coletiva passiva são coroados pelo, quiçá, mais robusto argumento a favor da demanda: o princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário. O dispositivo no qual está inscrito o princípio é o artigo 5º, XXXV, com a dicção de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Por fim, valha-se dos métodos hermenêuticos para dar vazão à admissibilidade da ação coletiva passiva. Na ausência do texto legal expresso, e até mesmo em sua presença, a atividade hermenêutica leva, através de regras técnicas, a obtenção de um resultado na decidibilidade de conflitos[27].

Não se busca aqui legitimar a todo custo o cabimento demanda de estudo, fazendo caber a interpretação ao gosto do autor, mas sim fazer uso razoável dos princípios e regras aqui estudados e manejar, adequadamente, métodos hermenêuticos.

Nesse sentido, segundo a lição de Tércio Ferraz Jr., fala-se em interpretação sistemática quando se enfrentam questões de compatibilidade num todo estrutural, levando em conta a unidade do sistema jurídico do ordenamento[28]. Acerca dessa compatibilidade, o autor afirma que "a incompatibilidade é o elemento racional que implica a presunção de que o legislador sempre pretende ordenações razoáveis[29]".

Alerta o estudioso que essa compatibilidade é estudada levando em consideração a organização hierárquica das fontes, na qual as relações de hierarquia principiam (e culminam) pela primeira norma-origem do sistema, a Constituição[30].

Assim, sistematicamente, unindo a disposição constitucional da universalidade (inafastabilidade) de jurisdição, a não vedação do processo coletivo passivo e os dispositivos legais que colocam a coletividade em situação de sujeição passiva no processo, entende-se como compatível a ação coletiva passiva com a ordem legal vigente.

3. Conclusão

Mesmo tendo conhecimento do hiato legislativo e das problemáticas processuais que surgem da aplicação da ação coletiva passiva sem sua expressa previsão típica (regime da coisa julgada e da representação adequada), seu manejo é inevitável. Nesse sentido, as palavras de Couture arrematam:

> O silêncio do legislador, dentro da ideia de plenitude da ordem jurídica, é, por assim dizer, um silêncio cheio de vozes. Nesse silêncio, naquele ponto exato em que o legislador foi omisso, é onde se entrecruzam todas as outras normas. [...] O caso não previsto contém, praticamente, todas as previsões possíveis. Qual deve ser a reação do intérprete em sua tarefa em face do silêncio da lei processual? Seria de desejar que fosse possível responder essa pergunta numa só palavra. Tal coisa, porém, é impossível[31].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em última análise, a ação coletiva passiva, mesmo ante o vácuo legislativo, representa as premissas intrínsecas a um Estado Democrático de Direito, no qual repousa no acesso à Justiça um de seus valores mais fundantes[32].

4. Referências

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimeno. Vol 1. 21ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2019.

_____; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. Processo Coletivo. Vol 4. 13ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2019.

_____; ZANETI JR., Hermes. Pocesso Coletivo Passivo. **Revista Ciências Jurídicas e Sociológicas da Unipar**. v. 11, n. 2, pp. 719-736. jul./dez. 2008.

_____; ZANETI JR., Hermes. Processo Coletivo Passivo. **Revista de Processo – RePro**. ano 33. n. 165. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 29-43. nov. 2008.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. Técnica, dominação, decisão. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GIDI, Antonio. **A** *class action* **como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo, NERY JUNIOR, Nelson.. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

MAIA, Diogo Campos Medina. A ação coletiva passiva: um retrospecto histórico de uma necessidade presente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.) **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria **do fato jurídico: plano da existência**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. **Revista de Processo – RePro**. ano 37. n. 209. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 243-265. jul. 2012. p. 258.

THEODORO JR., Humberto**. Curso de direito processual civil**. Procedimentos especiais. v. 3. 41ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 44.

TOZZI, Thiago Oliveira. Ação Coletiva Passiva. **Revista de Processo – RePro**. ano 37. n. 205. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 267-297. mar. 2012.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class action* brasileira: limites propostos para o Código de Processos Coletivos. In: Ada Pellegrini Grinover; Aluisio Gonçalves de Castro Mendes ; Kazuo Watanabe. (Org.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivos**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

WOLFSON, Barry M. Defendant Class Actions. **Ohio State Law Journal**. v. 38, n. 3, 1977.
Disponível:<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/ohslj38&div=30&id=&page=>. Acesso em 23 nov. 2019.

---

[1] GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 850.

[2] DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 269.

[3] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. Processo Coletivo. Vol 4. 6ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 32.

[4] WOLFSON, Barry M. Defendant Class Actions. **Ohio State Law Journal**. v. 38, n. 3, 1977.
Disponível:< http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/ohslj38&div=30&id=&page=>. Acesso em 23. nov. 2019. p. 459.

[5] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol 1. 21ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 43.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[6] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. **Revista de Processo – RePro**. ano 37. n. 209. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 243-265. jul. 2012. p. 258.

[7] DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. Processo Coletivo. Vol 4. 13ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 46.

[8] Idem.

[9] Idem, p. 50.

[10] TOZZI, Thiago Oliveira. Ação Coletiva Passiva. **Revista de Processo – RePro**. ano 37. n. 205. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 267-297. mar. 2012. p. 269.

[11] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Processo Coletivo Passivo. **Revista de Processo – RePro**. ano 33. n. 165. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 29-43. nov. 2008. p. 34.

[12] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Pocesso Coletivo Passivo. **Revista Ciências Jurídicas e Sociológicas da Unipar**. v. 11, n. 2, pp. 719-736. jul./dez. 2008.

[13] MAIA, Diogo Campos Medina. A ação coletiva passiva: um retrospecto histórico de uma necessidade presente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.) **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007. p. 68.

[14] Pedro Dinamarco, Hugo Nigro Mazzilli, Arruda Alvim, Humberto Theodoro Júnior e Antônio Gidi.

[15] VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class action* brasileira: limites propostos para o Código de Processos Coletivos. In: Ada Pellegrini Grinover; Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Kazuo Watanabe. (Org.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivos**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 1, p. 313.

[16] GIDI, Antonio. **A *class action* como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 51.

[17] MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 314.

[18] Idem.

[19] THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. Procedimentos especiais. v. 3. 41ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 44.

[20] GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo, NERY JUNIOR, Nelson.. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 850.

[21] MAIA, Diogo Campos Medina. A ação coletiva passiva: um retrospecto histórico de uma necessidade presente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.) **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007. p. 338.

[22] MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria **do fato jurídico: plano da existência**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 153.

[23] Processo 2000.0173.3752-7/0 da 2ª Vara cível de Baturité-CE.

[24] GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo, NERY JUNIOR, Nelson.. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 850.

[25] Idem, p. 851.

[26] Idem, p. 851.

[27] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. Técnica, dominação, decisão. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 289.

[28] Idem, p. 293.

[29] Idem, p. 295.

[30] Idem, p. 293.

[31] COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 45.

[32] TOZZI, Thiago Oliveira. Ação Coletiva Passiva. **Revista de Processo – RePro**. ano 37. n. 205. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 267-297. mar. 2012. p. 284.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO: A TAXATIVIDADE MITIGADA DO ART. 1.015 DO CPC

MURILO SANTOS RAMOS: Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduado em Direito e Jurisdição pela Escola da Magistratura do Distrito Federal. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A nova sistemática de recorribilidade das decisões interlocutórias. 2. Hipóteses de cabimento do agravo de instrumento previstas no art. 1.015 do CPC. 3. Problemas decorrentes da taxatividade absoluta. 4. Critério jurisprudencial: a taxatividade mitigada. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Dentre as novidades trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC) em matéria recursal, certamente a tentativa de se criar um rol taxativo de decisões interlocutórias impugnáveis mediante agravo de instrumento é uma das mais polêmicas e que mais geram discussões doutrinárias.

O objetivo do presente artigo é apresentar essa novidade, demonstrar os problemas dela decorrentes e expor como a jurisprudência pacificou o entendimento acerca da natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC. Para tanto, será abordado, no primeiro tópico, o dispositivo em apreço, comparando-o com o sistema de recorribilidade de decisões interlocutórias do CPC de 1973 e destacando os motivos pelos quais o legislador do CPC atual optou por adotar modelo diferente, que reduz as hipóteses de impugnação imediata de tais decisões.

No segundo tópico, serão abordados, um a um, os casos de cabimento do agravo de instrumento elencados no art. 1.015. Conforme se verá, o rol não se exaure nas hipóteses descritas no dispositivo, mas engloba, também, outras situações expressamente referidas em lei.

O terceiro tópico discorrerá acerca dos problemas decorrentes da taxatividade. Nesse sentido, far-se-á um contraponto à alegação de que a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias traz prejuízo à celeridade processual, bem como se destacará que a restrição das decisões impugnáveis por meio de agravo de instrumento gera um efeito colateral danoso: o aumento do número de impetrações de mandados de segurança. Serão, ainda, citados exemplos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

emblemáticos de decisões interlocutórias que não estão inseridas na lei como agraváveis, mas que, por sua natureza, deveriam estar.

A última parte deste trabalho terá o propósito de abordar a tese jurídica fixada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do REsp nº 1.704.520–MT, no qual se reconheceu a *taxatividade mitigada* do art. 1.015 do CPC. Procurar-se-á apresentar os motivos pelos quais se entende que a solução jurisprudencial encontrada harmoniza-se com os postulados da ampla defesa, da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal.

1. A NOVA SISTEMÁTICA DE RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS

O CPC promoveu relevante alteração na sistemática do agravo de instrumento, prevendo hipóteses taxativas para o cabimento desse recurso. É o que se extrai de seu art. 1.015:

> Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:
>
> I - tutelas provisórias;
>
> II - mérito do processo;
>
> III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
>
> IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
>
> V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
>
> VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
>
> VII - exclusão de litisconsorte;
>
> VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
>
> IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
>
> X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
>
> XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> XII - (VETADO);
>
> XIII - outros casos expressamente referidos em lei.
>
> Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Adotou-se, assim, posição intermediária entre aquela adotada pelo Código anterior, que previa a recorribilidade das decisões interlocutórias como regra (art. 522), e aquela, defendida por alguns durante as discussões que permearam o anteprojeto do novo Código, de que as decisões interlocutórias deveriam ser, invariavelmente, irrecorríveis.

O CPC de 1973 estabelecia que em quaisquer decisões suscetíveis de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação fosse recebida, seria cabível o agravo de instrumento. Nas demais situações, deveria ser manejado o agravo retido. Já sob a égide do CPC de 2015, a modalidade retida foi abolida, de modo que, não sendo cabível a interposição do agravo de instrumento dentro das hipóteses taxativamente previstas, restará à parte questionar a decisão em sede de preliminar de apelação ou em contrarrazões, já que a matéria não é atingida pela preclusão (art. 1.009, § 1º).

O objetivo do legislador ao reduzir as hipóteses de recorribilidade em separado das decisões interlocutórias teria sido o de prestigiar os princípios da celeridade e da eficiência processuais, bem como de conservar os poderes do juiz de primeiro grau na condução do processo. Entretanto, conforme se verá no tópico 3 deste trabalho, a taxatividade dos casos de agravo de instrumento tem gerado problemas relevantes.

2. HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO PREVISTAS NO ART. 1.015 DO CPC

Segundo o art. 1.015, inciso I, do CPC, caberá agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre tutelas provisórias.

Importante registrar que, em seu art. 294, o novo Código distingue as tutelas provisórias em urgência e evidência. A primeira é pertinente às situações em que se verifica a presença do *fumus boni iuris* (probabilidade do direito) e

do *periculum in mora* (perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo), conforme estabelece o art. 300. Já a segunda (tutela de evidência) independe da demonstração desses elementos, e será concedida quando: *i)* ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; *ii)* as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; *iii)* se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito e *iv)* a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável (art. 311).

O agravo de instrumento é cabível tanto nos casos de concessão quanto de indeferimento da tutela provisória. Entretanto, em caso de confirmação, concessão ou revogação em capítulo da sentença, o recurso cabível será a apelação (art. 1.013, § 5º).

O inciso II do art. 1.015 prevê o cabimento de agravo de instrumento diante de decisões interlocutórias que versarem sobre o mérito do processo. Trata-se, tipicamente, da hipótese de julgamento antecipado parcial do mérito, realizado nas situações em que um ou mais dos pedidos formulados mostrar-se incontroverso ou a causa estiver em condições de julgamento antecipado (art. 356). Nesses casos, embora haja decisão de mérito, cuida-se de julgamento apenas parcial, que não põe fim à fase de conhecimento mediante sentença, razão pela qual o recurso cabível não é a apelação.

Por força do inciso III do art. 1.015, está igualmente sujeita a agravo de instrumento a decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem (compromisso arbitral ou cláusula compromissória). Cabe ao réu, em preliminar de contestação, suscitar a existência de convenção de arbitragem (art. 337, inciso X). Uma vez rejeitada, abre-se a via do agravo de instrumento, a fim de se evitar que o encaminhamento da controvérsia ao juízo arbitral venha a ocorrer apenas em sede de apelação, após já ocorrido pronunciamento judicial de primeiro grau. Note-se que, em se tratando de sentença que acolhe a alegação de convenção de arbitragem, haverá extinção do feito sem resolução do mérito (art. 485, VII), ensejando, assim, recurso de apelação (art. 1.009).

Consoante determina o art. 1.015, inciso IV, o agravo de instrumento também é cabível em face de decisão que julga, procedente ou não, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Importa avaliar, todavia, se o pedido de desconsideração foi apreciado mediante decisão interlocutória (art. 136, *caput*) ou em sentença. Neste último caso, o recurso cabível será a apelação (art. 1.009, § 3º).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De igual forma, é viável o manejo de agravo de instrumento quando da rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou do acolhimento do pedido de sua revogação, nos termos do inciso V do art. 1.015. A recorribilidade, nesse caso, justifica-se pelo fato de que a parte hipossuficiente necessita, desde logo, reverter o indeferimento de seu pleito de isenção, sob pena de ver o feito extinto pela falta de recolhimentos das custas processuais. Entretanto, registre-se que, também aqui, o recurso cabível será a apelação quando a questão for resolvida em sentença (art. 101). Por outro lado, no caso de deferimento da gratuidade, a medida adequada será a impugnação na contestação, na réplica ou nas contrarrazões de recurso, consoante disposto no art. 100.

Conforme o art. 1.015, inciso VI, também desafia agravo de instrumento a decisão que verse sobre exibição ou posse de documento ou coisa, incidente que integra a fase probatória do processo (arts. 396 a 404). A nosso ver, esse é o recurso cabível, inclusive, nos pedidos de exibição formulados em face de terceiros, pois tal circunstância não retira o caráter incidental do procedimento. Ademais, o art. 402 do CPC prevê que o pedido de exibição perante terceiro será apreciado por meio de decisão, ao contrário do que se verificava no Código anterior, quando a matéria era solucionada mediante sentença (art. 361).

Outro pronunciamento jurisdicional que dá ensejo a agravo de instrumento é a decisão que exclui litisconsorte ou rejeita pedido de limitação do litisconsórcio, nos termos dos incisos VII e VIII, respectivamente, do art. 1.015. Está-se diante de provimento que não põe fim ao processo, enquadrando-se, pois, no conceito de decisão interlocutória estabelecido no art. 203, § 2º, do CPC. Note-se que, no segundo caso – rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio –, o legislador entendeu que tal decisão é agravável por seu potencial de implicar prejuízo à celeridade processual e, consequentemente, prejuízo às partes; o mesmo entendimento, porém, não foi adotado para os casos de decisão que defere o pedido de limitação, caso em que o expediente processual adequado seria, em princípio, a preliminar de apelação (art. 1.009, § 1º).

Por força do art. 1.015, inciso IX, é cabível agravo de instrumento das decisões interlocutórias sobre admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros. O CPC considerou, como casos de intervenção de terceiros, a assistência (arts. 119 a 124), a denunciação da lide (arts. 125 a 129), o chamamento ao processo (arts. 130 a 132), a desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 137) e a participação do *amicus curiae* (art. 138).

Constam, ainda, no rol de decisões que admitem agravo de instrumento, as que versarem sobre concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução – art. 1.015, inciso X. Os embargos à execução não possuem, em regra, efeito suspensivo (art. 919, *caput*); entretanto, esse efeito poderá ser concedido quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes (art. 919, § 1º). Por se tratar de decisão interlocutória – que não extingue, portanto, a execução –, abre-se a via do agravo de instrumento.

O inciso XI do art. 1.015, por sua vez, dispõe ser cabível o agravo de instrumento em face de decisão interlocutória que redistribui o ônus da prova. À luz do princípio da cooperação entre as partes, que norteia o atual modelo de processo civil brasileiro (art. 6º do CPC), o juiz pode, excepcional e fundamentadamente, inverter o ônus da prova nos casos previstos em lei, diante de peculiaridades da causa ou quando verificar que a outra parte detém melhores condições de produzi-la, nos termos do que prevê o art. 373, § 1º.

Por fim, o parágrafo único do art. 1.015 prescreve que também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

O rol legal de decisões interlocutórias que ensejam a interposição de agravo de instrumento não se exaure, porém, nas hipóteses especificamente descritas no art. 1.015, uma vez que esse mesmo dispositivo prevê, em seu inciso XIII, o cabimento do recurso em "outros casos expressamente referidos em lei".

Nesse sentido, é possível encontrar normas que prescrevem a admissão de agravo de instrumento ao longo do próprio CPC e, também, em leis esparsas.

No CPC, mencionem-se o art. 354, parágrafo único, que dispõe sobre o cabimento de agravo de instrumento quando sentença terminativa julgar parcialmente a demanda, e o art. 1.037, § 13, inciso I, segundo o qual caberá agravo de instrumento em face de decisão que julga pedido de prosseguimento de processo sobrestado por força de recursos especial e extraordinário repetitivos. Há, ainda, outros dispositivos que, a rigor, seriam dispensáveis, pois veiculam hipóteses já contempladas no art. 1.015; é o caso do art. 101, *caput* (já compreendido no inciso V do art. 1.015) e do art. 356, § 5º (já contido no inciso II do art. 1.015).

Na legislação esparsa, é possível encontrar: o art. 19, § 1º, da Lei 4.717/1965, segundo o qual é cabível agravo de instrumento das decisões interlocutórias proferidas em sede de ação popular; o art. 17, § 10, da Lei 8.429/1992, que dispõe

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

sobre o seu cabimento em face da decisão que receber a petição inicial da ação de improbidade administrativa; o art. 100 da Lei 11.101/2005, pelo qual o agravo de instrumento é admitido em caso de decisão que decreta a falência; e o art. 7º, § 1º, da Lei 12.016/2009, que determina ser agravável a decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar em mandado de segurança.

3. PROBLEMAS DECORRENTES DA TAXATIVIDADE ABSOLUTA

Os benefícios esperados pela adoção da taxatividade para as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento não estão claramente demonstrados, e muitos processualistas têm questionado a pertinência de se restringir a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias aos casos expressamente descritos na lei.

Nesse sentido, a alegação de que a limitação de hipóteses visa a conferir maior celeridade ao processo é combatida pelo fato de que o recurso em exame não é o único responsável pela morosidade da prestação jurisdicional. Com efeito, os fatores que dificultam ou impossibilitam a duração razoável do processo são mais amplos, envolvendo desde o comportamento das partes, de seus procuradores e da autoridade judiciária, até aspectos estruturantes relacionados a elementos materiais necessários ao bom desempenho das funções jurisdicionais por seus diversos órgãos.

Não se pode, pois, a pretexto de uma suposta celeridade processual, restringir o direito à instância recursal, que está diretamente relacionado aos princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal e da ampla defesa.

Ademais, cumpre notar que a aventada celeridade decorrente da limitação dos casos de cabimento do agravo de instrumento não prospera quando se observa que, à luz do art. 1.009, § 1º, do CPC, as decisões não agraváveis podem ser impugnadas em preliminar de apelação ou nas contrarrazões. Ora, a menos que se admita que tais preliminares mereçam menos relevância ou tenham menos condições de prosperar que o agravo de instrumento, não se vê sentido lógico em considerar que tragam maior celeridade processual. Nesse sentido, são pertinentes as considerações de Daniel Amorim Assumpção Neves:

> Por outro lado, as eventuais vantagens da novidade legislativa só serão reais se a impugnação da decisão interlocutória elaborada como preliminar de apelação ou nas contrarrazões desse recurso for rejeitada. Postergar para o momento de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> julgamento da apelação o julgamento da impugnação da decisão interlocutória é armar uma verdadeira "bomba relógio" no processo. Não é difícil imaginar o estrago que o acolhimento da impugnação de decisão interlocutória nesse momento procedimental ocasiona ao procedimento, ao anular todos os atos praticados posteriormente à decisão interlocutória impugnada. Basta imaginar um processo no qual a prova pericial foi indeferida, a parte não pode agravar e alegou o cerceamento de defesa na apelação. Depois de longo lapso temporal, quando o tribunal de segundo grau finalmente enfrenta e julga a apelação, reconhece que houve um cerceamento de defesa. Voltam-se os autos ao primeiro grau para a produção da prova pericial, sendo no mínimo a sentença anulada. É realmente concernente com os princípios da economia processual e da duração razoável do processo tal ocorrência?[1]

Por outro lado, a redução dos casos de cabimento de agravo de instrumento tem o efeito colateral – a nosso ver, pernicioso – de aumentar os casos de impetração de mandado de segurança. De fato, a decisão interlocutória que não esteja elencada na lei como agravável constitui ato de autoridade capaz de causar à parte lesão ou ameaça de lesão a seu direito líquido e certo. Entretanto, utilizar o *mandamus* como instrumento recursal para questionar decisões interlocutórias é promover o desvirtuamento dos propósitos do remédio constitucional, além de não alterar a realidade do número de feitos submetidos à segunda instância.

Por fim, há diversas decisões interlocutórias que não estão contidas nas hipóteses legais de decisões impugnáveis por agravo de instrumento, embora devessem estar. É o caso, por exemplo, do *decisum* que determina a emenda da petição inicial; da decisão que acolhe ou rejeita a alegação de incompetência; da decisão que indefere o negócio jurídico processual; da decisão concernente à produção de provas (com exceção dos casos de que tratam os incisos VI e XI do art. 1.015 do CPC) e da decisão que indefere o pedido de segredo de justiça. Em todos esses casos, o diferimento da análise da insurgência para sede de apelação é ineficaz ou contraproducente, gerando o cerceamento do direito que a parte deveria ter de questionar, de imediato, o provimento jurisdicional que lhe causou danos.

Sob o ponto de vista da técnica legislativa, melhor seria que o CPC tivesse elencado as hipóteses de não cabimento do agravo de instrumento, e não se proposto à árdua missão de prever todos os casos em que as decisões

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

interlocutórias devem ser imediatamente julgadas, dada a vastidão de casos que haveriam de estar contemplados.

Tendo em vista todas essas razões, alguns processualistas passaram a defender que o rol do art. 1.015 admite interpretação extensiva ou analógica, de modo a contemplar situações semelhantes às previstas em seus incisos; outros foram além, sustentando que o rol é exemplificativo e, por essa razão, todas as decisões interlocutórias possuem o atributo da recorribilidade imediata. Todavia, a primeira corrente é criticável pelo fato de que nem sempre se encontrará norma no rol do art. 1.015 que fundamente a interpretação extensiva ou analógica – podendo-se citar, por exemplo, a decisão que indefere o segredo de justiça, para a qual não se extrai nenhuma hipótese semelhante do rol legal. A segunda corrente, por sua vez, é passível de questionamento pelo fato de ignorar a vontade do legislador de restringir o espectro de decisões agraváveis.

Nesse cenário, a jurisprudência desenvolveu a tese de que as hipóteses legais de cabimento do agravo de instrumento possuem *taxatividade mitigada*. É o que se abordará no próximo tópico.

4. CRITÉRIO JURISPRUDENCIAL: A TAXATIVIDADE MITIGADA

No bojo do REsp nº 1.704.520–MT, julgado sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos (Tema nº 988), o STJ adotou interessante solução para a controvérsia referente à recorribilidade imediata das decisões interlocutórias, sedimentando seu entendimento por meio da seguinte tese:

> O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

Em substancioso voto, a relatora, Ministra Nancy Andrighi, examinou a natureza jurídica do rol do art. 1.015 a partir do modelo constitucional de processo e das normas fundamentais previstas no Capítulo I do Título Único do Livro I do CPC. Nessa ordem de ideias, invocou o princípio da inafastabilidade da jurisdição – que, em sua acepção moderna, engloba não apenas o exercício do direito de ação, mas, também, do direito à tutela jurisdicional e ao efetivo acesso à justiça – para concluir pela possibilidade de se flexibilizar a taxatividade das hipóteses legais de agravo de instrumento.

Assim, o critério mais adequado para aferir o cabimento do recurso deveria ser a *urgência*, expressa no fato de que, caso a decisão interlocutória não seja combatida de imediato, sua discussão em momento posterior restaria inútil. Essa seria a linha adotada pelo ordenamento jurídico de outros países, a exemplo de Estados Unidos, França, Alemanha e Argentina.

Ademais, deve-se ter em conta que o processo constitui instrumento que caminha em direção à solução dos conflitos, de maneira que retornos a estágios anteriores, como aqueles decorrentes do exame postergado das decisões interlocutórias pelo segundo grau de jurisdição, necessitam ser evitados. Confira-se, a propósito, o seguinte trecho do voto condutor do precedente *sub examine*:

> De outro lado, a questão da urgência e da inutilidade futura do julgamento diferido do recurso de apelação deve ser examinada também sob a perspectiva de que o processo não pode e não deve ser um instrumento de retrocesso na pacificação dos conflitos.
>
> Está na raiz etimológica de "processo", derivada do latim "procedere", que se trata de palavra ligada a ideia de percurso e que significa caminhar para frente ou marchar para a frente. Se processo fosse marcha à ré, não se trataria de processo, mas de retrocesso e essa constatação, apesar de parecer pueril, está intimamente ligada à ideia de urgência no reexame de determinadas questões.
>
> De fato, justamente para evitar as idas e as vindas, as evoluções e as involuções, bem como para que o veículo da tutela jurisdicional seja o processo e não o retrocesso, há que se ter em mente que questões que, se porventura modificadas, impliquem regresso para o refazimento de uma parcela significativa de atos processuais deverão ser igualmente examináveis desde logo, porque, nessa perspectiva, o reexame apenas futuro, somente por ocasião do julgamento do recurso de apelação ou até mesmo do recurso especial, seria infrutífero.

Desse modo, o STJ assentou que, independentemente do uso de técnicas de interpretação extensiva ou analógica do art. 1.015, verificando-se a urgência decorrente da inutilidade do exame futuro da decisão interlocutória, é cabível o recurso de agravo de instrumento. Adotou-se, assim, a expressão *taxatividade*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mitigada para se referir às hipóteses de cabimento do recurso, conforme elucida a seguinte passagem do voto condutor:

> Em última análise, trata-se de reconhecer que o rol do art. 1.015 do CPC possui uma singular espécie de taxatividade mitigada por uma cláusula adicional de cabimento, sem a qual haveria desrespeito às normas fundamentais do próprio CPC e grave prejuízo às partes ou ao próprio processo.

A orientação adotada pelo STJ trouxe preocupações em relação à preclusão. Com efeito, o art. 1.009, § 1º, do CPC determina que as questões resolvidas por decisão que não comporta agravo de instrumento não se submetem à preclusão, podendo ser suscitadas em preliminar de apelação ou contrarrazões; *a contrario sensu*, precluem as decisões que, comportando agravo, não venham a ser impugnadas por esse recurso. Nesse sentido, a tese jurídica firmada pela jurisprudência poderia, à primeira vista, trazer a consequência da preclusão quando, existente a urgência, a parte não interpusesse agravo de instrumento.

Entretanto, conforme ressaltou o próprio STJ, o cabimento do agravo de instrumento na hipótese excepcional admitida pelo julgado está sujeito a um duplo juízo de conformidade: de um lado, da parte, que, verificando a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação, interpõe o agravo de instrumento; de outro, do Tribunal competente para julgá-lo, que avaliará a efetiva presença da urgência.

Na ausência de um desses juízos, ou seja, se a parte não identifica urgência ou se o Tribunal não a reconhece, mantém-se a recorribilidade da questão por meio de preliminar de apelação ou contrarrazões, não havendo falar-se em preclusão.

De todo modo, objetivando proporcionar maior segurança jurídica, e com fundamento no art. 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) – segundo o qual a decisão que estabelece interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado deve prever regime de transição –, o STJ houve por bem modular os efeitos do reconhecimento da taxatividade mitigada, determinando que a tese seja aplicada apenas às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do respectivo acórdão.

CONCLUSÃO

O CPC em vigor modificou significativamente a sistemática de recorribilidade das decisões interlocutórias. Resgatando, em parte, o modelo do

Código de 1939, pretendeu criar um rol exaustivo das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Trata-se de decisões que o legislador presumiu como potencialmente causadoras de prejuízo caso não pudessem ser questionadas de imediato. Afora essas hipóteses taxativas, todas as demais decisões interlocutórias teriam que aguardar o momento da interposição do recurso de apelação para serem suscitadas em sede de razões ou contrarrazões.

Verificou-se, entretanto, que a intenção de criar *numerus clausus* de hipóteses que autorizam a interposição de agravo de instrumento gera problemas relevantes para o sistema recursal. Com efeito, os casos de decisões interlocutórias capazes de causar danos irreversíveis são demasiadamente vastos e diversificados, enquanto obstar que as partes recorram de tais decisões pode significar afronta às normas fundamentais e aos princípios constitucionais do processo, a exemplo da ampla defesa, da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal.

Nesse sentido, parece-nos escorreita a conclusão, adotada pela jurisprudência do STJ, de que o rol de decisões interlocutórias descritas no art. 1.015 do CPC possui *taxatividade mitigada*. Assim, às hipóteses legalmente previstas deve ser acrescida outra, de caráter mais amplo: a *urgência* decorrente da inutilidade do julgamento da questão em momento posterior.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil.* Vol. 3. 15ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil.* Volume único. 10ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[1] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil.* Volume único. 10ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 1660.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

LETRAMENTO: NA PERSPECTIVA DOS GAMES

FRANCISCO ANDERSON COSTA DA SILVA: Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Pós-Graduado em Gestão da Segurança Pública pela Faculdade de Tecnologia Darcy Ribeiro. Graduando em Ciências Sociais pela Universidade Estadual do Ceará - UECE.

ISABELLE CAROLINE MARTINS LEITE

(coautora)

INTRODUÇÃO

Os jogos educativos, de fato são fatores que auxiliam quanto ao engrandecimento da aprendizagem da criança. Jogos que influenciam quanto ao discernimento e ao estimulo da curiosidade são pontos determinantes para o desenvolvimento da mente. O que coloca o processo de letramento em evidencia é que a criança, com o passar do tempo, consegue aprender a discernir sobre o que está vendo no jogo. Mesmo diante de um processo de alfabetização ainda primitivo, as crianças conseguem ver na brincadeira com os jogos, um meio para aprender nomes das cores, animais, objetos, personagens de histórias. Diante das informações contidas nos jogos mais simples, paira uma dúvida a cerca dos jogos de videogame, ou seja, será que os jogos digitais são capazes de estimular o aprendizado da criança?

Os jogos de videogame sempre foram um estimulo para a diversão das pessoas, principalmente crianças. Durante as décadas de 80 e 90, os jogos foram aprimorados, mas sempre voltados para o entretenimento e a diversão, mais para adolescentes do que para crianças. Só a partir dos anos 2000, determinados conteúdos começaram a ser direcionados para o público infantil, não apenas para fins de diversão, mas também para educar.

O presente trabalho visa realizar uma analise da importância desses recursos digitais voltados para a educação das crianças Primeiramente, é necessária uma abordagem a respeito do que são esses jogos e como eles são capazes de desenvolver a aprendizagem.

Em um segundo momento, se faz necessário fundamentar todo esse processo de letramento para o bom aprendizado da criança.

1.LETRAMENTO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O termo letramento começou a ser usado na década de oitenta, onde foi associado a alfabetização, apesar de terem significações diferentes, os dois termos se tornaram indissociáveis.

Alfabetização é a ação de ensinar a ler e escrever através do sistema alfabético, porém alfabetizar não assegura que sujeito esteja apto para ler e entender o que leu, ou mesmo possua a habilidade de escrever um texto. Letrar consiste em fazer com que o sujeito possa desenvolver a leitura e a escrita de modo funcional, ou seja aplicar de forma prática o que lhe foi adquirido quando alfabetizado, por isso o ideal é alfabetizar letrando.

É importante deixar claro que um sujeito pode ser alfabetizado e não ser letrado, como também pode ocorrer o processo inverso, como por exemplo um sujeito saber fazer uso do sistema monetário e ainda assim não ser alfabetizado e saber faze o uso social do dinheiro.

O fenômeno do letramento trouxe uma nova perspectiva para as práticas pedagógicas aplicadas no ciclo de alfabetização, tendo em vista que anteriormente usava-se métodos engessados, com palavras que não faziam parte das vivencias do educando, pouco se explorava a diversidade de gêneros textuais.

Em contraponto o letramento trouxe uma nova visão de formação, enquanto a alfabetização visa ensinar o sujeito a ler e escrever, a perspectiva do letramento tem como objetivo formar um sujeito que não somente saiba ler e escrever, mas saiba fazer o uso social desses atributos.

> A leitura e a produção de diferentes textos são tarefas imprescindíveis para a formação de pessoas letradas. No entanto, é importante que, na escola, os contextos de leitura e de produção levem em consideração os usos e funções do gênero em questão. É preciso ler e produzir textos diferentes para atender as finalidades diferenciadas, a fim de que superemos o ler para apenas aprender a ler e escrever. (SANTOS, 2005, p.20)

Com essa nova roupagem o professor alfabetizador assume um novo desafio, precisando aliar o que é útil do método tradicional somando com o que o letramento propõe, já que o ideal é alfabetizar letrando.

1.1. OS DESAFIOS DE LETRAR NA ERA DOS GAMES

Com os avanços tecnológicos podemos ver que cada vez menos as pessoas têm parado para ler, consequentemente também acabam lendo também com menos frequência para as crianças, que já nascem imersos em um mundo rodeado de tecnologias e facilidades.

As imagens muitas vezes possibilitam que as pessoas possam realizar leituras, sem que necessariamente saibam "ler", fazendo assim uma leitura que foge do convencional, por exemplo, a maioria das crianças que ainda não sabe ler consegue manusear aparelhos eletrônicos com facilidade.

Mas como em um mundo cheio de tecnologia podemos chamar atenção das pessoas para a necessidade de ler, principalmente as crianças? Pois apesar de conseguirem fazer uma leitura para alcançar um fim desejado, o mundo das letras continua distante.

Os games podem ser vistos como vilões ou grandes distrações, que podem atrapalhar o foco dos estudos, mas também podem ser grandes aliados se usados de forma inteligente, chamando a atenção das crianças com um fim pedagógico.

2.JOGOS DE VIDEOGAME

De acordo com o site da Britannica Escola:

> O jogo eletrônico, videojogo ou videogame é aquele que usa a tecnologia de computador. Ele pode ser jogado em computadores pessoais (dentre eles tablets e telefones celulares), em máquinas de fliperama ou em consoles. Um console é um computador pequeno que serve basicamente para jogar videogame — PlayStation, Xbox e Wii são exemplos. Os consoles são conectados a controles manuais e a um aparelho de televisão. As pessoas podem jogar tanto sozinhas quanto acompanhadas.

Conforme definição acima, o videogame se mostrou como uma verdadeira inovação no ponto de vista tecnológico e, ao mesmo tempo, da diversão. Com o passar dos anos, os jogos conseguiram se modernizar na medida em que o público e seus usuários ficavam cada vez mais exigentes.

Graças ao desenvolvimento da tecnologia, os jogos podem ser utilizados, não apenas em consoles mas também em computadores e até celulares.

2.1 A EDUCAÇÃO NO MUNDO DOS GAMES

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Conforme se disse sobre as inovações envolvendo os jogos de videogame, notou-se que muitos idealizadores não estavam apenas preocupados em quanto um determinado jogo iria propor diversão mas, também, em quanto estes jogos seriam capazes de informar e estabelecer um processo educativo. Jogos de guerra como *Call of Duty* e *Medal of Honor* são tidos como jogos contendo violência mas, ao mesmo tempo, são capazes de transmitir informações valiosas sobre história envolvendo a segunda guerra mundial.

Não obstante a existência de jogos que tratam de temas históricos, voltados para adolescentes e adultos, as crianças passaram a ter vez quando jogos foram desenvolvidos para ser direcionados para elas e, deste modo, contribuir para o seu processo educativo.

Jogos como *uDraw Studio* e *Little Big Planet 2* permitem a construção de ambientes e personagens através de desenhos feitos pela criança, o que estimula o seu nível de conhecimento, provocando assim, a sua curiosidade em querer praticar tal atividade e, deste modo, aprender a criar algo.

2.2. O LETRAMENTO DENTRO DO MUNDO DOS JOGOS

Ler e saber o que está lendo são atividade que se divergem no processo educativo da criança. Entrar no mundo dos jogos nem sempre carece de um processo de alfabetização. Muitas crianças conseguem utilizar determinados jogos e até aplicativos derivados com tamanha facilidade, mesmo sem saber ler. Influenciados pelos recursos de cores e compreendendo as ações corretas, as crianças conseguem se utilizar de tais mecanismos para se divertir e aprender.

É claro que a criança não pode aprender sozinha sem alguém que a ensine, bem como se faz necessário, em alguns aspectos, estar em um processo alfabetizador para compreender os jogos que ela está usando.

Como todos esses atributos, a diversão pode estar garantida. Mas será que o aprendizado também?

O que se pode constatar mediante analise de casos desse tipo, é a capacidade em utilizar os jogos, através do que está sendo mostrado e aprendido, por meio de palavras e nomes, ou mesmo sem eles, mediante gravuras e conjuntos de cores e ações. Em outras palavras, a criança sabe o que está fazendo dentro de um determinado jogo.

CONCLUSÃO

Um assunto que por muitos podem ser visto como polêmico, esse trabalho mostra o que a perspectiva de letramento pode possibilitar uma gama de caminhos, criativos, novos, que iram tonar o processo de alfabetização mais fácil e prazeroso. Podemos ver que um aparente "vilão", para um professor inteligente pode torna-se um grande aliado, chamando atenção do público para alcançar o objeto pedagógico almejado. Essa abordagem não se restringe só ao letramento e pode sim ser usado em outras finalidades, disciplinas, mostrando assim o que o mundo rico dos games pode oferecer ao professor e ao educando uma vasta experiencia para além da sala de aula, permitindo uma troca de sabes que foge do tradicional.

REFERÊNCIAS

SANTOS, Carmi Ferraz. Alfabetização e letramento: conceitos e relações- Belo Horizonte: Autêntica, 2005.

https://escola.britannica.com.br/levels/fundamental/article/jogo-eletr%C3%B4nico/481214 Acesso em: 24 out. 2019

https://www.zoom.com.br/console-de-video-game/deumzoom/melhores-jogos-educativos-videogame Acesso em: 26 out. 2019

http://www.rle.ucpel.tche.br/index.php/rle/article/viewFile/1148/810 Acesso em: 27 out. 2019

https://professoresherois.com.br/jogos-de-alfabetizacao/ Acesso em: 27 out. 2019

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

HERANÇA DE MOEDA DIGITAL: UMA ANÁLISE DO DIREITO SUCESSÓRIO NO BRASIL

RITA DE CÁSSIA SOUSA HOLANDA ARAÚJO:
Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho- UNIFSA.

JOÃO SANTOS DA COSTA [1]

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho pretende em linhas gerais realizar uma breve análise sobre a possibilidade, da herança de moeda digital no direito sucessório no brasileiro. Insta salientar que, com a expansão da internet e do aumento do uso de tecnologias, nas relações que se estabelecem na sociedade, instaurou-se uma verdadeira realidade de vida no mundo virtual. Assim, seria de grande valia uma regulamentação para essas tais transações. O trabalho explora a origem do direito sucessório brasileiro, passando por uma breve evolução histórica até os dias atuais, pincela a respeito do direito à herança e suas modalidades. Em seguida, abordando o surgimento das criptomoedas e descreve suas características e influência econômica e jurídica. Em outro momento far-se-á um demonstrativo sucinto, porém elementar, que desmistifica a noção errônea dos noticiários sobre o tema. Tentaremos evidenciar que é possível sim herdar essas moedas, pois já acontece em outros países, e o no Brasil, não poderia ser diferente, pois o tema trata de temática atual, cabendo, portanto, reflexões na doutrina bibliográfica, pertinente aos institutos, mesmo sendo ainda prematuro fazer conclusões acerca da ideia de se regular as criptomoedas, tendo em vista o frescor e a imprecisão que rondam todo o espectro das moedas virtuais.

Palavras-chave: Direito sucessório brasileiro, Herança de moeda digital, Bitcoins, Criptomoedas.

ABSTRACT: This paper intends to make a brief analysis of the possibility of inheritance of digital currency in Brazilian inheritance law. It is important to stress that, with the expansion of the Internet and the increase in the use of technologies, in the relationships that are established in society, a true reality of life has been established in the virtual world. Thus, regulation for such transactions would be of great value. The work explores the origin of Brazilian inheritance law, passing through a brief historical evolution to the present day, brush on the right to inheritance and its modalities. It then addresses the emergence of cryptocurrencies and describes their characteristics and economic and legal influence. In another

moment a succinct but elementary statement will be made that demystifies the wrong notion of the news about the subject. We will try to show that it is possible to inherit these coins, since it already happens in other countries, and in Brazil, it could not be different, because the theme deals with current theme, therefore, reflections on the bibliographical doctrine, pertinent to the institutes, even though It is still premature to draw conclusions about the idea of regulating cryptocurrencies in view of the freshness and vagueness surrounding the full spectrum of virtual currencies.

KEY WORDS: *Brazilian Inheritance Law. Digital Currency Inheritance. Bitcoins. Cryptocurrencies.*

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DIREITO SUCESSÓRIO PÁTRIO. 2.1 Breve histórico do direito das sucessões. 2.2 Herança enquanto Direito constitucional. 2.3 modalidade e conceito de herança. 3 MOEDA DIGITAL: CRIPTOMOEDAS. 3.1 Conceito e características. 3.2 Posicionamento da Receita Federa. 4 SUCESSÃO DAS CRIPTOMOEDAS NO BRASIL. 4.1 Situação jurídica no Brasil. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, o mundo virtual encontra-se em tempos de inovações relacionada à tecnologia, e a discussão da herança de moeda digital torna-se viável, uma vez que, nessa nova modalidade, não há nenhuma legislação vigorando em torno do assunto. Por se trata de modalidade atual, o sistema bitcoin é diferente do sistema das outras moedas, pois o seu código é público e descentralizado e transparente, possibilitando, assim, a confiança de investidores e de inúmeras empresas ao redor do mundo, que já aceitam a moeda como forma de pagamento, na compra de seus produtos.

O que se observa, é que a moeda digital é basicamente um arquivo virtual, que existe apenas no mundo da internet, e que funciona como dinheiro, podendo ser utilizada para compras, não apenas no mundo virtual, mais no mercado físico, como para pagamentos de hospedagem de hotéis, restaurantes e lojas, que já aceitam essa forma de pagamento, com essa nova modalidade, por isso, a cada dia ganha visibilidade.

Diante das implicações que envolvem o direito das sucessões, analisemos os meios de se incluir estas carteiras digitais, ao patrimônio arrecadado do *decujus*, e como o ordenamento jurídico vai tratar dessa sucessão de bens virtual. Surgem assim, preocupações, dentre elas se é possível herdar tais moedas, e como será, e se é possível convertê-la em dinheiro físico ou eletrônico, ou só terá valor no mundo

virtual? Será observado que é possível sim, herdar essas moedas, pois já acontece em outros países, e no Brasil não poderia diferente. As moedas digitais, não existe no mundo físico, ou seja, não são impressas, pois não tem apoio de nenhum órgão público monetário, ou mesmo, que efetive ou tribute essas transações.

Na atualidade existem várias criptomoedas, o bitcoin em especial, será objeto do nosso trabalho, por ser a mais comum em todo mundo, e, atualmente a de maior valor no mercado. Essa espécie financeira é algo bem inovador, principalmente para a sua regulamentação, dessa forma, deve-se verificar uma maneira bem concisa no direito sucessório brasileiro, para que aja uma equiparação com as moedas já existentes, sendo importante que se faça uma análise, para explicar os possíveis métodos de transmissão desse tipo de bens.

Visando alcançar a maior efetividade jurídica, na transmissão da herança de ativos digitais, mas não tratando das moedas digitais, é que a Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, aprovou proposta que garante aos herdeiros o acesso a contas e arquivos digitais de pessoas falecidas. A medida está prevista no projeto de lei 4.099/12 do deputado Jorginho Mello do PSDB/ SC, que altera o código civil lei 10.406/2002, e como a proposta tramita em caráter exclusivo, será encaminhada para o Senado, caso não haja recurso para análise pelo plenário, também foi aprovado um projeto apensado é o PL 4847/12, onde garante o direito aos sucessores de acessar os dados digitais do falecido.

Essa nova tecnologia que traz diversas indagações, de como será feita a transmissão aos herdeiros, de como identificar se o falecido deixou alguma carteira virtual, e de como será feita a tributação na hora de converter para moeda física, no real, moeda local utilizada no Brasil. Assim. Torna-se relevânte, que os usuários que investir nessa espécie financeira, informe aos seus futuros herdeiros, ou mesmo que deixar em testamento, a existência da carteira virtual, e em qual aplicação ela está armazenada, sua senha e códigos de acesso, para que no futuro o responsável por fazer o inventário, tenha acesso sem nenhum problema, e assim possa unir a sua universalidade de bens. Em busca de uma solução legal, que adote então, o modelo do compartilhamento dos dados, como nos programas contas em rede social, milhas de cartões, mas também para o fornecimento de informações de carteiras virtuais existentes.

Desta forma, ao se pesquisar as mesmas expressões acima referida na jurisprudência dos Tribunais de Justiça e Superiores de todo o Brasil em 2019, não é encontrado um único julgado, confirmando assim a relevância do tema que se

pretende analisar, verificando-se dessa forma, a possibilidade de herdar; as milhas aéreas, dinheiro virtual e contas em rede social em decorrência da morte.

Por fim o trabalho aponta que as carteiras virtuais devem ser objeto de sucessão por se tratarem de bens como valor econômico e que integram o patrimônio das pessoas embora seja tecnicamente criado e mantido no mundo virtual. Possui um Projeto de lei em tramitação que visa regulamentar as criptomoedas, ou seja, conhecidas também de "moedas virtuais", assim como os programas de milhagem de companhias aéreas- regulamentando o tratamento jurídico desse fenômeno tecnológico e econômico.

Tendo em vista todo o exposto apresentado sobre o tema o problema enfrentado os objetivos principais e específicos a justificativa os instrumentos metodológicos e a hipótese provisória do projeto social desenvolvimento de ideias concernentes à sucessão digital, esperando o que não esgotemos o assunto, mas a contribuir para o âmbito acadêmico e jurídico.

2 DIREITO SUCESSÓRIO PÁTRIO

O Direito Sucessório como se sabe, é a garantia da transmissão do patrimônio de uma determinada pessoa após sua morte, ou seja, é o ramo do direito onde, que para se ter direitos alguém tem que morrer, assim seus herdeiros podem utilizarem deste instituto, para que possam vir substituir direitos e obrigações do morto. Antes da análise da definição e dos fundamentos do direito sucessório faz-se necessário algumas noções históricas de como originou o referido direito.

2.1Breve história do Direito sucessório

O direito sucessório, tem origem no momento em que as pessoas deixam de ser nômades e começam a acumular bens, passando assim a construir uma sociedade familiar e organizada. Originando-se da propriedade privada, onde cada família vai possuir bens em conjunto com a religião, como aduz Gonçalves (2017, p.21), "o direito das sucessões reporta-se à mais alta antiguidade e está relacionado noção de seguimento da religião e da família. Assim em Roma, na Grécia e na Índia, a religião exerce um ofício de grande importância para a união familiar. Todavia observa-se no processo histórico do direito sucessório, que esse nasceu pela necessidade das civilizações antigas de manter um acordo familiar e por consequência chegar ao principal objetivo que era, manter o culto familiar no qual o pai, o patriarca da família, ao falecer repassava seu patrimônio ao filho mais velho, a fim de que este continuasse oculto da religião do seu pai, e que assim, pudesse sustentar a família quando o patriarca fosse sepultado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ainda sobre o referido direito menciona Coulanges:

> Que o culto dos antigos era desenvolvido no altar doméstico não existindo punição maior para o indivíduo do que falecer sem deixar alguém que pudesse adorar a sua memória, de modo a ficar seu túmulo abandonado, dessa forma, cabia ao herdeiro a incumbência dessa adoração, ou seja, do culto (COULANGES, 1903, p. 77 apud Gonçalves, 2017, p.21).

Nesse sentindo desde antiguidade percebemos que o homem tem uma figura de maior relevância do que a mulher para os efeitos da sucessão. Porquanto, a sucessão, a esse tempo e durante séculos, transmite-se apenas pela linha masculina, pois, como o filho é o sacerdote da religião doméstica, é ele, e não sua irmã, quem recebe o patrimônio da família. Aí, portanto a explicação da regra segundo o qual a herança transmite ao primogênito varão. Dessa maneira, verificamos que desde os primórdios como posto pelo referido autor a herança era transmitida ao homem e não a mulher, o desligamento da filha se fundamentava pelo fato de que esta iria contrair o matrimônio e por este passaria a integrar à família do cônjuge. Ainda nas lições de Gonçalves:

> A evolução histórica do direito à herança torna-se mais clara a partir do Direito romano, pois a Lei das Doze Tábuas concedia absoluta liberdade ao *pater familias,* isto é, ao pai de família, ele podia dispor do seu patrimônio para depois da morte. (GONÇALVES, 2017, p.21).

Porém se falecesse sem deixar testamento, a herança se devolvia às três classes de herdeiros quais sejam: *sui*, *agnati* e os *gentilis*, sendo os primeiros: os filhos e netos, os segundos irmãos, tios, sobrinhos e por derradeiro aos terceiros que seriam os grupos familiares. Contudo, Vale ressaltar que o Direito Romano, diferentemente do que ocorre na modernidade, a sucessão ocorria apenas de uma forma, totalmente por testamento ou pela vocação legal, como já mencionado.

Com o advento do Código de Justiniano, a sucessão legitima passa a fundar-se no parentesco natural estabelecendo a ordem de vocação hereditária os descendentes, os ascendentes, em concurso com os irmãos e irmãs bilaterais, os irmãos e irmãs, consanguíneos ou uterinos e outros parentes colaterais. A sucessão teve a sua evolução quando as famílias passam a dar importância ao patrimônio, que esses possuíam caráter coletivo, pois a terra onde essas famílias semeavam eram dos grupos, e posteriormente as famílias foram considerando o patrimônio individual, e assim começa a propriedade familiar, onde o patrimônio passa a

pertencer aos parentes próximos, e sua transmissão passa a ser dos pais aos seus descendentes.

2.2 Heranças enquanto direito constitucional

Como podemos observar, só com o falecimento do autor da herança dá-se, a abertura da sucessão, surgindo direitos e obrigações para os herdeiros, estando este, consagrado como direito fundamental, conforme disposto expressamente pelo art. 5º, XXX, da Constituição da República de 1988, enseja transmissão de bens por motivo da morte, dando este o status de direito fundamental:

> 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: (...)
>
> "XXX – é garantido o direito de herança".

O direito à herança encontra-se ligado aos princípios basilares do direito, que sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da *saisine*, o princípio da indivisibilidade da herança, o princípio da tutela especial à família e o princípio da igualdade. Vamos nos direcionar para os dois principais princípios.

Desde 1988, com proclamação da nossa carta maior, trouxe em seu texto o princípio da dignidade da pessoa humana, que é um do próprio fundamentos do Estado Democrático de Direito, passando à ser indispensável em qualquer instituto do ordenamento brasileiro, e que norteia este instituto do direito sucessório, conservando as normas civis, os valores como liberdade e igualdade, de modo a privilegiar os direitos provenientes da personalidade da pessoa humana. Como afirma Cristiano Chaves:

> É certo e incontroverso que a Constituição da República é norma suprema, do sistema jurídico, impondo obediência, formal e material, a toda normatividade infraconstitucional (inclusive ao Código Civil, que não mais está hierarquicamente acima das leis civis), convindo, assim, (re) afirmar a necessidade de estudar o Direito Civil, sob a perspectiva constitucional. (CRISTIANO CHAVES, 2017, p.43).

Esse princípio, equipara os indivíduos ao mesmo patamar, quando se tratar de direitos, devendo estas serem tratadas de forma igual, na sociedade civil, com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

condições mínimas existenciais e do desenvolvimento de sua personalidade, e tudo isso amparado pela nossa CF/88.

Ao falarmos no princípio da *saisine*, é necessário que se falar sobre o exato momento da morte, quando ocorre à abertura da sucessão, transferindo assim a herança, desde logo, aos herdeiros, por força deste. Sendo este ainda confirmado no artigo 1784, Código Civil 2002. Este princípio originou-se no direito francês, como forma de reação ao sistema feudal, que por ocasião do falecimento do arrendatário das terras, a propriedade arrendada era "devolvida" ao senhor feudal, então arrendante, o que implicava a necessidade de que os herdeiros do arrendatário pagassem uma espécie de tributo feudal para que pudessem continuar a exercer a posse das referidas terras.

Todavia podemos afirmar que, aberta a sucessão, a herança se transmite imediatamente aos herdeiros do autor da herança, passando para estes, que viram suceder o morto, nas relações jurídicas estabelecidas pelo falecido. Vale ressaltar que, para se evitar pagar pessoas errada, criou-se a ficção de que o de cujus, no momento de sua morte, transmitia todos os seus bens aos seus sucessores.

Como já mencionado exaustivamente, para ocorrer a abertura da sucessão e a transmissão do patrimônio do titular, este precisa morrer. E, para que essa transmissão da herança ocorra, será necessário submeter-se as regras desta, que lhes são próprias.

Para se falar em transmissão de herança, inicialmente se faz necessário uma breve apresentação sobre o conceito de herança, esta deixada pelo de cujus. E, para que essa transmissão ocorra, será necessário submeter-se as regras desta.

Para Carlos Roberto Gonçalves diz:

> A palavra 'herança' tem maior amplitude, abrangendo o patrimônio do de cujus, que não é constituído apenas de bens materiais e corpóreos, como um imóvel ou um veículo, mas representa uma universalidade de direito, o complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico (2017, p. 32).

É mister dizer que, é por meio da sucessão, que o objeto do presente, é transmitido a universalidade de direito do de cujus aos seus herdeiros. A herança é a simples transmissão do patrimônio do falecido para seus herdeiros, e para entender melhor o conceito de herança, vamos compreender o que seria patrimônio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2.3 Modalidades de transmissão de herança

Para se falar em transmissão de herança, se faz necessário uma breve apresentação sobre a classificação dentro do direito sucessório, e nesta classificação, temos a sucessão hereditária legítima e sucessão testamentária.

A sucessão legítima recebe tal denominação por decorrer da lei, quando a pessoa falece sem testamento, nessa modalidade a lei determinará a ordem vocacional, estando essa ordem presente no ordenamento brasileiro, vindo beneficiar os membros mais próximos da família. Como aduz Pablo Stolze (2018, p. 50), " por sucessão legal ou legítima entende-se aquela em que a transmissibilidade da herança é regrada não pelas normas do testamento, mas, sim, pela própria lei". Portanto, a sucessão legitima é aquela onde não se faz a vontade do autor da herança, e que os herdeiros mais próximos afastam os mais remotos.

De forma oposta temos a sucessão testamentária, que permite, ao autor da herança, alterar a vontade da lei, desde que, respeitando o imposto pelo legislador, como por exemplo, os direitos dos herdeiros necessários, não pode o autor da herança dispor de toda herança, ou afastar os herdeiros necessários da sucessão, nesse mesmo sentido diz Pablo Stolze (2018, p. 49) "a sucessão testamentária, é aquela em que a transmissibilidade da herança é disciplinada por ato jurídico negocial, especial e solene, denominado testamento". Vale ressaltar que não é típico do brasileiro deixar testamento, assim não se preocupando com destino dado ao seu patrimônio depois de sua morte.

O autor menciona que, na falta do testamento, segue-se a lei, ou seja, nas hipóteses em que o de cujus não deixar testamento, em que a lei substituirá a sua vontade; e nas hipóteses em que o falecido deixar testamento, dispondo apenas sobre parte de seu patrimônio.

3 AS CRIPTOMOEDAS: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E POSICIONAMENTO DA RECEITA FEDERAL

O capítulo em tela, tem o propósito de explicar, de maneira simples e resumida, o que difere, o dinheiro eletrônico das moedas virtuais. Ademais, entraremos no mundo das criptomoedas e, em especial o Bitcoin. Trataremos, ainda, sobre suas características principais, e suas vantagens e desafios.

3.1 Conceitos e características

É inquestionável que nos últimos tempos, com o avanço das tecnologias em algumas áreas de conhecimento, e, o universo financeiro, não poderia ficar fora

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

desse processo, e facilitar assim, a vida das pessoas. Sob o mesmo ponto de vista, o dinheiro eletrônico, o mais utilizado nos dias de hoje, um exemplo são depósitos feitos em conta, cartões de créditos, etc. Nessa modalidade de moeda, verificamos que as instituições criam limites de créditos, de acordo com a movimentação de cada um. Esse tipo de dinheiro, usamos no mundo virtual, ou seja, na internet, mais, esses são intermediados, são centralizados por uma instituição financeira. Assim temos:

> O dinheiro digital é simplesmente a ideia de que, graças à tecnologia, o dinheiro agora pode ser um objeto digital, um número de série único que pode ser diretamente trocado de forma anônima e sem contabilidade, assim como uma pessoa iria entregar uma nota de dólar para outra pessoa. Você tinha. Agora eles têm. Muito simples (GRIGNON, 2009 apud ALBUQUERQUE e CALLADO, 2015, p. 5).

De forma igual, temos a moeda virtual, funciona da mesma forma da moeda real, mas de maneira que as diferem. A principal diferença, é que a moeda virtual não existe fisicamente, ou seja, não é emitida por nenhuma autoridade ou instituição monetária, e não tem apoio, por outra moeda nacional. Tornando-se decentralizada, isto é, não há instituições monetário, que regularize essas moedas. Desta forma, não necessita de um terceiro intermediador, pois possuem e utiliza a própria infraestrutura dos usuários, isto é, o sistema, por exemplo: enquanto que numa transação com cartão de crédito, este vai, se utilizar de toda uma infraestrutura de empresas credoras (instituições financeiras) que cobram altas taxas para as transações realizadas, enquanto nas transações, de criptomoeda, vai-se utilizar apenas, o celular ou outro dispositivo do usuário, associados estes, com outros participantes da rede, não existindo dessa forma, tarifas reais com intermediários externos. Deste modo, a moeda virtual, está sujeito a Lei de Gresham, (é um princípio monetário que afirma, que a moeda ruim, tende a expulsar a moeda boa).

Sobre o seu conceito, inicialmente percebemos que, as moedas virtuais, possui duas características principais, uma trata da completa descentralização, ou seja, onde se usa computadores participantes, porém um sistema próprio, e que funciona sem intermédio de instituições financeira ou terceiro intermediador, e junto com esse sistema, temos um baixo custo nas transações.

A outra característica importante é a proteção criptográfica, ou seja, um sistema de códigos para segurança, na qual, são utilizados programas, que garante,

o anonimato dos usuários das moedas, ou seja, asseguram suas carteiras. Como aduz Marina Martins (2016, p.43) "da mesma forma, a mineração de bitcoin deve compensar o custo real dessa mineração. Por outro lado, diferentemente da moeda de cunho legal, não á ganhos com senhoriagem por um ente centralizado, já que todos os mineradores ganham com na validação das transações".

Desta forma se um determinado usuário desejar enviar uma determinada quantidade de *bitcoin* para outro usuário deverá utilizar a chave pública de usuário destinatário, enviando assim a quantidade desejada de *bitcoin,* utilizando a sua chave privada para autenticar a transação ao destinatário, e por essa transferência não há custos com terceiros.

3.2 Posicionamentos da Receita Federal do Brasil

É de grande relevância trazer o posicionamento da Receita Federal do Brasil, em relação às moedas virtuais, esta, em 2014 posicionou-se no sentido de que as moedas virtuais, equiparam-se aos ativos financeiros para fins tributários, devendo ser declaradas como outros bens dentro do Imposto de Renda (Folha de São Paulo, 2014). Não existe nenhum registro deste comunicado em qualquer meio eletrônico oficial da própria Receita Federal, apenas em veículo de imprensa.

Em 2017 este posicionamento foi reafirmado, desta vez com documento oficial do Imposto sobre a renda de pessoa física 2017, conhecido como perguntam, disponibilizado pela própria receita federal. Tal pergunta de nº 447, "as moedas virtuais devem ser declaradas, respondeu a Receita Federal:

> Sim. As moedas virtuais como Bitcoin, por exemplo, muito embora não sejam consideradas como moeda nos termos do marco regulatório atual, devem ser declaradas na ficha bens e direitos, como outros bens, uma vez que podem ser equiparadas a um ativo financeiro, elas devem ser declaradas pelo valor de aquisição. Atenção: como esse tipo de moeda não possui cotação oficial, uma vez que não há um órgão responsável pelo controle de sua emissão, não há uma regra legal de conversão dos valores para fins tributários. Entretanto, essas operações deverão estar comprovadas com documentação hábil e idônea para fins de tributação (BRASIL, Receita Federal do Brasil, p. 183-184, 2017).

Em outra pergunta de número 607 do mesmo documento "os ganhos obtidos com a alienação de moedas virtuais são tributados", respondeu o órgão:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Os ganhos obtidos com a alienação de moedas virtuais Bitcoin, por exemplo, cujo total alienado no mês, superior a R$ 35.000,00, são tributados a título de ganho de Capital, alíquota de 15%, e o recolhimento do imposto sobre a renda deve ser feito até o último dia útil do mês seguinte ao da transação. As operações deverão estar comprovadas com documentação hábil e idônea (BRASIL, Receita Federal do Brasil, p. 245, 2017).

Podemos observar que a Receita Federal não considera *bitcoin* como moeda nos termos regulatórios atuais e ao mesmo tempo, instrui aos contribuintes que declararem os *bitcoin* como outros bens, pois estes ativos são equiparados a bens ainda não ganhos, obtidos na alienação destas moedas, devem ser tributados, a título de ganho de capital, observa-se, entretanto, que não existe legislação tributária sobre o tema.

Segundo uma resolução expedida pelo Conselho Federal de contabilidade publicada esta no Diário Oficial da União em 1º de novembro de 2016, um ativo financeiro pode ser: dinheiro, contratos que serão ou podem vir a serem liquidadas por instrumento patrimoniais, as ações da própria empresa, por exemplo, direito contratual de receber dinheiro outro ativo financeiro de outra entidade e instrumento patrimonial de outra entidade. Enfim, ao afirmar que o bitcoin pode ser considerado um ativo financeiro, a receita federal de forma genérica declara que o bitcoin é uma espécie de ativo financeiro.

Desta forma, podemos perceber que existe uma discussão sobre a natureza jurídica das moedas virtuais no caso bitcoin, dentro do nosso ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no âmbito tributário. O Banco Central do Brasil se posiciona no sentido de afirmar que as moedas virtuais, não poderão ser equiparadas a moedas eletrônicas, em sentido contrário à Receita Federal do Brasil equipara o bitcoin a um ativo financeiro de forma genérica, e o legislador, de forma silenciosa permanece, sobre este tema.

4 A SUCESSÃO DAS CRIPTOMOEDAS NO BRASIL

4.1 Situação jurídica no brasil

Quando falamos em sucessão das moedas virtuais, dentro do ordenamento brasileiro a situação é bastante confusa. Isso ocorre pelo fato de que essas *criptomoedas,* não são reguladas pela lei brasileira, não existe uma legislação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que a regule, e por consequência não existe uma definição clara de sua natureza jurídica.

Essa discussão não ocorre apenas no Brasil, mais mundialmente, a discussão ocorre principalmente no campo tributário, tendo em vista que o Ministério da Fazenda, órgão esse de supervisão financeira, não se manifesta sobre qual tratamento jurídico deve ser dado às moedas virtuais, principalmente de como devemos taxa-las.

Sabe-se que, em alguns países, essa discussão recai no âmbito do Direito Penal, devido uma minoria dos países criminalizarem, o uso dessas moedas. (FOBE, 2016, p.71-72). O Brasil por sua vez, direciona a regular o *bitcoin* em âmbito tributário, e como o trabalho aborda fins sucessórios, iremos analisar dentro da área tributária e financeira.

Primeiramente, ao abordar essas moedas, dentro do atual contexto brasileiro, é interessante trazer à declaração do Banco Central do Brasil em ralação as moedas virtuais, que ocorreu por meio do Comunicado 25.306 de fevereiro de 2014, que veio diferenciar as *criptomoedas* das moedas eletrônicas, e também dos riscos dessa modalidade. Iremos analisar alguns trechos, que se inicia:

> Esclarece sobre os riscos decorrentes da aquisição das chamadas "moedas virtuais" ou "moedas criptografadas" e da realização de transações com elas [...] O Banco Central do Brasil esclarece, inicialmente, que as chamadas moedas virtuais não se confundem com a "moeda eletrônica" de que tratam a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, e sua regulamentação infra legal. Moedas eletrônicas, conforme disciplinadas por esses atos normativos são recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento denominada em moeda nacional. Por sua vez, as chamadas moedas virtuais possuem forma própria de denominação, ou seja, são denominadas em unidade de conta distinta das moedas emitidas por governos soberanos, e não se caracterizam dispositivo ou sistema eletrônico para armazenamento em reais. (BRASIL, Banco Central do Brasil, 2014a).

As moedas virtuais, onde incluem os *bitcoin,* não são utilizadas como armazenamento de moedas físicas e pela sua natureza de funcionamento não é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

emitido por nenhum governo, mais pela própria rede de *criptograficas*, como explica o site da *bitcoin.*

> [...] *Bitcoin* é uma rede que funciona de forma consensual onde foi possível criar uma nova forma de pagamento e também uma nova moeda completamente digital. São a primeira rede de pagamento descentralizada (ponto-a-ponto) onde os usuários é que gerenciam o sistema, sem necessidade de intermediador ou autoridade central. Da perspectiva do usuário, *Bitcoin* funciona como dinheiro para a Internet. (BITCOIN.ORG, 2017)

Em resumo, podemos observar que para o banco Central brasileiro, não será possível classificar essas moedas virtuais, como moedas eletrônicas, diferente desta, que existe uma regulação própria, além de regulação infra legal. Isso ocorre, porque a moeda eletrônica, apesar de ser virtuais, essa se encontra dentro do sistema financeiro nacional, essas são emitidas pelo Banco Central, diferente das moedas virtuais, que são emitidas por uma autoridade central, e por não está incluída no sistema financeiro brasileiro. Segue então o comunicado:

> [...]3. As chamadas moedas virtuais não são emitidas nem garantidas por uma autoridade monetária. Algumas são emitidas e intermediadas por entidades não financeiras e outras não têm sequer uma entidade responsável por sua emissão. Em ambos os casos, as entidades e pessoas que emitem ou fazem a intermediação desses ativos virtuais não são reguladas nem supervisionadas por autoridades monetárias de qualquer país. [...] (BRASIL, Banco Central do Brasil, 2014a)

Esse item faz uma narrativa confirma que não existe emissão das criptomoedas, de como elas pode variar no seu formato, de acordo com a criptomoeda utilizada, sendo no caso do *bitcoin.* O site oficial do *bitcoin* resume essa questão, veja:

> Novos *Bitcoins* são gerados através de um processo competitivo e descentralizado chamado "mineração" esse processo consiste na recompensa da aos usuários pelos seus serviços. Os mineiros de *Bitcoin* estão processando transações e fazendo a rede segura usando o hardware

> especializado e coletando novos *Bitcoins* em troca. (BITCOIN.ORG, 2017)

Como podemos observar a emissão dos *bitcoin* não ocorrem por nenhum órgão Central, mas através de uma rede decentralizada, essa atualmente não é regulada no território brasileiro. De fato, como explica o site do *bitcoin*, essas moedas virtuais, não tem garantia de conversão para moeda física oficial de qualquer espécie, tudo isso por não existir um banco central que garantam essa conversão o bitcoin.

> *Bitcoin* tem as características de dinheiro (durabilidade, portabilidade, fungibilidade, a escassez, a divisibilidade e o reconhecimento) com base nas propriedades da Matemática, em vez de depender de propriedades físicas (como Ouro e Prata) ou confiança nas autoridades centrais (como moedas fiduciárias). Em suma, o *Bitcoin* é apoiado pela matemática. Com esses atributos, tudo o que é necessário para uma forma de dinheiro manter o valor é a confiança e a adoção. No caso do *Bitcoin* e, e isso pode ser medido pela sua crescente base de usuários, Comerciantes e startups. Tal como acontece com todas as moedas, o valor do *Bitcoin* e vem somente e diretamente das pessoas dispostas a aceitá-las como pagamento. (BITCOIN.org, 2017).

Vale salientar, que uma das bases do *Bitcoin* é a não necessidade de um regulador Central, ou seja, de um órgão Central. Nakamoto (2008, p.1) ao criar o *Bitcoin* seria uma forma de diminuir os custos das transações, além de criar um sistema de transações totalmente irreversível, sendo que para isso, seria necessário abdicar do modelo de confiança, que demanda uma autoridade central ou garantia em ativos, e utilizar um modelo que use um sistema criptografado robusto suficiente para permitir transações entre duas ou mais pessoas envolvidas sem um terceiro, como por exemplo, uma autoridade Central. Segue o comunicado:

> [...] 5. Em função do baixo volume de transações, de sua baixa aceitação como meio de troca e da falta de percepção Clara sobre sua fidelidade dignidade, a variação dos preços, das chamadas moedas virtuais podem ser, muito grande e rápida, podendo até mesmo levar à perda total do seu valor (Brasil, Banco Central do Brasil, 2014ª).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No que afirma esse ponto, com o comunicado 235.306/2014, emitido pelo Banco Central do Brasil a capitalização de mercado do *bitcoin* era próxima da casa de 7,6 bilhões de Dólares, sendo que no mês de maio de 2017 tal capitalização já se encontrava em 28,6 Milhões de Dólares, e em junho/2019 o chegando à casa de 328 bilhões de dólares (MONEYTIMES, 2019).

Com esse aumento acentuado principalmente nos últimos anos, causados pela regulamentação do Bitcoin em grandes países como no Japão circula tornando assim o sistema cada vez menor e a necessidade de uma regulamentação cada vez mais eminente. Fica evidente, o caráter informativo por parte do Banco Central do Brasil, quando trata do Bitcoin em 2014, este visa apenas definir qualquer natureza jurídica destas moedas, este mesmo comunicado também trata acerca do baixo volume de transações a época, O que podemos demonstrar, não é a mesma realidade atualmente, quando o bitcoin já possui mais de 328 bilhões de dólares em Capitalização de mercado, e ainda com tendência de crescimento.

Em 16 de novembro de 2017 o Banco Central do Brasil, considerando o crescente interesse dos agentes econômicos (sociedade e instituições) nós denominadas moedas virtuais, no comunicado 31.379, posiciona-se novamente sobre as moedas virtuais. No item 1 o comunicado de que:

> Considerando o crescimento interesse dos agentes econômicos nas denominadas moedas virtuais, o Banco Central do Brasil Alerta que estas não são emitidas nem garantidas por qualquer autoridade monetária, por isso não tem garantia de conversão para moeda soberana, e tão poucos são lastreados em ativos real de qualquer espécie, ficando todo o risco com os detentores. Seu valor decorre exclusivamente da confiança conferida pelos indivíduos ao seu emissor (BCB, comunicado 31.379).

Importante frisar que, o Banco Central do Brasil em seu comunicado, em relação às moedas virtuais, no caso Bitcoin, não é emitido, garantidas e tampouco convertidas por tal instituição. Portanto, o Brasil ainda não editou lei até o momento, no sentido de reconhecer qualquer moeda virtual. Assim, até que haja a sua regulamentação por lei, usuário não está obrigado a recolher imposto sobre tal, até mesmo por não haver reconhecimento da mesma. Isto porque, de acordo com a nossa carta maior, ninguém está obrigado a fazer nem deixar de fazer, senão em virtude de lei.

No Brasil, sobre o tema, se encontra tramitando um projeto de lei de número 2.303 de 2015, de autoria do deputado Áureo Ribeiro, que discutir inclui as moedas virtuais dentro dos arranjos de pagamento sobre a supervisão do Banco

Como exposto o Banco Central do Brasil, com base nas informações fornecidas por ele próprio, caso o projeto de lei seja aprovado, as moedas virtuais passam a fazer parte do sistema de pagamento brasileiro (SPB), tendo em vista que os arranjos de pagamento (arranjo de pagamento é um conjunto de regras e procedimentos que disciplina a prestação de determinado serviço de pagamento ao público) irão integrar este sistema, sendo este responsável pelo processamento e liquidez das operações e transferência de fundos que envolvam valores mobiliários, ativos financeiros e moedas estrangeiras além de outras atribuições.

Um ponto importante do projeto de lei tem como intuito classificar as moedas, como um sistema de pagamentos, que este seria regulado pelo Banco Central do Brasil. Outros pontos do projeto de lei, apresentado no artigo 2º que altera a Lei 9.613/98 que dispõe sobre lavagem de dinheiro, inclui as moedas virtuais, dentro deste rol de operações que podem ser utilizadas para realização de lavagem de dinheiro.

5 CONCLUSÃO

Conforme foi demonstrado no presente trabalho, as criptomoedas, em especial o bitcoin, possuem um entendimento ainda confuso, no que concerne ao fato adequar dentro do direito pátrio. Cabe ao legislador brasileiro, observando as diversas experiências que ocorrem no exterior, possa criar logo que possível, uma legislação, que regularize essa situação.

Considerando os aspectos abordados acerca da sucessão hereditária, conclui-se pela transmissibilidade dos direitos decorrentes da pessoa do *de cujus*, fundamento para o reconhecimento da herança de moeda digital, o que já ocorre com bens patrimonial relacionados aos bens digitais, constituindo o próprio fundamento da transmissão da universalidade de direito decorrente da morte, para o acervo hereditário.

Constata-se que as moedas digitais, que deságuam no instituto do direito sucessório, aqueles economicamente apreciáveis, podem ser objeto de herança, desde que, na modalidade testamentária, pois na modalidade legal ou legítima, morrendo o autor da herança, sem deixar os códigos e senhas de acesso, essa carteira será perdida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Comparando, as moedas digitais com as moedas eletrônica, o verificamos é que, diferença desta para aquela, é apenas duas, o fato de ter um órgão fiscalizador monetário, e a impressão dessa moeda, sendo que as moedas digitais, estas, não tem apoio de nenhuma instituição, que der suporte para impressão, e ainda da sua descentralização.

Para tutelar estes direitos, portanto, na falta de manifestação expressa de vontade do sujeito por testamento, a legalização das moedas digital, seria de grande valia, aprovação destas, no ordenamento pátrio, e partir da comprovação da morte do titular, como forma de resguardar os seus direitos, estas possam fazer parte da universalidade de direito. Constata-se, porém, que em relação ao tema há verdadeira lacuna nas normas civis vigentes, não havendo expressa disposição acerca da herança de moeda digital, sendo este tema relevante, o que demonstra enorme insegurança jurídica, estando em risco o direito fundamental à herança.

Sob o enfoque da normatização, investigando-se o Projeto de Lei nº 2303, de 2015, do Sr. Áureo, que "dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de 'arranjos de pagamento' sob a supervisão do Banco Central", que, se aprovados pelo Senado, altera a Lei nº 12.865, de 2013 e da Lei 9.613, de 1998, vigente passando a dispor expressamente sobre o reconhecimento das moedas digitais e sobre as normas a respeito desta, conclui-se que se trata de imprescindível direcionamento objetivo acerca do tema, visto que implicará a necessária segurança jurídica quanto aos direitos provenientes da sucessão das heranças de moedas digitais, de valor econômico, efetivando, de fato, o direito à herança dessas moedas patrimonialmente apreciáveis.

Tendo em vista todo o exposto apresentado sobre o tema o problema enfrentado os objetivos principais e específicos a justificativa os instrumentos metodológicos e a hipótese provisória do projeto social desenvolvimento de ideias concernentes à sucessão digital, esperando o que não esgotemos o assunto, mas a contribuir para o âmbito acadêmico e jurídico

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Bruno Saboia de; CALLADO, Marcelo de Castro. **Understanding Bitcoins: Facts and Questions**. Rev. Bras. Econ, Rio de Janeiro, v. 69, n. 1, p. 3- 16, Mar. 2015.

BITCOIN.ORG. **Perguntas Frequentes - Bitcoin.org.** 2017. Disponível em: <https://bitcoin.org/pt_BR/faq>. Acesso em: 26 fev. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em:21 set. 2019.

_____. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: Acesso em: 30 jan. 2019.

_____. Banco Central do Brasil. **Comunicado nº 25.306/2014**. 2014 disponível em:<https://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?method=detalharNormativo&N=114009277> Acesso em: 23 de abril de 2019 Cap. 8. p. 221-249. Disponível em: <http://www.cdn.

_____. Projeto de Lei nº 4.099, de 20 de junho de 2012a. Altera o art. 1.788 da **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, que "institui o Código Civil". Disponível em:http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678. Acesso em: 17 mai. 2019.

_____. Receita Federal do Brasil. **Imposto sobre a renda da Pessoa Física – Perguntas e Respostas**. 2017. Disponível em: <https://idg.receita.fazenda.gov.br/interface/cidadao/irpf/2017/perguntao/pir-pf-2017perguntas-e-respostas-versao-1-1-03032017.pdf> Acesso em: 22 de abril de 2019.

FOBE, Nicole Julie. **O bitcoin como moeda paralela: uma visão econômica e a multiplicidade de desdobramentos jurídicos.** 2016. 122 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://bibliotecagigital.fgv.br/dspace/handle/10438/15986?show=full>. Acesso em: 12 de maio 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO (São Paulo). **Brasileiro tem que declarar bitcoin; IR pode ser cobrado.** 2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/04/1436809-brasileiro-tem-quedeclarar-bitcoin-ir-pode-ser-cobrado.shtml>. Acesso em: 12 dez. 2018.

GAGLIANO Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil. Direito das sucessões.** vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro – Direito das sucessões.** v.7 São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Marina Miranda. **Entendendo Moedas Virtuais à luz das teorias monetárias: O caso do Bitcoin.** 2016. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Ciências Econômicas, Departamento de Ciências Econômicas, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <Http://bdm.unb.br/bitstream/10483/15251/1/2016_MarinaMirandaMartins_tcc.pdf>. Acesso em: 16 outubro 2019.

NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin: A Peer-to-PeerElectronic Cash System**. 2008. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em 11 jun. 2019.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil. Vol. 7. Sucessões**. 2017, Salvador: Juspodivm- Ebook.

SILVA, Tiago Mendes da. **A transmissão de herança das moedas virtuais com ênfase no Bitcoin.** 2018. Acesso em: 8 maio 2019.

---

[1]Orientador, Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho, Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, jscosta429@hotmail.com

www.conteudojuridico.com.br

COSMOVISÃO DA AYAHUASCA: O SINCRETISMO XAMÂNICO-CRISTÃO DE SUAS RELIGIÕES COMO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

CLAUDIO COUTINHO NETO: Mestrando em Direito, Constituição e Ordens Jurídicas pela Universidade Federal do Ceará. Pós-Graduado em Direito Processual Civil – Pela Faculdade Anhanguera – Damásio de Jesus. Graduado em Direito pela Universidade Regional do Cariri. Advogado.

Resumo: A Ayahuasca como fenômeno religioso é uma das muitas manifestações de credo encontradas no país. Sua doutrina reúne diversos elementos do imaginário nacional, indo além do sincretismo religioso para ganhar autonomia dogmática própria. Para além da legalidade, trata-se o presente estudo da adequação e necessidade de tornar o uso ritualístico da substância como parte integrante de nosso patrimônio cultural. No que tange a metodologia, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental, além do método indutivo.

Palavras – Chave: Ayahuasca; Sincretismo; Patrimônio Cultural; Cosmovisão e Imaginário.

INTRODUÇÃO

A palavra Ayahuasca, tem sua etimologia em quéchua, onde "*aya*" significa espírito ou ancestral, e "*huasca*" representa bebida, vinho, dessa maneira, a expressão seria algo equivalente a vinho das almas ou dos espíritos. A bebida é produzida através da cocção de duas plantas, quais sejam, um cipó do gênero *banisteria* e as folhas de um arbusto chamada *psichotria viridis*.

Não é possível precisar o momento histórico do início do seu uso, contudo, há evidên cias arqueológicas através de objetos e artes rupestres que apontam sua utilização em épocas pré-colombianas, aproximadamente 2.000 a.C. A partir do século XVI, a prática fora condenada pela Santa Inquisição, tendo sido associada a rituais diabólicos, no entanto, seu uso cerimonial persistiu, notadamente entre os povos indígenas remanescentes. Alguns desses, habitando a Amazônia brasileira ou ainda fronteiriça.

Na primeira metade do século XX, a região amazônica passa por um processo de povoamento, recebendo principalmente nordestinos que, espontaneamente ou não, chegaram à região, muitos deles como "soldados da borracha", ou seja, seringueiros. Nesse cenário, três nordestinos, distintamente, ao entrarem em contato com o chá conhecido no Brasil como hoasca (decorrente de Ayahuasca),

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

fundam quase que concomitantemente as três religiões tradicionais cujo ritual utilizam a substância em seus sacramentos, a saber, Barquinha, Santo Daime e União do Vegetal.

Esses fundadores, com histórias de vida distintas, comungavam algumas características pessoais que foram transladadas para as respectivas teologias de suas religiões, trazendo referenciais do catolicismo, do espiritismo e da umbanda, dentre outros, criaram doutrinas sincréticas típicas da confluência cultural ocorrida no processo de povoamento da região amazônica.

Através de uma metodologia indutiva, por intermédio da investigação dos aspectos culturais e teológicos que circundam essas manifestações religiosas, o presente artigo tem como escopo demonstrar o sincretismo dessas religiões como um verdadeiro patrimônio imaterial do país.

1. DO SINCRÉTICO AO ORIGINAL

Convém esclarecer, desde logo, que, não obstante se evidencie uma convergência de diversas referências religiosas nessas religiões, conhecida por seus integrantes como hoasqueiras, essas religiões carregam consigo uma autonomia teológica, pois, além de possuir seus próprios paradigmas, realizam releitura *sui generis* dos elementos religiosos das suas predecessoras.

Trata-se de atributo inerente à religião, a capacidade de aglutinar em si a interação de pensamentos e culturas diversas, conformando o campo dialético e fazendo nascer daí um novo ser, um amalgama onde as esferas de consciência e de crença, não somente convivem, mas passam a ter autonomia a identificar-se em outra perspectiva ontológica.

Assim ocorreu com diversas religiões, senão com todas. Inicialmente surgiram da intersecção de culturas e povos, cuja a relação, decorrente ou não de uma violência, em seu nascedouro se caracteriza pela delimitação tangível entre as doutrinas. Ocorre que o tempo, e seu poder decantador, associado à riqueza das relações humanas, consegue catalisar essas fronteiras teológicas, permitindo uma troca entre esses elementos de ambas as crenças. Empós, com o passar dos anos, os costumes religiosos dentro dessa comunhão geográfica e cultural tendem a se tornar simbioticamente confusos, no sentido mais restrito da palavra, de modo que, salvo na hipótese de existir fragmentações conservadoras das tradições, as identidades religiosas naturalmente tendem a se misturarem e tornarem-se um *tertium genus*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Os monoteísmos são exemplos robustos desse processo. Existem diversas práticas religiosas incorporadas, replicadas e transformadas em suas religiões. A título de exemplo é possível citar a páscoa cristã que apesar de decorrer da páscoa judaica, e ainda preservar alguns de seus imaginários simbólicos, ganhou autonomia teológica, representando para além da perspectiva do êxodo, o renascimento cristão. Os exemplos são vastos, e vão do costume até mesmo ao compartilhamento de textos sagrados.

No que se refere as religiões objeto desse trabalho, para uma melhor cognição de como ocorreu seu sincretismo, é preciso antes de tudo entender as cosmovisões de seus fundadores, bem como dos primeiros seguidores. Todos eram nordestinos que rumaram ao norte para o labor, carregando desde essa época uma forte confluência religiosa.

A título ilustrativo tomemos como parâmetro o fundador do Centro Espírita Beneficente União do Vegetal – CEBUDV, José Gabriel da Costa, para seus seguidores, Mestre Gabriel. Foi um baiano, nascido em seio familiar católico, que antes de fundar sua religião teve contato com o kardecismo, umbanda e afirmou em vida ter conhecido outras religiões, sem determinar quais foram. Foi praticante da capoeira, arte marcial que tem íntima relação com o candomblé.

Em 1961 fundou sua religião dentro dos seringais, sendo composta por pessoas de seu meio, com baixo poder econômico, reduzido grau de escolaridade, que viram na figura de José Gabriel da Costa um mestre espiritual. Contudo, as circunstâncias não se mostraram um obstáculo insuperável para uma sistematização de uma teologia complexa e de vasta riqueza cultural.

A religião é uma das que utilizam a Ayahuasca em seu ritual, entre os participantes a bebida é considerada sagrada. Para os seguidores a comunhão do chá, denominado por seus integrantes de "vegetal", é um instrumento de contato com o metafísico divino, sendo o guia o próprio mestre.

Em relação à doutrina religiosa, essa se define cristã, tendo a figura de Jesus importância central em seus ensinos. Outras figuras do cristianismo fazem parte da teologia, como por exemplo João Batista, Maria mãe de Jesus, dentre outros.

Para além do cristianismo, figuram ainda Salomão, Noé, Adão entre outras referências hebraicas, ocupando alguma dessas personagens uma posição central também na doutrina da União do Vegetal.

A religião se designa espírita, sendo um dos pressupostos de seus ensinos a reencarnação. A base dos seus ensinos consiste na possibilidade de que o espírito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

retorna diversas vezes à vida terrena, participando de um processo de auto aprendizado, ao longo dessas múltiplas existências físicas, o espírito, que seria a substância do ser humano, passaria por uma purificação espiritual, de ordem moral.

Contém ainda influência da umbanda e do candomblé, o que é perceptível dentro dos seus ensinos, cujo os nomes de Iemanjá e Ogã, dentre outros, estão presentes. Nesse contexto, é salutar esclarecer que durante algum tempo, antes de fundar a UDV, José Gabriel da Costa participou ativamente de atividades ligadas a essas designações, onde afirmava ser o médium pelo qual a entidade Sultão das Matas atuava.

Ainda é bastante concreta a manifestação da cultura xamânica indígena, decorrente do contato com o chá, cujo o consumo teve início na ambiência silvestre da américa do sul. Dentro dos ensinos da União do Vegetal há histórias que remetem à civilização do Império Inca. Também é perceptível a presença do xamanismo na transmissão dos ensinos através das denominadas "chamadas", sendo essas entonações em forma de cânticos análogos aos entoados pelos índios que usam a bebida.

Nota-se, também, algumas influências da mitologia grega em alguns ensinos, sendo comum a utilização de alguns contos na transmissão da doutrina. Importante ressaltar que toda a teologia da União do Vegetal é transmitida através da oralidade, regra geral. Há dentro da cosmovisão de seus preceitos o imaginário da prevalência da memória como um dos fundamentos do processo evolutivo espiritual.

Nesse momento faz-se necessário reforçar que a despeito das diversas confluências de fontes, existem alguns ensinamentos próprios e exclusivos da União do Vegetal, sendo a maior parte deles ligados à pessoa de seu fundador. Ademais, mister acrescentar que, ainda quando se vale de referências de outras religiões, seus ensinamentos possuem cosmovisão própria, não se limitando à perspectiva da fonte recorrida. Em verdade, na dogmática da religião, o meio pelo qual se acessa essa fonte de conhecimento é através da revelação da própria experiência advinda da comunhão da bebida.

Assim sendo, nota-se que para além do mero sincretismo aglutinante dessas fontes, a União do Vegetal tem originalidade em parte dos seus cânones, bem como sua experiência através do consumo da Ayahuasca resulta numa proposta revisionista dessas fontes, atribuindo-lhes imaginário próprio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Outra tradicional religião que utiliza a Ayahuasca é o Santo Daime, sendo inclusive a mais popular delas, notadamente pela maior facilidade de acesso de eventuais interessados para participar da religião. Igualmente oriunda da região amazônica, é contemporânea das demais, a base teológica é a prática espiritual essencialmente individual decorrente da experiência com a bebida, sendo o autoconhecimento e internalização os meios de obter sabedoria.

Para seus integrantes, a doutrina do Santo Daime é uma missão espiritual, que, assim como na União do Vegetal prega a evolução do ser humano através do perdão e a regeneração do seu ser. Nos rituais sempre há uma forte presença musical. São sempre cantados hinos religiosos e são usados maracás, um instrumento indígena ancestral, na maioria dos locais de culto, além de violas, flautas, bongôs e atabaques.

Assim como ocorre na União do Vegetal, o Santo Daime também é uma manifestação religiosa que possui um sincretismo em sua formação. Sendo bastante presente em sua doutrina a presença de elementos do cristianismo, desde seu início, porquanto tenha começado por intermédio de Raimundo Irineu Serra, diante de uma revelação onde Maria mãe de Jesus teria aparecido em uma experiência com o chá.

Nessa experiência fora incumbido na tarefa de fundar uma doutrina espiritual, um sincretismo baseado em diversas referências cristãs, valendo-se igualmente de vários elementos metafísicos e transcendentais indígenas, espíritas, das religiões afro-brasileiras e alguns elementos orientais.

A religião fora fundada em 1930, no Acre. Além do revisionismo realizado sobre as fontes de inspiração, o Santo Daime possui ensinamentos que lhe são exclusivos, o que lhe garante originalidade dogmática e autonomia, assim como ocorre com nas demais.

Portanto, para além do mero sincretismo, as religiões hoasqueiras são verdadeiras manifestações culturais brasileiras, assim sendo, por suas características identitárias com o imaginário nacional, notadamente, dos povos que têm contato com a floresta amazônica, a Ayahuasca passa atualmente por procedimento junto ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, órgão do Ministério da Cultura, para que seja reconhecida como patrimônio cultural do Brasil.

2. QUESTÕES LEGAIS SOBRE O USO DA AYAHUASCA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A legalidade do uso da Ayahuasca como manifestação religiosa é uma análise de sucessões regulamentares que se inicia em 1985, quando a primeira política importante relativa à ayahuasca foi gerada em 1985 pela DIMED, que classificou a B. caapi como uma substância proibida. Em 1987 fora excluída provisoriamente.

Dentre os fármacos que compõem a Ayahuasca, o principal responsável pelo efeito alucinógeno (WINKELMAN, 2007) da bebida é o DMT - n,n-dimethyltryptamine-inserido na lista de substâncias proscritas pela Portaria 344/98 da Anvisa. Dessa maneira, regra geral, a referida substância recebe o mesmo tratamento ofertado às drogas ilícitas.

Todavia, conforme já exposto, essas religiões precedem a regulamentação, bem como o próprio uso da Ayahuasca datam de períodos remotos. A Constituição Federal garante a liberdade de culto, sendo inclusive um direito fundamental do indivíduo. Assim sendo, o Estado não pode restringir indevidamente a liberdade religiosa dos indivíduos.

Dessa maneira, a restrição contida na Portaria da Anvisa parecia restringir um direito fundamental à liberdade de crença e culto. Todavia, diante da exclusão específica ocorrida em 1987, ofertou-se interpretação sistemática para entender que no contexto religioso a DMT presente na Ayahuasca era permitida.

O Conselho Nacional de Políticas Sobre Drogas do Brasil (GMT, 2006) retirou a Ayahuasca da lista de drogas alucinógenas, todavia, o DMT persiste como substância proscrita. Tal sucessão normativa ao invés de configurar antinomia, revelava a intenção em excepcionar a substância quando essa estivesse consubstanciada na bebida Ayahuasca.

Contudo, essa pretensão ficou expressa quando em 2010, o CONAD regulamentou o seu uso para fins religiosos, tendo vetado o plantio, o preparo e a ministração da bebida com o fim de auferir lucro, a prática do comércio, a exploração turística da bebida, o uso associado a substâncias psicoativas ilícitas, o uso fora de rituais religiosos, a atividade terapêutica privativa de profissão regulamentada por lei sem respaldo de pesquisas científicas, o curandeirismo, a propaganda, e outras práticas que possam colocar em risco a saúde física e mental dos indivíduos.

3. AYAHUASCA E SEU IMAGINÁRIO

Para uma efetiva compreensão da Ayahuasca como uma manifestação religiosa é preciso entender que sua genealogia decorre da visão de mundo dos seus fundadores, bem como a mundividência inerentes à experiência cognitiva de um estado alternativo de consciência.

É preciso, antes de qualquer ensejo discriminatório, que a cognição das religiões hoasqueiras sejam determinadas não pela racionalidade funcional de uma perspectiva externa, mas é preciso entendê-las por dentro, imergir em suas peculiaridades e cosmovisões, penetrando, dessa forma, em suas relações canônicas. Esse é seu tecido unificante (CASTORIADIS, 1982), sua fundamentação.

Sem olvidar dos limites entre o imaginário e o racional, é preciso entender a consistência dessa cosmovisão religiosa para só então percebê-la como um produto de si mesma, bem como das liberdades religiosas e criativa de seus integrantes, tal como é qualquer experiência religiosa.

Através da perspicácia sensorial proveniente da Ayahuasca, não apenas se comunga uma experiência de êxtase religioso, trata-se de percepção da realidade a partir de um novo paradigma religioso, logo, o próprio revisionismo se mostra congruente, já que a intuição é, para os seguidores, fonte de saber tal qual a literária ou documental.

Para além do próprio imaginário que lhe é exclusivo, contrapõe-se o sincrético, notadamente através do comunicativo da performance, afirmado por Bauman (1977), consubstanciando-se principalmente pela oralidade, bem como através da música e de outras manifestações culturais.

A presença de hinários, chamadas, bailados, metáforas, personificações, antíteses e outras instrumentos linguísticos, são reflexos da ambiência de aglutinação cultural e religiosa. Além disso, esses cantos despertam emoções, criam estados intersubjetivos diversos no ambiente, ligações entre os praticantes, relações diversas de sentido individual e coletivo.

A emoção suscitada por aquela performance – realizada possivelmente em centenas de Céus do Santo Daime – é essencial para compreender a contribuição do que Bauman chama de "experiência em relevo" (1977) para as reflexões delineadas aqui. As qualidades da experiência são centrais para a abordagem do autor – ligando-se à discussão de Langdon (2007, p. 16) sobre e "experiência multissensorial" como um dos eixos dos diversos usos do termo "performance". Essa análise é vital para o caso dos rituais pensados aqui na medida em que localiza a performance na sinestesia – isto é, na simultaneidade dos receptores sensoriais –

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

, que por sua vez dá origem a uma experiência emotiva e expressiva de grande intensidade.

Segundo Langdon (2007, p. 16), "a possibilidade de transformação fenomenológica no nível mais profundo do corpo, rejeitando uma divisão cartesiana de experiência, que separa o racional do emocional e do corporal" é uma condição determinante desses tipos de experiência.

4. DA AYAHUASCA COMO PATRIMÔNIO IMATERIAL E CULTURAL

Definem-se os bens culturais de natureza imaterial pelas práticas e domínios da vida social dispostas em saberes, ofícios e modos de fazer; celebrações; formas de expressão cênicas, plásticas, musicais ou lúdicas; bem como através de sua contextualização cultural geográfica. A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 215 e 216, ampliou a noção de patrimônio cultural ao reconhecer a existência de bens culturais de natureza material e imaterial.

A Constituição expressamente promove a inclusão dos bens culturais dentre aqueles que devem ser preservados pelo Estado e sociedade civil, quando esses sejam manifestações sociais, notadamente nos casos de expressarem a diversidade das diferentes formações da sociedade brasileira. O patrimônio imaterial é um bem intergeracional, produto de um contínuo processo de replicação e reconstrução cultural, ao mesmo tempo que é a própria conservação de tradicionais raízes culturais, mas que diante dos influxos do próprio ambiente no qual está inserido, recebe e absorve suas influências. A pertinência identitária desses bens com os respectivos grupos é o objeto da proteção, gerando para além da identidade e pertencimento, a preservação e o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana.

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) define como patrimônio imaterial "as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas – com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos os indivíduos, reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural." (online). Note que, diante do exposto, é plenamente subsuntivo o enquadramento da Ayahuasca na respectiva definição.

Em atendimentos às exigências legais, o Decreto nº. 3.551/2000 instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial e criou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial (PNPI), consolidando o Inventário Nacional de Referências

Culturais (INCR), tais medidas visam instrumentalizar de maneira adequada o reconhecimento e à preservação desses bens imateriais.

Em 2008 o uso ritualístico da Ayahuasca, através do Processo: 01450.008678/2008-61, foi proposto perante o IPHAN visando o reconhecimento de suas práticas e como patrimônio imaterial e cultural (ONLINE). Trata-se de medida com o escopo não somente de preservar a liberdade religiosa, para além disso é medida que visa a própria preservação do costume e todas as tradições pertinentes à Ayahuasca enquanto manifestação cultural e religiosa.

Posto isso, a análise profícua do imaginário imanente à Ayahuasca é de fundamental importância à compreensão de sua existência como uma manifestação fenomenológica e criativa dessas experiências de êxtase religioso. Trata-se de fecundo campo onde o sincretismo de nossa cultura nacional é consubstanciada através de uma religiosidade tipicamente brasileira, daí a importância de ser reconhecida como patrimônio imaterial e cultural do Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Ayahuasca como fenômeno religioso é uma expressão cultural de milhares de brasileiros, consubstanciando em si diversos elementos de outras religiões e manifestações culturais, transcende a sua existência, para tornar-se elemento integrante de nossa identidade nacional. O sincretismo de sua teologia não só demonstra sua força aglutinante de diversas crenças, como se apresenta em instrumentalização catalítica para uma harmônica convivência dessas intersecções de credo, mostrando-se como eficiente método de assimilação para a formação de uma identidade nacional mais plúrima.

A peculiar cosmovisão dessas religiões retrata a nossa identidade nacional, composta pela miscigenação de povos e costumes, sendo uma de nossas riquezas culturais. Assim, além da natural garantia constitucional de liberdade de culto e crença, a legalidade do uso da Ayahuasca revela a importância e legitimidade dessas manifestações religiosas enquanto produto de nossa própria genealogia.

Portanto, o seu reconhecimento enquanto patrimônio imaterial é importante como legitimação do imaginário e da cosmovisão inerente a esses grupos, ratificando sua prática ante nosso ordenamento jurídico, contudo, em nada obstante a isso, é igualmente um vetor de promoção dessas religiões como elementos integrantes e de coesão da nossa identidade nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BAUMAN, R. **Verbal Art as Performance.** Rowley, Mass, Newbury House Publishers. 1977.

CASTORIADIS, Cornelius. **A Instituição Imaginária da Sociedade**. Trad. Guy Reynaud. 5a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

DURAND, G. (2001). **As Estruturas antropológicas do imaginário.** São Paulo: Martins Fontes.

GMT (Grupo Multidisciplinar de Trabalho Ayahuasca), (2006). **Relatório Final**. Brasília: Conad. Copiado de http://obid.senad.gov.br/OBID/Diversos/salvarlocal.jsp?id=18276 em 13 de novembro de 2007.

HERDT G. & STEPHEN, M (1986). **The religious imagination in New Guinea.** London: Rutgers University Press.

LABATE, B., & ARAÚJO, W. S. (2002). **O uso ritual da Ayahuasca.** Campinas, Bazil: Mercado das Letras.

LABATE, Beatriz. A reinvenção do uso da ayahuasca nos centros urbanos. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social do IFCH – Unicamp. Campinas, 2000.

LABATE, Beatriz Caiuby. "A literatura brasileira sobre as religiões ayahuasqueiras". In: SENA ARAÚJO, Wladimyr e LABATE, Beatriz Caiuby (orgs.). O uso ritual da ayahuasca, São Paulo: Mercado de Letras, 2004, 2ª edição

LANGDON, E. Jean. "Performance e sua Diversidade como Paradigma Analítico: A Contribuição da Abordagem de Bauman e Briggs in: Antropologia em Primeira Mão, Florianópolis : UFSC, 2007

LUCKMANN, Thomas. A Construção Social da Realidade. Trad. Floriano de Souza Fernandes. 23a ed. Petrópolis: Vozes, 1985

MACRAE, Edward. Guiado pela Lua. Xamanismo e uso ritual da Ayahuasca no Culto do Santo Daime. São Paulo: Brasiliense, 1992.

MERCANTE, Marcelo S. « Ayahuasca, dependência química e alcoolismo », *Ponto Urbe*[Online], 5 | 2009, posto online no dia 31 dezembro 2009,

consultado o 10 junho 2018. URL : http://journals.openedition.org/pontourbe/1345 ; DOI : 10.4000/pontourbe.1345

NARANJO, P. (1986). **El ayahuasca en la arqueologia ecuatoriana [The ayahuasca in the Ecuadorian archeology]**. America Indígena, 46(1), 115-127.

NOLL, R. (1985). **Mental imagery cultivation as a cultural phenomenon: The role of visions in shamanism**. Current Anthropology, 26, 443-461.

UNESCO. Patrimônio Imaterial e Cultural Disponível em: <http://www.unesco.org/new/pt/brasilia/culture/world-heritage/intangible-heritage/>

WINKELMAN, M. (2000). **Shamanism: The neural ecology of consciousness and healing**. Westport, CT: Bergin & Garvey.

WINKELMAN, M. & Robets, T. (2007). **Psychedelic medicine. New evidence for hallucinogenic substances as treatments**. Westport: Praeger Publishers.

www.conteudojuridico.com.br

A INDUSTRIALIZAÇÃO DO DANO MORAL: BANALIZAÇÃO DO INSTITUTO, IMPACTOS NA CELERIDADE DO JUDICIÁRIO E SOLUÇÕES PARA A PROBLEMÁTICA

LUÍS FELIPE REIS DE CASTRO:
Advogado.

RESUMO: O objetivo principal deste trabalho é analisar o instituto da dano moral desde o seu surgimento, com enfoque nas mudanças que esse instituto trouxe para o direito brasileiro. Desenvolvendo-se estudos sobre a sua configuração, o grande impacto que teve e ainda tem sobre a máquina judiciária, o número exorbitante de ações pautadas nesse instituto, a possível industrialização do dano moral e a sua consequente banalização; e como os progressos do acesso à justiça, da assistência judiciária e dos Juizados Especiais Cíveis, tiveram influência nesse cenário. O presente trabalho busca avaliar o problema do crescente número de demandas e conjecturar teses de como o Poder Judiciário e a sociedade como um todo devem proceder para auxiliar a resolução desse aparente problema; analisando possíveis aplicações de outros institutos e como a conscientização social também é importante para o processo como um todo. Tudo isso traçando um paralelo entre o Código de Processo Civil de 1973 e o Novo Código de processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: DANO MORAL; INDUSTRIALIZAÇÃO DO DANO MORAL; BANALIZAÇÃO DO DANO MORAL; MÁ-FÉ; ACESSO À JUSTIÇA; LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ; NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL; ARBITRAGEM; AVENTUREIROS DO DANO MORAL; CELERIDADE JUDICIAL; MOROSIDADE; FIXAÇÃO DO VALOR; ARBITRAGEM.

1 INTRODUÇÃO

O dano moral é um instituto que gera discussões não só no Direito brasileiro. Existem inúmeras controvérsias acerca da sua configuração e do quantum indenizatório em situações em que, o dano de fato ocorre.

No presente trabalho, é feita uma análise sob diversas óticas em relação às características do dano moral, sendo feita uma conceituação bastante clara para que seguidamente possam ser levantados assuntos mais polêmicos e aprofundados envolvendo outros institutos.

Estando claro o conceito e os aspectos gerais do instituto do dano moral, restam-se as dúvidas quanto a sua efetiva configuração, a sua extensão na pessoa do ofendido, a fixação do valor, quando de fato houve-se dano e a possibilidade de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pedido genérico; que se era admitida enquanto vigente o Código de Processo Civil de 1973.

Na medida que o tempo foi passando, felizmente o nosso Direito foi evoluindo e demandar judicialmente foi se tornando cada vez mais fácil. Principalmente no que concerne aos mais carentes economicamente.

O acesso à justiça, a justiça gratuita, a assistência jurídica gratuita e a criação dos Juizados Especiais; deram a acessibilidade que faltava para os desprivilegiados que eventualmente tinham seus direitos turbados, de defender esses seus direitos judicialmente. Felizmente a autotutela foi desaparecendo a medida que o tempo foi passando.

Quando se coincidiu esse amplo acesso à justiça com a consolidação do dano moral no Direito brasileiro, foi gerado um impacto muito grande na máquina judiciária, tendo em vista que demandar tornou-se algo fácil e nada oneroso; e o dano moral é algo subjetivo, então as pessoas começaram a demandar, sem ter sofrido dano algum, na tentativa de auferir algum lucro através do Judiciário.

Surgiu-se então o que alguns juristas denominaram "a indústria do dano moral". A sociedade de modo geral, não sabia, e ainda não sabe; o que de fato é o dano moral. Criou-se uma cultura social de que qualquer conflito, dissabor ou irritação inerente a vida cotidiana; seria motivo ensejador de indenização por danos morais.

Com esse crescimento exponencial na quantidade de processos e o consequente impacto negativo na máquina judiciária. O instituto foi se banalizando, inclusive nos valores das condenações.

Não se haviam limites nem ônus para "tentar a sorte", nas ações de indenização por danos morais. O que fez com que o instituto e suas respectivas condenações aos poucos fossem tornando-se banais em relação ao dano. Problema este que jamais poderia ocorrer, tendo em vista que a indenização decorrente do dano, não tem só o condão de compensar o sofrimento do ofendido.

O instituto do dano moral tem como missão além de compensar o sofrimento do ofendido, tem a incumbência de punir o ofensor para que este não volte acometer tais atos. O que não vemos no cenário atual.

Grandes empresas preferem ser acionadas judicialmente por centenas de milhares de consumidores insatisfeitos, do que investir numa melhor prestação de serviços. É menos oneroso para essas empresas ser processada por inúmeros

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

clientes e pagar pequenas indenizações, ao invés de gastar mais e melhorar o seu serviço. O Judiciário jamais deveria permitir isso.

A grande questão é que como a facilidade de pleitear algo em juízo é algo simples, as pessoas começaram a dar entrada em ações de danos morais como se fosse uma "corrida pelo ouro". O Código de Processo Civil de 1973 permitia o pedido genérico ou pedidos exorbitantes, o que foi um grande incentivo para a possível "indústria do dano moral".

O Poder Judiciário se viu numa situação complicada no que se referia a fixação do valor do dano. Se indenizar com valores altos e dessa forma compensar o sofrimento do ofendido, pode incentivar que as pessoas continuem acionando o Judiciário, em busca de um enriquecimento ilícito, tendo como causa de pedir fatos insubsistentes e um dano moral que de fato nunca foi sofrido; em contrapartida, se os valores das condenações por danos morais tiverem valores irrisórios, freia-se o ímpeto dos "aventureiros do dano moral", porém acaba-se não punindo os ofensores, o que faz com que as agressões não cessem. Como é o caso de grandes empresas que preferem ser demandadas e pagarem indenizações mínimas, do que melhorarem os seus serviços.

Assim, o presente trabalho avaliará como os magistrados, os advogados e a sociedade de modo geral; devem proceder para que esse evidente problema seja paulatinamente solucionado. Também serão abordados pontos chaves com elucidações do Novo Código de Processo Civil, fazendo referências de como o Poder Legislativo pretende ajudar a resolver esse atual problema da máquina judiciária.

2 O DANO MORAL

2.1. CONCEITO DE DANO MORAL

O dano moral tem amparo nos Artigos 5º, incisos V e X da Constituição Federal, como se pode observar, "é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem" e "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

O dano é, sem dúvida, um dos elementos mais importantes da responsabilidade civil, já que a sua ocorrência constitui fator de desequilibro social e, assim, se faz necessário que ocorra uma efetiva reparação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A evolução do estudo acerca do tema modificou a posição a doutrinária e jurisprudencial, e o foco deixou de ser apenas nos efeitos do ato ilícito sobre o patrimônio do eventual lesado, passando também a se ponderar os efeitos do ato ilícito em relação à pessoa e honra do lesado. A partir da segunda metade século XIX, e com a ampliação das hipóteses de responsabilidade objetiva, observou-se que grande número dos danos ocorridos na vida em sociedade não eram ressarcíveis. Surgiria, então, a figura do dano extrapatrimonial. O notável jurista Orlando Gomes[1], define com clareza o instituto do dano moral:

> A expressão dano moral deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há consequência de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial.

2.2 A FIXAÇÃO DO VALOR DO DANO

Diferentemente do que ocorre quando se vai aferir o valor do dano patrimonial, o qual se mede pela diferença entre o valor atual do patrimônio do ofendido e aquele que o mesmo possuía antes da suposta lesão. No dano extrapatrimonial não se tem critérios objetivos ou cartesianos para se estabelecer o valor do dano.

Atualmente, é perfeitamente concebível na prática a reparação dos danos morais, quer porque a dignidade da pessoa humana é fundamento pétreo do direito atual, ou faça-se porque a Constituição e as próprias leis prevêem de forma expressa a possibilidade de reparação. Porém, como previamente descrito, permanece o problema da quantificação dos danos e da fixação do quantum indenizatório para os diferentes casos concretos. Conforme lição de Carlos Roberto Gonçalves[2]:

> O problema da quantificação do dano moral tem preocupado o mundo jurídico, em virtude da proliferação de demandas, sem que existam parâmetros seguros para a sua estimação. Enquanto o ressarcimento do dano material procura colocar a vítima no estado anterior, recompondo o patrimônio afetado mediante a aplicação de fórmula "danos emergentes-lucros cessantes", a reparação do dano moral objetiva apenas uma compensação, consolo, sem mensurar a dor.

No que tange a fixação do valor da condenação, devem os magistrados avaliarem de forma ética, mesmo sendo essa avaliação subjetiva e sempre devem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

se atentar não só aos anseios do ofendido, mas também, ao que a sociedade espera como um todo; o valor da condenação tem um condão de justiça social e uma natureza pedagógica.

Os aplicadores do direito de modo geral devem se atentar à critérios como o equilíbrio e a razoabilidade. Em se tratando de valor da condenação esse deve ir de acordo com os anseios sociais, jamais poderá ser exageradamente elevado a ponto de dar margem para aventureiros, mas também não poderá ser considerado injusto para que não se gere a sensação de impunidade na sociedade e faça com que o agressor não se mantenha com mesma postura sem se sentir reprimido.

O quesito do quantum indenizatório deve ser avaliado com bastante cuidado, já que não existe meio mais eficiente para fixação do valor do dano do que o arbitramento judicial, que incumbe o juiz de fixar a quantia ideal para uma efetiva reparação, devendo sempre levar em consideração a sua prudência e bom senso ao analisar a repercussão do dano e a poderio econômico do ofensor. Após a Constituição Federal de 1988 não mais existe nenhum limite prefixado, nenhuma tabela a ser seguida, assim, o livre convencimento do juiz deve ser sempre eivado de bom senso, prudência e justiça social. De todo modo, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência são pacíficas no sentido de que a reparação de danos morais deve ser balizada por arbitramento judicial.

Para a justa estipulação do valor o juiz deve atentar-se à idéia de não fazer com que aquela compensação se torne em fonte de lucro, devendo esta compensação ser um valor suficiente para a reparação do dano, não podendo extrapolar os limites da efetiva reparação, dado que, se for superior, acarretará em um locupletamento sem causa, o que configuraria um novo dano. Por conseguinte, o principio da razoabilidade deve ser tomado como parâmetro para a fixação de todas as indenizações, assim sendo, o juiz sempre deverá ser proporcional, sensato, comedido. Diante disso, o juiz deve se balizar de acordo com o bom senso social. Desse modo, vale ressaltar que o juiz ao fixar o dano moral deve sentenciar em uma quantia proporcional à conduta ilícita causadora do dano, capacidade econômica do ofensor e condições sociais da vítima; e intensidade e duração do sofrimento experimentado pelo ofendido, são algumas particularidades que devem ser observadas, entre outros incidentes que os magistrados eventualmente venham à achar consideráveis.

2.3 A INDUSTRIALIZAÇÃO E A CONSEQUENTE BANALIZAÇÃO DO INSTITUTO

Nos dias atuais as varas cíveis de absolutamente todas as comarcas do Brasil, encontram-se em uma situação preocupante, já que em virtude da gigantesca

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

quantidade de demandas judiciais, a morosidade já é uma realidade intrínseca aos processos espalhados pelo Brasil. Em relação à isso, tem parcela de culpa tanto o Estado, que não tem fornecido um suporte satisfatório para o devido andamento dos processos, como também os demandantes de tais ações, que de forma indevida buscam no judiciário um enriquecimento sem causa, através de "aventuras processuais".

A cada dia que passa mais ações são propostas com o pedido de indenização por danos morais infundados e às vezes até absurdos, que acabam servindo apenas para congestionar ainda mais os nossos tribunais, acentuando cada vez mais a morosidade do desenrolar processual de demandas em todo o país.

Na contramão do acima discorrido, o Judiciário na tentativa de diminuir a progressão dessa suposta "industrialização", acabou por desprestigiar um pouco o instituto do dano moral ao jurisprudencialmente fixar de forma corriqueira o dano em valores mínimos, o que tem gerado uma "banalização das condenações por danos morais". A banalização do instituto do dano moral seria vulgarizá-lo, desprestigiá-lo.

O que muito se vê nas consultas à jurisprudência é um cuidado exacerbado do Judiciário no que diz respeito à fixação dos danos morais, provavelmente para que seja evitada condenações por danos morais com valores considerados altos e a consequente industrialização do instituto, que gera o enriquecimento ilícito do ofendido; cuidado exagerado este que, acaba por agir muitas vezes, em favor do poder econômico da parte ofensora, de modo que as grandes empresas em nada se sintam estimuladas a melhorar seus serviços e o trato com seus clientes, o que acaba sendo mais vantagem para as grandes empresas pagar as condenações do que melhorar os serviços. Isso sob um olhar frio, nada ético ou humano e sim, meramente empresarial que tem como foco sempre a perseguição do lucro.

Desse modo, o Judiciário deve buscar um equilíbrio no julgamento das ações com pedido de indenização por danos morais, de forma que as condenações não acabem estimulando a industrialização do dano moral, mas também não alimentem a impunidade dos ofensores com condenações com valores irrisórios ou banais, já que como já exposto, essas duas situações só impulsionam os problemas com os quais o Poder Judiciário há muito tempo já sofre, que é decorrente dessa quantidade absurdamente alta de processos e a consequente morosidade acarretada no desenrolar processual.

Essa busca pelo enriquecimento sem causa através do dano moral tem refletido diretamente nos Juizados Especiais Cíveis, afinal de contas, a grande parte

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

das ações de reparação é de "menor complexidade", mas mesmo tendo como principal objetivo a celeridade e a praticidade, os juizados especiais não tem conseguido resolver a lide de maneira tão célere, já que o numero de ações é gigantesco.

3 O COMPROMETIMENTO DA CELERIDADE JUDICIAL EM DECORRENCIA DA BANALIZAÇÃO DO DANO MORAL

Apesar de todas essas inegáveis conquistas sociais em relação ao acesso à justiça, a assistência judiciária, a criação dos Juizados Especiais e a consolidação e fortalecimento do instituto do dano moral; infelizmente essas conquistas acabaram por gerar uma busca incessante pelo Judiciário como um forma de auferir dinheiro fácil através de pedidos genéricos de indenização por danos morais. Mesmo sendo um instituto consolidado no ordenamento jurídico pátrio, e não encontrando-se mais nenhuma incerteza acerca da possibilidade de reparação financeira pelo dano moral, esse tema ainda gera bastante controvérsias no mundo jurídico. Conforme leciona com grande maestria Bernardo Castelo Branco[3]:

> Apesar dos abusos cometidos no âmbito da reparação dos danos morais, deve-se admitir que o instituto representa uma conquista da civilização, pois o direito, que sempre priorizou a proteção de interesses econômicos, passa a tutelar a pessoa sob ótica diversa, valorizando e protegendo aspectos que são comuns a todos os seres humanos, independentemente de sua raça, sexo ou condição social.

Com isso, Poder Judiciário cada vez mais tem sido criticado pela morosidade. Uma quantidade exorbitante de processos abarrotam as varas cíveis de todo o país, todavia, grande parte desses processos que estão em tramitação, se fundam em pedidos inconsistentes e às vezes até absurdos.

Assim, deve-se coibir a industrialização do dano moral, esmorecendo os pedidos incabíveis e absurdos de reparação, através da condenação dos demandantes em litigância de má-fé, bem como tendo-se o máximo de cuidado no momento do arbitramento das indenizações.

4 COMO SUPRIMIR A BANALIZAÇÃO DO INSTITUTO

4.1 MAIOR EMPREGO DA MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ POR PARTE DO JUDCIÁRIO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O Judiciário de modo geral, às vezes deixa de aplicar multas aos litigantes de má-fé, muitas vezes se vê de forma genérica nas sentenças que "a litigância de má-fé não restou claramente configurada" ou até por não ter danos comprovados à outra parte. Todavia essa é uma prática errônea que acaba desfavorecendo a lealdade e a cooperação entre as partes.

4.2 CONSCIENTIZAÇÃO SOCIAL

Antigamente o dano moral era algo acarretado da dor. Hoje, qualquer situação que ataque a dignidade do ser humano pode suscitar o dano. Esses pedidos de dano moral ao judiciário podem ser de diversas situações do cotidiano, graves ou não, encontram-se no judiciário. Abarrotando então o nosso sistema, muitas vezes, de ações incoerentes que poderiam ser resolvidas por outros meios, no qual geraria a tão famosa paz social que o Judiciário almeja atingir. A conscientização da sociedade, de modo geral, no que se refere ao amplo acesso à justiça e o conhecimento sobre o seu direito de litigar, acabou por abarrotar o Judiciário, por conta de a sociedade, buscar o judiciário para um tentar ganhar um "extra" que eventualmente possa vim a embolsar com essa aventura processual. Toda essa conscientização da sociedade com relação ao direito que por sinal é bem positiva, acabou causando uma problemática com relação à indenização por danos morais perante o Judiciário que passou a diminuir os valores das condenações para diminuir essa "corrida pelo ouro".

Ao mesmo tempo em que é importante a conscientização social perante todo o sistema jurídico é necessário também que os aplicadores se providenciem de meios para combater essa desmoralização jurídica com relação ao dano e não se desprestigie um pedido de indenização do dano moral no qual continua sendo muito relevante ao sistema do direito.

Postular judicialmente sem nenhum dispêndio financeiro é uma coisa ao alcance de todos e novamente destacamos que isso é algo a ser festejado em nosso país, sobretudo na seara dos Juizados Especiais, onde em determinados casos sequer é necessário o patrocínio processual por advogado. O problema é não há punibilidade pelas ações infundadas, o que acaba por incentivar o crescente e desenfreado número de ações.

4.3 CONSCIENTIZAÇÃO DOS ADVOGADOS

Em tópicos anteriores já foi tratado sobre o instituto da litigância de má-fé, instituto este que na tese desenvolvida nesse estudo, defende-se que deveria se haver uma maior aplicação desse instituto por parte dos magistrados. Agora passa-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

se a questionar a postura de uma parcela dos advogados que assim como os magistrados, também são aplicadores do direito.

Muito mais ético seria durante a consultoria se dar uma explicação ao cliente do que seria o instituto do dano moral e passar segurança de que é um profissional que atua da forma mais correta, transparente e leal possível.

Além de ser uma questão de ética, a recusa em patrocinar tais causas valorizaria também a classe dos advogados perante a sociedade como um todo, além de que diminuiria a quantidade de demandas com causas de pedir infrutíferas ou insubsistentes. A postura de um advogado ético só traz benefícios para ele próprio, para a classe e para a sociedade de modo geral.

5 CONCLUSÃO

Com tudo isso, tem-se que a principal conduta para desafogar o Judiciário e evitar a banalização do instituto do dano moral é incentivar a conscientização social e dos profissionais do Direito, além de aplicar multas por litigância de má-fé em caso de ações infudadas.

Só dessa forma o Direito poderá continuar a evoluir e o acesso à justiça será finalmente efetivado da forma devida.

REFERÊNCIAS:

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. 3. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

FILHO, Sergio Cavlieri. **Programa de responsabilidade civil, 6ª ed. revista e aumentada**, São Paulo: Malheiros, 2005.

FLORINDO, Valdir. **Dano Moral e o Direito do Trabalho**. 2ª ed. Ed. LTr.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Resumo de Obrigações e Contratos (Civis, Comerciais, Consumidor)**. 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Ed. Forense, 1976.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil: direito das obrigações, responsabilidade civil**. 2002.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil, Responsabilidade civil**, 9ª ed. Editora Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil, 9ª ed. revista de acordo com o novo CC**, São Paulo: Saraiva, 2005.

JUNIOR, Nelson Nery. **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 10352/01**. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2002

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 10ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2007.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso a Justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito **Civil (Responsabilidade Civil)**.

ZENUN, Augusto. **Dano moral e sua reparação**. 1998.

---

[1] GOMES, Orlando. Obrigações. Ed. Forense, 1976. p. 332.

[2]GONÇALVES, Carlos Alberto. Direito Civil, Responsabilidade civil, 9ª ed. Editora Saraiva, 2014. p. 407.

[3] BRANCO, Bernardo Castelo. Dano moral no direito de família. São Paulo:Método, 2006. p.51.

www.conteudojuridico.com.br

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E OS IMPACTOS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO ESTADO DO PARÁ: INSTRUMENTO DE COIBIÇÃO DE PRISÕES ILEGAIS E DESNECESSÁRIAS NO ÂMBITO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

ROBERTO CARLOS VERÍSSIMO CORREIA JUNIOR: Advogado. Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Ex¬-Estagiário do Ministério Público Federal da Paraíba. Ex¬-Extensionista universitário concursado no projeto intitulado "Assessoria Jurídica às Pessoas com Deficiência: um espaço de cidadania" do Centro de Referência em Direitos Humanos da Universidade Federal da Paraíba. Ex¬-Monitor concursado da disciplina de Prática de Direito Processual Penal do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba.

RESUMO: Este artigo busca perceber as consequências da implementação da audiência de custódia na inibição de prisões ilegais e desnecessárias no campo do processo penal brasileiro, tendo como objetivo analisar os impactos da audiência de custódia no sistema penitenciário do Estado do Pará, verificando sê-la um instrumento de coibição de prisões ilegais e desnecessárias. Quanto à metodologia deste artigo, executou-se uma pesquisa bibliográfica consistente na análise de obras já publicadas sobre a temática em estudo e, também, fez-se uma análise documental, utilizando-se uma abordagem quantitativa dos dados sobre a audiência de custódia no Estado do Pará. *Concluiu-se que a audiência de custódia é um instrumento eficaz para inibir prisões ilegais e desnecessárias na seara do direito processual penal brasileiro.*

Palavras-chaves: Direito processual penal brasileiro. Audiência de custódia. Sistema penitenciário do Estado do Pará. Prisões ilegais e desnecessárias.

ABSTRACT: This article seeks to perceive the consequences of the implementation of the custody hearing in the inhibition of illegal and unnecessary arrests in the field of Brazilian criminal proceedings, with the objective of analyzing the impacts of the custody hearing on the prison system of the State of Pará, verifying that it is an instrument of prohibition of illegal and unnecessary arrests. As for the methodology of this article, a bibliographic research was carried out consisting of the analysis of works already published on the theme under study and, also, a documentary analysis was carried out, using a quantitative approach to the data on the custody hearing in the State of Pará. It was concluded that the custody hearing is an effective

instrument to inhibit illegal and unnecessary arrests in the field of Brazilian criminal procedural law.

Keywords: Brazilian criminal procedural law. Custody hearing. Penitentiary system of the State of Pará. Illegal and unnecessary arrests.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. CONCEITO E PREVISÃO LEGAL. 2.1. CONCEITO. 2.2. PREVISÃO LEGAL. 2.2.1. PREVISÃO LEGAL NO ÂMBITO EXTERNO. 2.2.2. PREVISÃO LEGAL NO ÂMBITO INTERNO. 3. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE COIBIÇÃO DE PRISÕES ILEGAIS E DESNECESSÁRIAS. 3.1. IMPACTOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO PARÁ. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5. REFERÊNCIAS.

1.Introdução

O presente artigo tem como objetivo analisar os impactos da audiência de custódia no sistema penitenciário do Estado do Pará, observando-a enquanto instrumento de coibição de prisões ilegais e desnecessárias no âmbito do direito processual penal brasileiro.

Nessa conjuntura, algumas questões-problemas nortearam este trabalho, a saber: a) quais os impactos trazidos pela audiência de custódia no sistema penitenciário do Estado do Pará? Prisões ilegais e desnecessárias estão sendo evitadas no campo do direito processual penal brasileiro com a realização da audiência de custódia?

Dados oficiais do Conselho Nacional de Justiça do ano de 2014 demonstravam (CNJ, 2014, p. 08-16) que o Brasil possuía, aproximadamente, 715,6 mil presos, dentre os quais 41% eram provisórios, ou seja, aproximadamente 293 mil pessoas estão presas sem terem, entretanto, seus processos passados pelo trânsito em julgado. Essa realidade de encarceramento em massa que ocorre, comumente, em virtude da decretação de prisões desnecessárias e ilegais vem sendo transformada pela audiência de custódia.

Nesse contexto, a audiência de custódia, de acordo com o art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) visa a condução de toda pessoa presa (em flagrante ou preventivamente), sem demora, à presença de uma autoridade que detenha poderes judiciais, que deve analisar, nesse momento, a (i) legalidade e a (des) necessidade da prisão.

Nessa esteira, a audiência de custódia pode ser conceituada enquanto o ato em que o preso é conduzido, em um curto lapso, à presença de uma autoridade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que detenha poderes judicatórios, a fim de que esta possibilite que o preso exerça o seu direito de contraditório estabelecido entre os seguintes sujeitos, a saber: Ministério Público e defesa (PAIVA, 2015, p. 31).

Com a realização da audiência de custódia, a pessoa que tem a sua prisão efetuada é ouvida pelo magistrado. Em verdade, a partir do momento em que o preso tem contato com o juiz, a "fronteira do papel". A expressão em comento é relacionada à crítica que os autores Lopes Jr. e Paiva (2014, p. 13) fazem ao art. 306, parágrafo 1°, do Código de Processo Penal, o qual prevê o envio do auto de prisão em flagrante ao magistrado.

Assim, para tais autores, a tão somente remessa do ADF para o juiz não tem resultado, ou seja: é sem eficácia, na medida em que não há o encontro entre a pessoa detida com o juiz) é superada (LOPES JR; PAIVA, 2014, p. 13), na medida em que, além de enviar-se o auto de prisão em flagrante ao judiciário, ao preso também é dado o direito de falar, quer dizer, a pessoa presa irá expor ao juiz, com auxílio da sua defesa, que pode ser advogado ou defensor público, a depender do contexto, as razões que devem ser levadas em conta para ensejar a sua liberdade. Nesse sentido, o preso, com auxílio da defesa, por meio da oralidade, poderá contradizer os fatos levantados pelo Ministério Público, caso este entende que se faz necessária a manutenção da prisão.

Nessa conjuntura, o objetivo principal deste estudo é, portanto, analisar como a implementação da audiência de custódia impacta o sistema penitenciário do Estado do Pará, verificando-se que essa audiência traz meios para coibir-se prisões ilegais e desnecessárias na seara do direito processual penal brasileiro.

Para tanto, quanto à metodologia deste artigo, executou-se uma pesquisa bibliográfica consistente na análise de obras já publicadas sobre a temática em estudo e, também, fez-se uma análise documental, utilizando-se uma abordagem quantitativa dos dados sobre a audiência de custódia no Estado do Pará.

2.CONCEITO E PREVISÃO LEGAL

2.2 CONCEITO

A audiência de custódia pode ser conceituada enquanto o ato em que o preso é conduzido, em um curto lapso, à presença de uma autoridade que detenha poderes judicatórios, a fim de que esta possibilite que o preso exerça o seu direito de contraditório estabelecido entre os seguintes sujeitos, a saber: Ministério Público e defesa (PAIVA, 2015, p. 31).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O art. 4° da Resolução de n° 213, que dispôs sobre a audiência de custódia, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2015) fala que "A audiência de custódia será realizada na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante".

A audiência de custódia, conforme apontam Lopes Jr e Paiva (2014, p. 12), baseia-se no direito que toda pessoa presa tem de ser conduzida sem demora "[...] à presença de um juiz para que, nesta ocasião, (i) se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, (ii) para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão".

Assim, tem-se que a audiência de custódia consiste na apresentação, sem demora, de qualquer cidadão preso à presença de uma autoridade judicial, a fim de que o patrono do preso exerça o direito de defesa deste. Ademais, nessa oportunidade, a autoridade judicatória irá analisar se a prisão foi pautada na (i) legalidade e, por fim, o magistrado irá verificar a (des) necessidade da manutenção da prisão.

2.2 PREVISÃO LEGAL

2.2.1.PREVISÃO LEGAL NO ÂMBITO EXTERNO

A audiência de custódia encontra previsão legal, sobretudo, nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, dos quais o Brasil é signatário. Sendo assim, as principais normas externas que amparam a implementação e efetivação da audiência de custódia são a já citada CADH e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP).

Nesse contexto, tem-se que o art. 7.5 da CADH prevê que "Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais [...]" (OEA, 1969). Por sua vez, o art. 9.3 do PIDCP aduz que "[...] qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais [...]" (AGNU, 1966).

No que diz respeito à CADH, o Brasil aderiu à Convenção em 25/09/1992 (COMPARATO, 2008, p. 367), por meio do Decreto de n° 678, tendo esse tratado de direitos humanos status supralegal, consoante jurisprudência assentada no Supremo Tribunal Federal (STF) exarada no Recurso Extraordinário (RE) de n° 466.343-SP, que tivera como relator o Ministro Gilmar Mendes. Por ter caráter

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

supralegal, a Convenção Americana está abaixo da Constituição e acima das leis internas, apesar da existência de entendimento diverso, inclusive da própria corte.

Nesse caminhar, observa-se que a audiência de custódia, outrossim, tem a finalidade de adequar o ordenamento jurídico interno aos tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos. Ora, a ratificação de um tratado internacional sobre Direitos Humanos traz a obrigação para o Estado de cumpri-lo, não podendo ele se eximir de aplicar a legislação alienígena.

Ademais, conforme prevê o art. 5°, §1°, da Constituição Federal de 1988 (CF), os tratados de direitos humanos têm aplicação imediata. Nesse contexto, Piovesan (2000, p. 159) expõe que diante do princípio da aplicabilidade imediata "[...] das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, os tratados de direitos humanos, assim que ratificados, devem irradiar efeitos na ordem jurídica internacional e interna [...]".

Nessa conjuntura, reiterando, por meio do RE 466.343-SP, o STF decidiu que a CADH tem status supralegal, ou seja, ela se encontra abaixo da CF, porém prevalece sobre as demais leis internas. Diante disso, surgiu a necessidade da legislação doméstica sujeitar-se à denominada "dupla compatibilidade vertical material" (MAZZUOLI, 2011, p. 15), quer dizer, o ordenamento jurídico pátrio deve ser tanto compatível com a Constituição Federal como com os tratados internacionais em vigor no Brasil que tenham como objeto os direitos humanos.

Reforçando o que foi exposto acima, aduz Mazzuoli (2011, p. 177) que:

> Para que exista a vigência e a concomitante validade das leis, necessário será respeitar-se uma dupla compatibilidade vertical material, qual seja, a compatibilidade da lei (1) com a Constituição e os tratados de direitos humanos em vigor no pais e (2) com os demais instrumentos internacionais ratificados pelo Estado Brasileiro.

Portanto, pelo fato de o Brasil ter ratificado a CADH em 1992, ele está, inexoravelmente, obrigado a cumpri-la, pois, além da incidência do controle de constitucionalidades das leis, existe, atualmente, a ocorrência do controle de convencionalidade das leis, sendo esse controle representado pela harmonização do direito interno aos tratados internacionais de direitos humanos (MAZZUOLI, 2011, p. 132).

2.2.2. PREVISÃO LEGAL NO ÂMBITO INTERNO

Em âmbito interno, a audiência de custódia encontra alicerce na outrora citada Resolução de n° 213 de 15/12/2015 do CNJ que prevê a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas, nesse sentido, arremata o art. 1° da citada Resolução que (CNJ, 2015):

> [...] toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

3.AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE COIBIÇÃO DE PRISÕES ILEGAIS E DESNECESSÁRIAS

Ingressando na análise dos impactos da audiência de custódia no sistema penitenciário do Estado do Pará, enquanto um instrumento de coibição de prisões ilegais e desnecessárias no âmbito do direito processual penal brasileiro, tem-se que uma das principais finalidades da audiência de custódia é fomentar uma análise mais acurada a respeito da (des) necessidade e (i) legalidade da decretação da prisão, gerando, assim, um raciocínio jurídico bifronte pelo magistrado, na medida em que, como aduz Badaró (2015), a audiência de custódia:

> [...] não se destina apenas a controlar a legalidade do ato já realizado, mas também a valorar a necessidade e adequação da prisão cautelar, para o futuro. Há uma atividade retrospectiva, voltada para o passado, com vista a analisar a legalidade da prisão em flagrante, e outra, prospectiva, projetada para o futuro, com o escopo de apreciar a necessidade e adequação da manutenção da prisão, ou de sua substituição por medida alternativa à prisão ou, até mesmo, a simples revogação sem imposição de medida cautelar.

Nesse sentido, o magistrado levará em consideração se a prisão em flagrante preenche os requisitos ou não da conversão desta em preventiva. Ora, se a prisão em flagrante não está abarcada pelas hipóteses previstas no art. 312 do Código de Processo Penal, não razão – nem legalidade - de decretar-se a prisão preventiva.

De acordo com Lopes Jr. (2014, p. 605), os requisitos para decretação de toda prisão cautelar são dois, a saber: o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. O primeiro, segundo o autor, pode ser conceituado como a "[...] a fumaça da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

existência de um crime [...]", isto é, deve haver indícios suficientes de que o preso participou ou contribui para o crime.

Por sua vez, o segundo requisito (*periculum libertatis*), pode ser definido como "[...] o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo [...]" (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 607), nesse último caso, conforme o autor supracitado, é considerado como risco de fuga ou embaraço à normalidade do desenvolvimento do processo, a afronta à ordem pública, econômica, conveniência da instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

Além disso, o art. 312 do Código de Processo Penal brasileiro prevê que (BRASIL, 1941):

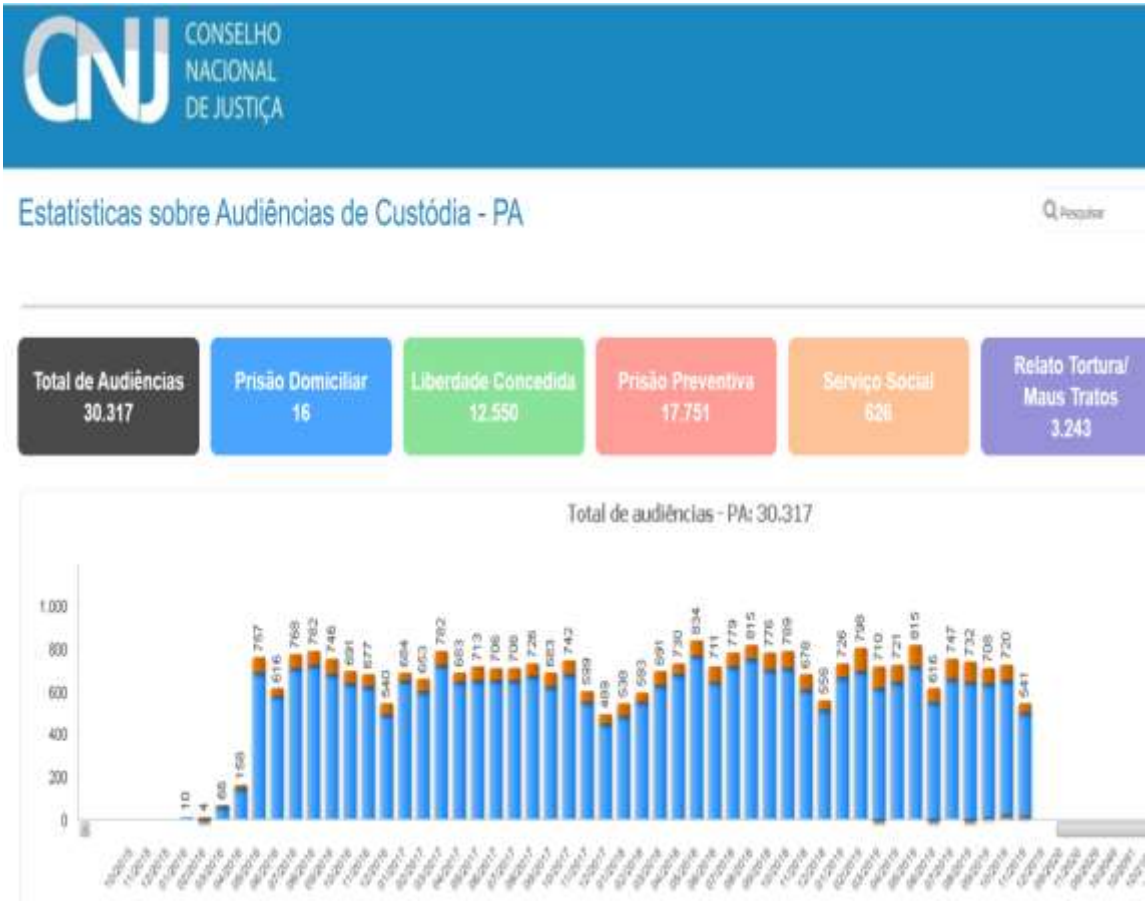
> A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Assim, recordando o que foi supracitado no início deste artigo em relação aos dados prisionais fornecidos pelo CNJ no ano de 2014, tem-se que, à época, 41% de todos os presos no país eram provisórios, isso demonstra que, embora a prisão preventiva seja a exceção no ordenamento jurídico pátrio, essa vem se tornando a regra, em virtude da banalização de prisões preventivas. Como expõe o Ministro Marco Aurélio (2015) que há de se admitir a premissa de que "[...] o acusado, até então simples acusado, deve responder ao processo-crime em liberdade, assim permanecendo sob os holofotes da persecução penal, o que não é pouco em termos de reputação perante a sociedade".

3.1.IMPACTOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO PARÁ

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Trazendo à baila os impactos da audiência de custódia no âmbito do sistema penitenciário do Estado do Pará no que concerne às prisões, quanto à (des) necessidade e (i) legalidade delas, verifica-se que do ano de 2015 até o dia 27 de novembro de 2019 foram realizadas 30.317 audiências de custódia, sendo que dessas audiências foram geradas 17.751 prisões preventivas, ao passo que foram concedidas 12.550 liberdades provisórias e 16 prisões domiciliares, conforme se depreende do gráfico abaixo fornecido pelo CNJ sobre a realização das audiências de custódia no Estado do Pará (Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shSISTAC. Acesso em: 27 de novembro de 2019):



Com efeito, observa-se o número vultoso de pessoas que tiveram as suas prisões analisadas com maior atenção, do ponto de vista da (des) necessidade e (i) legalidade, pois, juntando-se as prisões domiciliares e as liberdades provisórias concedidas, chega-se ao número de 12.566 pessoas que não adentraram no sistema penitenciário do Estado do Pará. Assim, é perceptível que o instrumento da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

audiência de custódia ocasionou um efeito inibidor nas prisões desnecessárias e ilegais.

Assim, é evidente que se a regra é a liberdade, cabe ao magistrado demonstrar o ônus da necessidade do contrário, fundamentando a determinação "[...] precoce de expedição de mandado de prisão, decorrência normal apenas do transito em julgado da decisão condenatória que não assegurar benefícios prisionais ao condenado" (SUANNES, 2004, p. 216). Nessa esteira de pensamento, a audiência de custódia tem, como falado, o propósito de metamorfosear essa cultura do encarceramento, a partir do momento em que o juiz exercer uma análise mais detida do juiz acerca da (des) necessidade e (i) legalidade da prisão.

Ademais, antes da audiência de custódia, não se tinha um prazo razoável para que o preso fosse ouvido pelo juiz, nessa esteira, o preso somente seria:

> [...] ouvido quando da instrução processual e, como regra, no final do procedimento, meses após a sua prisão. Nas situações de flagrante, o que é apresentado ao juiz é a documentação da prisão, mas não o detido. Com isso, se esboroa e fragiliza o contraditório. (...) O direito à audiência, de ser ouvido, é um desdobramento da ampla defesa (defesa pessoal) e do contraditório, na medida em que daria ao sujeito a possibilidade de expor as suas razões defensivas, possibilitando a concessão da liberdade provisória ou a substituição da prisão pelas cautelares alternativas. Com a apresentação imediata do deito, o Juiz poderia avaliar melhor a necessidade da prisão das demais medidas cautelares, cumprindo o determinado na CADH. (GIACOMOLLI, 2014, p. 364).

Além disso, percebe-se que a audiência de custódia veio para tornar mais "humano" o processo penal, tendo em vista que a pessoa detida tem a sua dignidade preservada, ao ser realizada tal audiência, contribuindo, assim, para o respeito a um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que é a Dignidade da Pessoa Humana, prevista no Art. 1°, III, da Constituição Federal de 1988, a qual é a qualidade inerente ao ser humano de ser "[...] merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais [...]" (SARLET, 2006, p. 60).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A banalização das prisões provisórias e cultura de encarceramento em massa fazem com que a situação degradante das prisões brasileiras continuem submersas em uma derrocada/degradação, tornando a situação prisional brasileira cada vez mais crítica.

A audiência de custódia em si não é a solução para todos os problemas encontrados nos presídios brasileiros, mas ela é uma "ponte" que leva para a garantia dos direitos assegurados tanto em âmbito nacional, pela Carta Magna de 1988, quanto em seara internacional, pelos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Apenas o envio do auto de prisão em flagrante ao magistrado, imposto pelo Código de Processo Penal (art. 306, §1°), não é suficiente para garantir a verificação da (des) necessidade e (i) legalidade da prisão. Assim, é necessário promover o encontro do preso com o magistrado, a fim de que aquele seja ouvido por este e aí ocorra uma análise mais acurada da situação que está sendo posta à autoridade judiciária.

São notórias, como demonstrado no decorrer deste artigo, as mudanças que irradiam da realização da audiência de custódia, já que esta vem evitando prisões desnecessárias e ilegais no sistema penitenciário como um todo, especialmente, no Estado do Pará, fazendo com que, destarte, a banalização das prisões cautelares sejam diminuídas.

Essa mudança jurídica (e cultural) realizada por meio da audiência de custódia no âmbito do sistema penitenciário do Estado do Pará fica evidente, quando são demonstrados os dados de pessoas que deixaram de ingressar no meio penitenciário por terem tido a oportunidade de participar da realização da audiência de custódia. Portanto, é perceptível que o instrumento da audiência de custódia ocasiona um efeito inibidor nas prisões desnecessárias e ilegais.

5. REFERÊNCIAS

AMERICANOS, Organização dos Estados. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)**. San José: Organização dos Estados Americanos. Disponível em http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm. Acesso em: 20/11/2019.

AURÉLIO MELLO, Marco. **Prende e solta: justiça não é sinônimo de justiçamento**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-mar-09/marco-aurelio-justica-nao-sinonimo-justicamento. Acesso em: 25/11/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Audiência de custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-set-09/gustavo-badaro-audiencia-custodia-rj-pontos-preocupantes. Acesso em: 24/11/2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas**. Resolução n. 213, de 15 de dezembro de 2015. Disponível em http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059. Acesso em: 20/11/2019.

_____. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Conselho Nacional de Justiça. Junho, 2014. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf. Acesso em: 19/11/2019.

GIACOMOLLI, Nereu José**. O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal**. Revista Liberdades. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. N° 17. Setembro/dezembro, 2014.

_____. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

NAÇÕES UNIDAS, Assembleia Geral das. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)**. Disponível em http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html. Acesso em: 19/11/2019.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Empório do Direito, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constiuição Federal de 1988**, 4° ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

AS DIFERENÇAS ENTRE A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E O ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA À LUZ DO CPC/15

ERICA IZABEL DA ROCHA COSTA: Bacharel em Direito pela Universidade Paulista – UNIP. Bacharel em Letras-Português pela Universidade de Brasília –UnB. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá. Foi escriturária do Banco do Brasil no período de 2010 a 2011. Foi técnica judiciária do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios em 2013. Foi analista processual do Ministério Público da União no período de 2013 a 2017, ocasião em que atuou como analista processual na Procuradoria Regional do Trabalho da 10ª Região – PRT/MPT. Atualmente, é membro da Advocacia-Geral da União - AGU, instituição na qual atua como Advogada da União.

Um assunto pouco destacado na prática forense é a diferença entre a litigância de má-fé e o ato atentatório à dignidade da justiça. São institutos que tem sim certa relação, mas que não se confundem.

No presente artigo, pretende-se analisar em detalhes a litigância de má-fé e o ato atentatório à dignidade da justiça, ressaltando as suas diferenças, à luz do CPC/15, que tratou de forma detalhada esses institutos.

Ato atentatório à dignidade da justiça

Para falarmos de ato atentatório à dignidade da justiça, é importante contextualizar o assunto. No âmbito da relação jurídica processual, as partes devem se comportar de forma cooperativa, proba, respeitando-se a boa-fé objetiva no âmbito da relação processual, até a efetiva resolução do conflito.

Para tanto, o art. 77 do Código de Processo Civil – CPC/15 fixou alguns deveres que devem ser aplicados às partes, aos procuradores e a todos aqueles que, de algum modo, participam do processo.

Leia, atentamente, o art. 77 do CPC/15:

"***CPC/15***

> Art. 77. Além de outros previstos neste Código, **são deveres** das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:
>
> I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;
>
> II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;
>
> III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;
>
> **IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;**
>
> V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;
>
> **VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.**

Em resumo, consoante o art. 77 do CPC/15, as partes têm 3 (três) deveres básicos: dever de probidade, dever de veracidade e dever de lealdade e de boa-fé.

E se a parte não cumprir esses deveres, qual a penalidade? É a partir desse ponto que vamos abordar um dos temas do presente artigo, que é o ato atentatório à dignidade da justiça, pois a violação aos deveres acima pode caracterizar o ato atentatório à dignidade da justiça.

Primeiramente, o juiz deve advertir de que o *não cumprimento das decisões jurisdicionais*, *a criação de embaraços à efetivação do processo* (inciso IV do art. 77 do CPC/15) ou a *inovação ilegal no estado de fato ou de bem litigioso* (inciso VI do art. 77 do CPC/15) - são condutas que podem ser punidas como **ato atentatório à dignidade da justiça**. É o que prevê o §1º do art. 77 do CPC:

> "***CPC/15***
>
> Art. 77. Além de outros previstos neste Código, **são deveres** das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

(...)

§ 1º Nas hipóteses dos **incisos IV e VI,** o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

Se mesmo advertida, a parte violar o disposto nos incisos IV e VI acima citados, o juiz deve aplicar multa de **até 20% do valor da causa** *(veja que o valor da multa pode ser de qualquer percentual, só não pode ser maior que 20% do valor da causa).* Quando o **valor da causa for irrisório ou inestimável**, a multa em razão da prática de ato atentatório à dignidade da justiça poderá ser fixada em até **10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo**.

Essa multa deve levar em consideração a gravidade da conduta e ela é aplicada sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, conforme previsão do §2º do art. 77 do CPC/15, observe:

"***CPC/15***

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, **são deveres** das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

(...)

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta."

Para a aplicação dessa multa, não importa se a parte é vencedora ou devedora da demanda. Se ela violou ao disposto nos incisos IV e VI do art. 77 do CPC/15, tal violação caracteriza o ato atentatório à dignidade da justiça e ela deve ser penalizada com a aplicação da multa. O representante judicial (advogado) da parte multada, não pode ser compelido a cumprir a decisão em seu lugar (§8º do art. 77 do CPC/15), pois o advogado apenas representa a parte e a multa é aplicada por uma conduta da parte.

Outra ressalva muito importante que o CPC/15 trouxe de forma expressa: essa multa não se aplica aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público, devendo eventual responsabilidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

disciplinar desses agentes ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.

Prosseguindo. Se a multa não for paga no prazo fixado pelo juiz, tal multa será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos de modernização do Poder Judiciário, previsto no art. 97 do CPC/15.

Aqui um outro ponto muito importante: a multa decorrente do ato atentatório à dignidade da justiça não é revertida para a parte contrária e sim destinada ao Estado, que o direciona ao fundo de modernização do Poder Judiciário previsto no art. 97 do CPC/15.

Ainda sobre o assunto, esclarece o §4º do art. 77 do CPC/15 que poderá haver a cumulação de outras sanções (criminais, civis e processuais), bem como a cumulação com outras multas, como aquela prevista no art. 523, §1º do CPC/15 (*multa punitiva pelo não cumprimento espontâneo da sentença no prazo de 15 dias*) e a multa do art. 536, §1º do CPC/15 (*multa coercitiva quando a sentença não tiver um valor pecuniário, mas determinar alguma obrigação de fazer ou não-fazer*).

Por fim, temos que, constatada a prática de ato atentatório à dignidade da justiça, além da imposição da multa, o juiz poderá adotar duas providências, conforme o §7º do CPC/15: i) determinar o restabelecimento do estado anterior do processo e ii) proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado.

Litigância de má-fé

Além dos deveres, as partes possuem responsabilidades no processo. Os arts 79 e 80 do CPC/15 dispõe sobre as responsabilidades das partes por dano processual. E o que é o dano processual? O dano processual é aquele resultante da litigância de má-fé.

Nesse contexto, preconiza o art. 79 do CPC/15 que responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente. E quais são as condutas que caracterizam a litigância de má-fé? A resposta está no art. 80 do CPC/15, o qual aduz que se considera litigante de má-fé aquele que:

> "***CPC/15***
>
> Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
>
> II - alterar a verdade dos fatos;
>
> III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
>
> IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
>
> V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
>
> VI - provocar incidente manifestamente infundado;
>
> VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório."

Esse rol constante no art. 80 do CPC/15 é exemplificativo, pois ao longo do CPC/15 há outras hipóteses de litigância de má-fé, como a prevista no art. 142 do CPC/15.

Pois bem. Havendo **litigância de má-fé**, o juiz ou tribunal, de ofício a requerimento, condenará o **litigante em multa de 1 a 10 % do valor da causa** corrigida, sem prejuízo da indenização à parte contrária dos prejuízos que está sofreu somada a todas as despesas (custas e honorários). Se o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em **até 10 vezes o valor do salário mínimo.**

Essa indenização será arbitrada pelo juiz e, não sendo possível fixá-la, se procederá a liquidação (arbitramento ou procedimento comum) nos mesmos autos. Caso haja mais um litigante de má-fé, o juiz proporcionalmente condenará cada um de acordo com seu interesse na causa e solidariamente aqueles que agiram em conluio para lesar a parte adversa.

Conclusão

Feita essa explanação, observa-se, com clareza, que a litigância de má-fé e o ato atentatório à dignidade da justiça não se confundem.

A diferença fundamental é que, no caso do ato atentatório à dignidade da justiça, o dano é causado ao poder judiciário e a multa é revertida para o fundo de modernização do poder judiciário. De outro lado, na litigância de má-fé, o dano é causado a parte contrária e a multa é revertida em favor da parte que sofreu o dano.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: Acesso em: 10 Junho 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Novo Código de Processo Civil de 2015 - Comparativo com o Código de 1973**. Salvador: Juspodivm, 2016.

GOUVEIA, Lúcio Grassi. **A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no Processo Civil Brasileiro**. Revista de Processo, n. 172.

MACEDO, Rommel. **Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **CPC Comentado**. 3ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973.** 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PROPOSTA DE REGRAMENTO PARA O ACESSO À CONTA DE CORREIO ELETRÔNICO (E-MAIL) COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

CARIEL BEZERRA PATRIOTA: Graduado em Direito pela UFPE. Pós-graduação em Processo Penal pela Universidade de Coimbra em parceria com o IBCCRIM; Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Única.

RESUMO: Diante da constante e imprevisível evolução das comunicações eletrônicas realizadas através da internet, surge a questão se o correio eletrônico deve ser equiparado à correspondência postal ou, diferentemente, deve ser equiparado às comunicações efectuadas por telefone ou, ainda, a dados armazenados em mídias físicas informatizadas ou em servidor remoto. O deslinde da questão é essencial para saber qual o regime jurídico-processual penal aplicável às comunicações eletrônicas, nomeadamente as levadas a cabo por correio eletrônico. Como inexiste regulamento específico quanto a esse método de obtenção de prova no ordenamento jurídico pátrio, propõe-se um modelo de regramento, autorizado pela ausência de proibição de produção de provas atípicas, do acesso ao correio eletrônico a partir da integração dos institutos da busca e apreensão e da interceptação e quebra de sigilo de dados, comunicações e correspondências de telemática.

Palavras-chave: direito processual penal, regramento, busca e apreensão, interceptação, quebra de sigilo, dados, telemática, correspondência, inviolabilidade, vida privada, intimidade, correio eletrônico, e-mail, prova digital, prova atípica, prova inominada, meio de obtenção de prova, método oculto, técnica especial de investigação, Lei 9.296/1996, Código de Processo Penal de Portugal, Código de Processo Penal (arts. 240, 243).

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ACESSO AO CORREIO ELETRÔNICO: BUSCA E APREENSÃO OU INTERCEPTAÇÃO? UM NOVO MÉTODO DE OBTENÇÃO DE PROVA ATÍPICO OU INOMINADO. 3. DA INTEGRAÇÃO (COMBINAÇÃO) DOS REQUISITOS DA BUSCA E APREENSÃO E DA INTERCEPTAÇÃO E QUEBRA DE SIGILO DE DADOS E COMUNICAÇÕES DE TELEMÁTICA PARA O ACESSO À CONTA DE CORREIO ELETRÔNICO. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagrou a garantia fundamental ao sigilo das comunicações (artigo 5°, XII) como corolário lógico ao direito individual à privacidade e à intimidade (artigo 5°, X). Apesar de lhe conferir inviolabilidade, o próprio texto constitucional ressalva a possibilidade de relativização ao segredo das conversas pessoais, desde que "por **ordem judicial**, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal" (artigo 5°, XII, da CF).

Nessa senda, o sigilo das comunicações na internet ainda é protegido, especificamente, pelo Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), que estabeleceu, como valor fundamental, entre outros, a inviolabilidade e o sigilo da intimidade e da vida privada, do fluxo de suas comunicações pela internet e de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial e na forma da lei (art. 7º, I, II e III). Neste contexto se encaixa o uso e acesso à conta de correio eletrônico (e-mail).

Diante da constante e imprevisível evolução das comunicações eletrônicas realizadas através da internet, a doutrina, tanto nacional quanto portuguesa, questiona se "o correio eletrônico deve ser equiparado à correspondência postal ou, diferentemente, deve ser equiparado às comunicações efectuadas por telefone" [1] ou, ainda, a dados armazenados em mídias físicas informatizadas[2] ou em servidor remoto[3]. O deslinde da questão é essencial "**para sabermos qual o regime jurídico-processual penal a aplicar às comunicações eletrônicas**, nomeadamente as levadas a cabo por correio eletrônico, [e por isso] urge delimitar a verdadeira natureza das comunicações eletrônicas" [4].

Essa dúvida quanto ao regime jurídico a aplicar decorre do fato de o correio eletrônico permitir não só a comunicação escrita, como a oral, em tempo real, como também por registrar por tempo indeterminado, muitas vezes, todas essas trocas de informações e correspondências entre os indivíduos. Em face dessa complexidade, diversos autores[5] defendem a necessidade da criação de um regime específico para as comunicações eletrônicas, especialmente diante da atual possibilidade de acesso à conta de correio eletrônico, permitindo-se a visualização tanto das comunicações instantâneas, como das registradas e ocorridas há muito tempo – antes mesmo da autorização e efetivação da medida.

2. ACESSO AO CORREIO ELETRÔNICO: BUSCA E APREENSÃO OU INTERCEPTAÇÃO? UM NOVO MÉTODO DE OBTENÇÃO DE PROVA ATÍPICO OU INOMINADO.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em uma primeira e rápida análise, pode-se entender que, como o art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.296/1996 prever a sua aplicação à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e de telemática, seria essa lei a aplicável ao acesso ao correio eletrônico. Todavia, cumpre esclarecer que o verbo **interceptar** tem por sentido "*interromper o curso de; captar ou apreender*" [6], isto é, "*interromper no seu curso, reter ou deter o que era destinado a outrem*" [7].

Nessa toada, Luiz Flávio Gomes entende que, no que se refere ao art. 10 da Lei nº 9.296/1996, a palavra interceptar tem o significado de "*captar a comunicação telefônica, tomar conhecimento, ter contato com o conteúdo dessa comunicação enquanto ela está acontecendo*" [8]. Por sua vez, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho também dão esse mesmo sentido à referida palavra:

> *(...) O que importa salientar, dado o diverso tratamento conferido às interceptações (telefônicas ou ambientais), é que a configuração destas exige sempre a intervenção de um terceiro), ocorrendo a escuta e/ou gravação enquanto a conversa se desenvolve; até porque,* ***etimologicamente (de*** inter capio***), interceptar quer dizer colher durante a passagem a conversa dos outros****. (grifo nosso)*

Logo, o acesso à conta de e-mail não se trata, em exame perfunctório, exclusivamente de interceptação de conversas telemáticas.

Diante dessa controvérsia, por exemplo, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Rogério Schietti Cruz entendeu que o acesso à conta de correio eletrônico "(...) **cuida-se de quebra de sigilo** de comunicações telemáticas, **mas não de interceptação**, porque a sua **captação não era atual** – afinal, elas **não** foram colhidas durante o seu percurso –, e, sim, referente a **arquivos das mensagens existentes**"[9]. Desse modo, essa "medida implementada judicialmente [...] **muito mais se aproxima**, **na sua essência**, à **busca e apreensão** de documentos virtualmente armazenados em provedor de internet, devendo, pois, regular-se pelo disposto no art. 240 [, §1º, f] do Código de Processo Penal" [10].

Nesse mesmo sentido se assemelham as posições de Diego Fajardo Maranha Leão de Souza[11], de Helena Regina Lobo da Costa e Marcel Leonardi[12] e de Luiz Augusto Sartori de Castro[13]. Em contraposição, interpretando o art. 189º do Código de Processo Penal de Portugal [14], Fernando Gonçalves e Manuel Alves pontuam que regime jurídico aplicável ao acesso ao correio eletrônico é o das escutas (interceptações) telefônicas[15].

Por sua vez, a Convenção de Budapeste[16] (ou Convenção sobre o Cibercrime), da qual o Brasil ainda não é signatário, trata separada e especificamente da busca e apreensão de dados informáticos armazenados (artigo 19º) e intercepção (interceptação) de dados relativos ao conteúdo (artigo 21º). Ao dissertar sobre a tecnologia necessária e os regramentos jurídicos para a concretização da busca a apreensão digital, Diego Souza pontua:

> *(...) Sob o aspecto jurídico, verifica-se que no velho continente já existe uma* Convenção sobre o Cibercrime*, aprovada em Budapeste, em 23.11.2001, prevendo expressamente a* ***busca e apreensão de dados informáticos armazenados em sistemas ou, alternativamente, do suporte físico que os contenha****. Além disso, prevê-se* ***a possibilidade de recolhimento em tempo real dos dados relativos ao tráfego virtual****, o que permite superação de óbices de Direito Internacional, já que a interceptação ocorreria na rede de telecomunicações do país investigante e asseguraria o material probatório que poderia ser ocultado em servidores remotos[17]. (grifo nosso)*

Ante o exposto, a autorização judicial para acessar a conta de correio eletrônico e colher os meios de prova (e-mails e seus anexos ali contidos) assemelha-se, ao mesmo tempo, à medida de busca e apreensão de dados (e correspondências) de telemática – a partir também de uma autorização de quebra de sigilo de dados – e à interceptação de comunicações, correspondências e dados de telemática, uma vez que se captam as conversas realizadas em tempo real e os registros antigos ali armazenados.

Logo, diante da ausência de definição do regime jurídico aplicável ao acesso ao correio eletrônico, é indubitável que este se trata de um **novo meio de obtenção de prova**[18] no processo penal brasileiro, ou atípico ou inominado. Nesse diapasão, ainda que não seja regulamentado por lei específica, insta frisar que a utilização desse meio de obtenção de prova não é vedada, posto que as provas obtidas a partir dele são de extrema relevância para a persecução penal contemporânea e o **nosso regime jurídico não veda a produção (nem utilização de meios de obtenção) de provas atípicas**.

As provas atípicas ou inominadas, apesar de não terem sido cogitadas expressamente pelo legislador no processo penal, não foram expressa ou tacitamente vedadas, segundo Antônio Magalhães Filho[19]. Isso porque a prova visa à "demonstração da verdade ou falsidade de um enunciado factual"[20], uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

vez que "provar um fato não é mais que uma elipse, uma forma de dizer provar a hipótese de que os fatos tenham se sucedido"[21] de determinada maneira.

Outrossim, Gustavo Badaró pontua que "há consenso de que também não vigora no campo penal um sistema rígido de taxatividade dos meios de prova, sendo admitida a produção de provas não disciplinadas em lei, desde que obedecidas determinadas restrições"[22]. Nessa senda, Aury Lopes Jr. pontua que "podem ser admitidos outros meios de prova não previstos no Código de Processo Penal [...] com todo o cuidado necessário para não violar os limites constitucionais e processuais da prova, sob pena de ilicitude ou ilegitimidade dessa prova"[23].

Segundo Franco Cordero[24], todas as provas que não forem vedadas são admissíveis[25], em razão de que todo signo útil ao juízo histórico deve ser admitido, desde que a sua aquisição (através do meio de obtenção de prova) não viole proibições explícitas ou decorrentes do sistema de garantias.

Assim, pode-se classificar ao cesso ao correio eletrônico, para a aquisição de provas (comunicações, correspondências, dados telemáticos etc., desde que contidos na conta de e-mail), como um meio de obtenção de provas atípico ou inominado, em referência à nomenclatura das provas atípicas ou inominadas. Outrossim, importante destacar que esse acesso, seja através da interceptação e quebra de dados de telemática ou da busca e apreensão digital, trata-se de uma técnica especial de investigação ou método oculto de investigação[26], posto que realizado à revelia e sem conhecimento do investigado.

Como essa prática viola "o âmbito essencial de configuração da vida privada e a legalidade penal não se desenvolve na mesma velocidade para estipular critérios e definir mecanismos que protejam este âmbito essencial contra as intrusões repudiadas constitucionalmente"[27], é imperioso o estabelecimento de um regramento – diante da ausência de lei específica – para a autorização judicial de acesso ao correio eletrônico a partir dos dispositivos normativos já existentes na atual legislação, para evitar o denominado efeito hidra[28].

Sendo assim, o presente trabalho visa a apresentar uma proposta de regramento a partir da integração dos institutos da busca e apreensão, da quebra de sigilo e da interceptação de dados, comunicações e correspondências de telemática, de modo a estabelecer que a decisão judicial que autoriza o acesso à conta de correio eletrônico deverá indicar o preenchimento, cumulativamente, dos requisitos contidos nos arts. 240 a 245 do Código de Processo Penal e da Lei nº 9.296/1996.

Isso porque, como é indubitável que o acesso à conta de correio eletrônico no processo penal consiste em restrição de direitos fundamentais – intimidade, vida privada, sigilo de dados, comunicações e correspondências (art. 5º, X e XII, da CF) – , a autorização (decisão) judicial para a execução desse método de obtenção de prova somente pode ocorrer dentro da estrita legalidade, com o atendimento a todos os requisitos para a busca e apreensão e a interceptação e quebra de sigilo dos dados de telemática. Nas palavras de Cleunice Valentim Bastos Pitombo:

> *[...] Sob o enfoque constitucional e no curso da persecução penal, só pode ocorrer a restrição a direitos fundamentais dentro da estrita legalidade. A hipótese de restrição há que estar prevista em lei ordinária; ter fins legítimos, evidenciar interesse social concreto, prevalecendo sobre o individual; ser proporcional ao fim almejado; ajustar-se, em sua concretude à finalidade perquirida. Devem ser considerados, também, os concretos meios, colocados à disposição da Justiça Pública, para se atingir o fim desejado sem restringir direito assegurado na Lei Maior. É inaceitável, portanto, redução de direitos fundamentais, sem que se mostrem presentes todos os requisitos, acima enumerados. Faltante, apenas, um deles, arbitrária torna-se a limitação. [...] A aferição dos aludidos requisitos compete, exclusivamente, ao Poder Judiciário. [29]*

Portanto, passar-se-á à análise da correlação e aplicação ao acesso à conta de e-mail dos institutos da busca e apreensão e da interceptação e da quebra de sigilo quanto aos dados, comunicações e correspondência de telemática.

3. DA INTEGRAÇÃO (COMBINAÇÃO) DOS REQUISITOS DA BUSCA E APREENSÃO E DA INTERCEPTAÇÃO E QUEBRA DE SIGILO DE DADOS E COMUNICAÇÕES DE TELEMÁTICA PARA O ACESSO À CONTA DE CORREIO ELETRÔNICO.

Inicialmente, deve-se distinguir a busca da apreensão deste modo, conforme a lição de Cleunice Valentim Bastos Pitombo[30]. A busca é, na verdade, o próprio meio de obtenção da prova – que visa encontrar pessoas ou coisas – e a apreensão, por sua vez, trata-se de providência cautelar para garantir a preservação do meio de prova (documentos, correspondências, objetos etc.) obtido através do método da busca .

Como é cediço, os direitos fundamentais à inviolabilidade do domicílio, da intimidade, da vida privada e do sigilo de dados, comunicações e correspondências só comportam restrição por determinação judicial, nos limites e casos previstos em lei (art. 5º, X, XI, e XII, da CF). Não é por outra razão que a busca só será lícita quando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

autorizada por decisão judicial que fundamente a necessidade da referida medida cautelar (art. 240, §1º, do CPP c/c arts. 5º, XI, e 93, IX, da CF).

Deste modo, para a aplicação do instituto da busca e apreensão ao correio eletrônico, deve-se estender a cláusula constitucional de proteção à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, CF) ao endereço eletrônico referente à conta de e-mail do investigado. Isso porque, apesar de ser um espaço virtual não habitado fisicamente pela pessoa, nele, sem dúvida alguma, desenvolve-se no correio eletrônico toda uma série de condutas e procedimentos característicos da vida privada familiar e profissional.

Sendo assim, para efeitos deste trabalho científico, estender-se-á o conceito de domicílio[31], para além do simples espaço físico de habitação, de modo a abarcar a projeção espacial – seja ela física ou virtual – da pessoa, enquanto instrumento necessário de uma completa manifestação da liberdade individual.

Assim, não é despiciendo afirmar que "dada à natureza de providência cautelar - busca e apreensão -, exigem-se para sua perfeita efetivação os requisitos do periculum in mora e do fumus boni iuris". Isso porque "**a busca é justificada pela urgência na sua perpetração**, pois quase sempre a motiva o risco de se perderem vestígios do crime, relevantes para a demonstração do corpo de delito ou outros elementos probatórios relevantes, os quais poderão desaparecer antes de serem apreendidos" [32].

É de se destacar que, além da judicialidade e motivação (presença do *periculum in mora* e *fumus boni iuris ou fumus commissi delicti**[33]***), **são requisitos intrínsecos da decisão - que decreta a medida cautelar - a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito**[34]**.**

Nessa toada, segundo o magistério de Gilmar Mendes, "em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o **princípio da proporcionalidade**"[35]. Desta feita, tem-se que uma das restrições impostas por este princípio é justamente a **necessidade** da utilização da medida restritiva, que se exprime na seguinte fórmula: "**o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa**"[36]. Nesse sentido já se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *Como já afirmei noutro caso, em que se impugnava ato da mesma Comissão (MS n° 25.812, DJ de 232/02/06),* ***quatro são os requisitos que devem estar presentes, de forma concomitante, para que se autorize a medida excepcional****, quais sejam: (a)* ***motivação*** *do ato impugnado; (b)* ***pertinência*** *temática com o que se investiga; (c)* ***necessidade absoluta da medida****, no sentido de que o resultado por apurar não possa advir de nenhum outro meio ou fonte lícita de prova, e (d)* ***limitação temporal*** *do objeto da medida. (MS 25.966 - MC, Min. CEZAR PELUSO, DJ 22.05.2006, grifamos)*
>
> *A primeira é que se exigem, ao lado dos requisitos da* motivação *(a) e da* pertinência temática *com o que se investiga (b), outros de não menor peso. Um deles é a* necessidade absoluta *da medida (c), no sentido de que o resultado por apurar não possa advir de nenhum outro meio ou fonte lícita de prova. Esta exigência é de justificação meridiana, suscetível de ser entendida por toda a gente, pela razão óbvia de que não se pode sacrificar direito fundamental tutelado pela Constituição - o direito à intimidade mediante uso da medida drástica e extrema da quebra de sigilos, quando a existência do fato ou fatos sob investigação pode ser lograda com recurso aos meios ordinários de prova. Restrições absolutas a direito constitucional só se justificam em situações de absoluta excepcionalidade. (STF, MS 25.812-MC, Min. CEZAR PELUSO, DJ 23.02.2006, grifamos)*

Além desses requisitos, é preciso pontuar que, além de se precisar o exato endereço de correio eletrônico alvo da medida de busca (art. 243, I, do CPP), aplique-se a exigência – relativa ao mandado – do art. 243, II, do CPP à decisão judicial, para que, quando autorizar o acesso à conta eletrônica de e-mail, deva mencionar o motivo e os fins da diligência. Ou seja, como menciona Nucci, "deverá o mandado [decisão] indicar o objetivo a ser alcançado"[37] não se admitindo ordens de cunho genérico. Isso porque, segundo Pacelli e Fischer, "é da finalidade [decisão] do mandado que se deduzirá a extensão do cumprimento do mandado"[38].

Nesse sentido, pontua Cleunice Pitombo que, para a observância dos requisitos do mandado de busca, "pode-se, inclusive, afirmar que, em certa medida, são aplicáveis algumas das questões do injusto: quem (*quis*); que meios (*quibus auxiliis*); que malefício (quid); que motivos (cur); por que maneira (*quomodo*); em que lugar (ubi); em que tempo (quando)?"[39]. Outrossim, Gustavo Badaró leciona que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *[...] O inc. II se refere aos motivos, isto é, à razão que levou ao deferimento da medida, em especial o crime que é objeto da investigação e sua relação com o local ou com a pessoa que sofrerão a busca. Trata-se, pois, do motivo da diligência. Por outro lado, os fins da diligência dizem respeito à identificação da pessoa ou coisa a ser buscada, delimitando com precisão o objeto da busca e, com isso, evitando abusos ou devassas desnecessárias e exorbitantes.[40].*

Desse modo, o acesso ao correio eletrônico, a partir do método de busca e apreensão, deve encontrar fundamento no art. 240, §1º, *f* e *h*, e §2º, do Código de Processo Penal:

> *Art. 240.* ***A busca será domiciliar ou pessoal****.*
>
> *§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando* ***fundadas razões*** *a autorizarem, para:*
>
> *(...)*
>
> ***f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;***
>
> *(...)*
>
> *h) colher qualquer* ***elemento de convicção****.*
>
> *§ 2º* ***Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte*** *consigo arma proibida ou* ***objetos mencionados nas letras*** b ***a*** f ***e letra*** h ***do parágrafo anterior****. (griso nosso)*

Assim, as mensagens e dados contidos na conta de e-mail podem ser equiparadas às cartas, posto que estas gozam da inviolabilidade das correspondências, por se configurarem como elemento de convicção na busca pelos meios de prova. Todavia, a própria alínea *f* estabelece mais um limitador ao deferimento da busca: *suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo* (da mensagem ou arquivo ou dado contido no correio eletrônico) *possa ser útil à elucidação do fato*.

Em outras palavras, exige-se um juízo de probabilidade de que o conteúdo (dados, comunicações e correspondências) das mensagens existentes no correio eletrônico

a que se almeja ter acesso possa, de fato e a partir de elementos probatórios pré-existentes, elucidar o fato, isto é, constituir elemento de convicção.

Tal preceito se alinha à exigência da *probable cause* no direito norte americano para a efetivação de busca e apreensão[41]. Nesse sentido, a jurisprudência norte-americana se consolidou no sentido que a autorização judicial de busca e apreensão domiciliar deve estar impreterivelmente amparada em causa provável (*probable cause*), a partir da materialização de elementos de convicção substanciais pré-existentes à medida que apontem, cumulativamente: a relação entre o objeto que se pretende apreender e os fatos criminosos em apuração, bem como a probabilidade desse objeto ser encontrado no local da diligência[42].

Nessa toada, a doutrina norte-americana equipara a cópia eletrônica de dados obtida através de busca a servidores físicos ou na nuvem a uma apreensão, na medida em que a apreensão "congelaria" os fatos como se mantivesse intacta a cena do crime, permitindo um melhor controle das provas[43]. Consequentemente, sobre a apreensão, através de cópias, dos dados, comunicações e correspondências de telemática incide a mesma proteção constitucional e legal prevista para a apreensão física de computadores, exigindo-se sempre mandado judicial específico para sua obtenção, a partir dos mesmos requisitos, posto que os *dados* – e não o *hardware* – são, na verdade, o elemento chave para o processo[44].

Orin Kerr ainda alerta para o fato de que, no ambiente digital, os dados podem estar em qualquer lugar e de inexistir limites de número, tamanho, ou localização de contas, serviços, ou dados vinculados a uma pessoa ou empresa que possam conter as provas buscadas pela autoridade investigativa. Por isso, destaca a imperiosidade de enorme cautela na busca e apreensão digital, devendo, pois, as ordens judiciais serem extremamente específicas a ponto de destacar quais dados devem ser buscados e de que maneira devem ser apreendidos, sob pena de exclusão das provas obtidas sem a devida observância desses requisitos.[45]

Em comparação, observe-se o art. 179º do Código de Processo Penal de Portugal ao versar sobre os requisitos cumulativos[46] para a apreensão de correspondências:

> *Artigo 179.º*
>
> ***Apreensão de correspondência***
>
> *1 - **Sob pena de nulidade**, o juiz pode autorizar ou ordenar, por despacho, a apreensão, mesmo nas estações de correios e de telecomunicações, de cartas, encomendas, valores, telegramas ou*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

*qualquer outra correspondência, **quando tiver fundadas razões para crer que**:*

***a) A correspondência foi expedida pelo suspeito ou lhe é dirigida**, mesmo que sob nome diverso ou através de pessoa diversa;*

*b) Está em causa **crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos**; e*

*c) **A diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova**.*

(grifo nosso)

Assim, "deve [-se] entender que a apreensão e abertura da correspondência [mensagens de e-mails contidas no correio eletrônico] é o único meio para descobrir a existência do crime e os seus elementos constitutivos ou, no mínimo, porque se trata do meio de obtenção de prova menos lesivo e invasivo dos direitos fundamentais envolvidos. Por outro lado, é inerente à idéia (*sic*) de necessidade o facto de só esse meio dar garantias de se atingir o desiderato último da investigação criminal"[47].

Após a exaustão dos requisitos ora esposados para o deferimento da busca e apreensão em correio eletrônico, importar integrar à decisão judicial os pressupostos autorizadores da medida de interceptação e de quebra de sigilo de dados de comunicações de telemática.

Após o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/1996[48] estabelecer que este diploma legal se aplica à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática – de maneira semelhante à mencionada previsão do art. 189º do Código de Processo Penal de Portugal –, o artigo 2º dessa mesma lei estabeleceu os seguintes pressupostos para a decretação da interceptação telefônica (e telemática):

*Art. 2° **Não será admitida a interceptação** de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:*

*I - **não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal**;*

*II - **a prova puder ser feita por outros meios disponíveis**;*

> *III - **o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção**.*
>
> *Parágrafo único. Em qualquer hipótese **deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação**, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.*

Em seguida, a Lei nº 9.296/1996, em regulamentação ao disposto no art. 5º, XII, da CF, estabeleceu os limites a serem observados para a restrição desse direito fundamental, conforme o disposto no artigo 5° da Lei:

> *Art. 5°. A **decisão será fundamentada**, sob pena de nulidade, indicando também **a forma de execução da diligência**, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez **comprovada a indispensabilidade** do meio de prova.*

Deste modo, tem-se que o acesso ao correio eletrônico, a partir do regramento da interceptação telemática, não só abarca todos os pressuposto acima apontados para a busca e apreensão – como *fumus commissi delicti*, fundamentação idônea da decisão judicial sobre os aspectos da proporcionalidade e necessidade, especificação de motivos e fins da diligência, bem como da situação e a partir do juízo de probabilidade etc. –, mas também acrescenta limitação temporal ao acesso/interceptação dos dados de telemática, com a necessidade de se justificar a prorrogação – aumento temporal da medida – a partir da comprovação efetiva da indispensabilidade do meio de prova (gravações/cópias – apreensões – dos dados contidos nos e-mails).

Sem embargo dos acalorados debates doutrinários e jurisprudenciais em relação aos limites da interpretação do limite temporal esposado nesse dispositivo legal, impera, pois, a orientação firme, notadamente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, no sentido da **possibilidade** de renovação do monitoramento das comunicações telefônicas e telemáticas por período superior a 15 (quinze) dias, desde que "haja **circunstanciada justificação**", "**comprovada a necessidade**, "**observada a razoabilidade e a proporcionalidade**" e que "**não seja de maneira automática**". [49]

Desse modo, resta evidente que acesso ao correio eletrônico do investigado não poderá ser irrestrito e sem a conjunção dos requisitos supramencionados, posto que permite a interceptação dos dados trocados em tempo real bem como a efetivação de busca e apreensão de dados passados ali contidos. Assim, deverá haver definição – de forma apriorística – do que se busca, vedando-se o uso de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

termos genéricos, a exemplo da permissão de apreensão de todo e qualquer mensagem ou documento encontrado na conta de e-mail.

Em outras palavras, impõe-se a delimitação do espectro da diligência, por meio da explicação de quais crimes são investigados, as mensagens, documentos e correspondências alvos de busca (e apreensão) – como a indicação de quais interlocutores, palavras-chave etc. –, de modo a se estabelecer balizas para orientar a autoridade policial durante a execução da medida e a evitar grande devassa na intimidade do investigado**.**

Portanto, a decisão judicial autorizadora do acesso ao correio eletrônico como meio de obtenção de prova, além de demonstrar o atendimento aos pressupostos e limites dos institutos da busca e apreensão e da interceptação e quebra de sigilo, deve fazer constar: os delitos em investigação, o tempo da ocorrência destes e – consequentemente – do período temporal a ser abarcado pela medida, os endereços de correios eletrônicos a serem acessados e também buscados, as pessoas investiga, o procedimento na efetivação da medida, a explícita e pormenorizada motivação a partir do juízo de probabilidade e de ponderação da causa em detrimento dos direitos fundamentais.

4. CONCLUSÃO.

Como visto, para se assegurar o melhor resultado na obtenção de dados digitais contidos no correio eletrônico, devem-se conjugar (integrar) os institutos da busca e apreensão, em uma perspectiva digital, e da interceptação e quebra de sigilo de dados de telemática. Tal procedimento encontra albergue no ordenamento jurídico como um novo método de obtenção de prova atípico ou inominado, a partir do estudo das provas atípicas, enquanto não sobrevier legislação específica para esse procedimento.

Nessa senda, Diego Souza conclui que a flexibilidade trazida pelas provas atípicas é um importante fator de eficiência do processo penal, para garantir "um homogêneo equilíbrio entre liberdade e legalidade da prova de maneira a satisfazer a exigência do garantismo juntamente com o interesse do pleno esclarecimento dos fatos delituosos" [50].

Desse modo, a integração desses dois institutos atente, ainda que distante de um marco jurídico claro para a legalidade conforme preceitua Manuel Lezertua, enquadra-se na garantia da legalidade na medida em que estabelece a aderência do caso concreto a pré-determinados preceitos legais, delimitando o emprego das medidas prospectivas, bem como o r seu respectivo caráter subsidiário.[51] Assim,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

apesar da tensão entre os direitos fundamentais do cidadão e o controle da criminalidade grave e altamente organizada, a integração desses institutos para conferir acesso ao correio eletrônico nos moldes propostos atendem, inclusive, aos princípios reitores estabelecidos pelo Conselho da Europa – cuja mesma linha foi aplicada na Convenção de Budapeste –: (I) necessidade de uma base legal clara para o emprego das medidas de investigação de caráter secreto ou de intromissão; (II) respeito ao princípio da proporcionalidade; (III) existência de mecanismos de controle[52].

É possível, pois, afirmar que a aplicação do regramento conjunto dos dispositivos referente à busca e apreensão do Código de Processo Penal e à interceptação telemática da Lei nº 9.296/1996, para autorizar o acesso ao correio eletrônico do investigado, mesmo diante do seu potencial de eliminação das barreiras da privacidade e da intimidade, não viola a dependência reciproca entre legalidade e reserva de jurisdição[53].

Deste modo, a decisão judicial – que autorize o acesso ao correio eletrônico –, desde que alicerçada a partir dos pressupostos e limites desses dois institutos, estará estritamente dentro do âmbito da racionalidade da decisão, não se inserindo no campo do decisionismo arbitrário. Isso porque a escolha desses dois institutos importa, na verdade, imposição de mais limites e pressupostos ao deferimento desse método de obtenção de prova e de consequentes sistemas de controle das provas atípicas obtidas, através da eleição de argumentos e de bases empíricas já consolidadas na doutrina e jurisprudência pátria.

A proposta apresentada é coerente e coordenada com o ordenamento pátrio, na medida em que sua aplicação se condiciona à adoção de procedimentos de controle (verificação do atendimento aos pressupostos, cumulativamente, de duas medidas cautelares distintas) que asseguram a legitimidade da decisão judicial, o que, por sua vez, permite o afastamento da predominância da dimensão subjetiva no ato de julgar desgarrado da totalidade dos elementos do ordenamento jurídico. Portanto, restam demonstrados a plausibilidade e o acerto do regramento proposto para o acesso ao correio eletrônico como novo método de obtenção de prova.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ARMAZA, Emilio José (Coord.). *la adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*. Granada: Comares, 2000.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal.* V .2. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000.

CASTRO, Luiz Augusto Sartori de. *Busca e apreensão mediante uso de malware*. São Paulo: Boletim IBCCRIM. Ano 21. Nº 251. OUTUBRO/2013. ISSN 1676-3661.

COSTA, Helena Regina Lobo da. LEONARDI, Marcel. Busca e Apreensão remoto a dados em servidores. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2011. RBCCRIM nº 88.

Dicionário Brasileiro Globo. São Paulo: Globo, 1996.

Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. São Paulo: Houaiss, 2009.

FISCHER, Douglas. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 11.ed. rev. atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica*: comentários à Lei 9.296/1996. São Paulo: Ed. RT, 2011.

GONÇALVES, Fernando. ALVES, Manuel João. *Crime, medidas de coação e prova: o agente infiltrado, encoberto e provocador.* Coimbra: Almedina, 2015.

KERR, Orin S.. *Applying the Fourth Amendment to the Internet: A General Approach*. Stanford Law Review: Vol. 62, Issue 4, 2010, p. 1005-1050. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1348322.

_____. *Fourth Amendment Seizures of Computer Data*. Yale Law Journal: Vol. 119, 2000, p. 700-724. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1378402.

LAFAVE, Wayne. *Criminal procedure*, 3ª ed. Saint Paul: West Group, 2000.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitudonalidade: estudos de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Maurício Zanoide (Coord.); YARSHELL, Flávio Luiz (Coord.). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Ed. DPJ, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado.* 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. *A desfuncionalização da busca e da apreensão*. São Paulo: Boletim IBCCRIM. Ano 13. Nº 151. Junho – 2005.

_____. *Da busca e da apreensão no processo penal.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RODRIGUES, Benjamim Silva. *A Monitorização dos Fluxos Informacionais e Comunicacionais.* Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal.* Vol. II. 3ª Edição. Portugal: Editorial Verbo, 2000.

SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão de. *Busca e apreensão digital: prova penal atípica*. São Paulo: Boletim IBCCRIM. Ano 15. Nº 181. Dezembro - 2007.

VILARES, Fernanda Regina. *Processo penal: reserva de jurisdição e CPIs*. São Paulo: Onixjur, 2012.

---

[1]RODRIGUES, Benjamim Silva. *A Monitorização dos Fluxos Informacionais e Comunicacionais.* Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 108.

[2]Cf. SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão de. *Busca e apreensão digital: prova penal atípica*. São Paulo: Boletim IBCCRIM. Ano 15. Nº 181. Dezembro - 2007.

[3] Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. LEONARDI, Marcel. Busca e Apreensão remoto a dados em servidores. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2011. RBCCRIM nº 88, p. 203-223.

[4] RODRIGUES. Op. Cit. P. 108.

[5] Cf. RODRIGUES. Op. Cit.

[6] *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. São Paulo: Houaiss, 2009, p. 966.

[7] *Dicionário Brasileiro Globo*. São Paulo: Globo, 1996, p. 358.

[8] GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica*: comentários à Lei 9.296/1996. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 24.

[9] Cf. Voto-vista do Min. Rogério Schietti Cruz no julgamento do Habeas Corpus nº 315.220/RS do Superior Tribunal de Justiça (HC 315.220/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 09/10/2015). Acesso em 03.04.2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500197570&dt_publicacao=09/10/2015.

[10] Idem. Ibidem.

[11] SOUZA. Op. Cit.

[12] COSTA. LEONARDI. Op. Cit.

[13] CASTRO, Luiz Augusto Sartori de. *Busca e apreensão mediante uso de malware*. São Paulo: Boletim IBCCRIM. Ano 21. Nº 251. OUTUBRO/2013. ISSN 1676-3661.

[14] Artigo 189.º

Extensão

1 - O disposto nos artigos 187.º e 188.º é correspondentemente aplicável às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, mesmo que se encontrem guardadas em suporte digital, e à intercepção das comunicações entre presentes.

2 - A obtenção e junção aos autos de dados sobre a localização celular ou de registos da realização de conversações ou comunicações só podem ser ordenadas ou autorizadas, em qualquer fase do processo, por despacho do juiz, quanto a crimes previstos no n.º 1 do artigo 187.º e em relação às pessoas referidas no n.º 4 do mesmo artigo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[15] GONÇALVES, Fernando. ALVES, Manuel João. *Crime, medidas de coação e prova: o agente infiltrado, encoberto e provocador.* Coimbra: Almedina, 2015, p. 331-346.

[16] Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjykb_ujvPLAhXDGpAKHf1lA1MQFggpMAM&url=http%3A%2F%2Fwww.prpe.mpf.mp.br%2Finternet%2Fcontent%2Fdownload%2F2770%2F22203%2Ffile%2FCONVEN%25C3%2587%25C3%2583O%2520DE%2520BUDAPESTE.pdf&usg=AFQjCNFevMhbixw8HOLgMb1OuwbXB8Zj6g&bvm=bv.118443451,d.Y2I. Acesso em 03.04.2016.

[17] SOUZA. Op. Cit.

[18] Segundo Germano Marques da Silva, os **meios de obtenção de prova** são instrumentos de que se servem as autoridades judiciarias, para investigar e recolher meios de prova; não são instrumentos de demonstração do *thema probandi*, são instrumentos para recolher no processo esses meios. *In* SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal.* Vol. II. 3ª Edição. Portugal: Editorial Verbo, 2000, p. 209. Por sua vez, "(...) *meios de prova [...] caracterizam-se por serem, por si mesmos, fonte de convencimento do tribunal, os meios de obtenção de prova, ao invés, apenas possibilitam a obtenção desses mesmos meios de prova. Nalguns casos, no entanto, o meio de obtenção de prova acaba por ser também um meio de prova. É o que acontece, por exemplo, na escuta telefônica em que, ela própria, é um meio de obtenção de prova, mas as garavações são já um meio de prova".* GONÇALVES. ALVES. Op. Cit., p. 303.

[19] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. "Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)", *in:* MORAES, Maurício Zanoide (Coord.); YARSHELL, Flávio Luiz (Coord.). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Ed. DPJ, 2005, p. 314.

[20] TARUFFO, Michele. *Apud* SOUZA. Op. Cit.

[21] GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Apud* SOUZA. Op. Cit.

[22] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. "Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha", *in: Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Ed. DPJ, 2005, p. 344.

[23] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 420.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[24] CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal.* V .2. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000, p. 44.

[25] Nesse mesmo sentido prevê o art. 125.º do Código de Processo Penal de Portugal: Artigo 125.º Legalidade da prova: **São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei**. (grifo nosso)

[26] Cf. PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 59-63.

[27] PRADO. Op. Cit., p. 59.

[28] "O autor alemão fala de abusos que os meios invasivos de investigação e o recurso a cautelares tendem a produzir em um ambiente de frágil legalidade: coloca-se em funcionamento um conjunto de atuações processuais consistente em buscar declarações mesmo sobre fatos até então desconhecidos". Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Apud* PRADO. Op. Cit. P. 60.

[29] PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. *A desfuncionalização da busca e da apreensão*. São Paulo: Boletim IBCCRIM. Ano 13. Nº 151. Junho - 2005.

[30] PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. p. 102 e ss.

[31] A partir de uma combinação (I) da sugestão da Professora Maria João Antunes quanto à necessidade de se estender o conceito de domicílio, por exemplo, aos aparelhos de *smartphone* (nas aulas dos dias 20 a 22 de agosto de 2015 sobre o estatuto processual penal do investigado/réu, durante o 1º Curso de Pós-graduação em Direito Processual Penal do IBCCRIM-Coimbra, na cidade de São Paulo, Brasil) com (II) a proposição de Antonio Amorth *apud* GONÇALVES. ALVES. Op. Cit., p. 317.

[32] GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 11.ed. rev. atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.161.

[33] Entende-se, aqui, como *fumus commissi delicti* a prática de um fato aparentemente criminoso, portando um mínimo de provas de tipicidade – especialmente referentes à materialidade do delito –, ilicitude e culpabilidade, e de indícios de autoria. Cf. LOPES JR. Op. Cit., p. 260-261.

[34] BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 08.

[35] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitudonalidade: estudos de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 49.

[36] Ibidem. P. 50.

[37] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado.* 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pág. 589.

[38] FISCHER, Douglas. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010, p. 461.

[39] PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. *A desfuncionalização da busca e da apreensão*. São Paulo: Boletim IBCCRIM. Ano 13. Nº 151. Junho - 2005.

[40] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, t. II, p. 272.

[41] A quarta emenda da constituição norte-americana: "the right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, **against unreasonable searches and seizures**, shall not be violated, and no Warrants shall issue, **but upon probable cause**, supported by Oath or affirmation, **and particularly describing the place to be searched**, and the persons or **things to be seized**" (grifo nosso).

[42] "In search cases, **two conclusions must be supported by substantial evidence**: that the items sought are in fact seizable by virtue of being connected with criminal activity, and that the items will be found in the place *to be searched*" *in* LAFAVE, Wayne. *Criminal procedure*, 3ª ed. Saint Paul: West Group, 2000, p. 146.

[43] Cf. Orin S. Kerr. *Fourth Amendment Seizures of Computer Data*. Yale Law Journal: Vol. 119, 2000, p. 700-724. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1378402. Acesso em 02.04.2016.

[44] Idem. Ibidem, p. 713.

[45] Cf. Orin S. Kerr. *Applying the Fourth Amendment to the Internet: A General Approach*. Stanford Law Review: Vol. 62, Issue 4, 2010, p. 1005-1050. Disponível

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1348322. Acesso em 01.04.2016.

[46] GONÇALVES. ALVES. Op. Cit., p. 322.

[47] RODRIGUES. Op. Cit., p. 61-62.

[48] Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça. Parágrafo único. **O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática**. (grifo nosso)

[49] Dentre muitos julgados: Superior Tribunal de Justiça: HC 315.220/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 09/10/2015; HC 139.581/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 21/05/2014; HC 88.241/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 26/10/2009; Supremo Tribunal Federal: RHC 85.575/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJ de 16/03/2007.

[50] AMODIO, Ennio *apud* SOUZA. Op. Cit.

[51] LEZERTUA, Manuel. *Terrorismo y medios jurídico-tecnologicos de investigación penal*. In: ARMAZA, Emilio José (Coord.). *la adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*. Granada: Comares, 2000, p. 459.

[52] Idem. Ibidem, p. 463.

[53] Cf. VILARES, Fernanda Regina. *Processo penal: reserva de jurisdição e CPIs*. São Paulo: Onixjur, 2012.

www.conteudojuridico.com.br

ANÁLISE DO AIRBNB SOB A ÓTICA DO DIREITO À PROPRIEDADE

NANCY SAMPEDRO: Especialista em Contratos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestranda em Direitos Difusos e Coletivos na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Advogada.

RESUMO: O presente artigo será analisado a atividade desenvolvida pelo Airbnb, que tem como escopo a comercialização do todo ou parte de uma propriedade, em especial sendo analisado o conflito de dois grandes valores do direito civil, são eles direito e função social da propriedade de um dos proprietários em face dos direitos de segurança e sossego dos demais condôminos.

PALAVRAS-CHAVES: Airbnb, propriedade, fruição, condomínio edilício

Sumário: 1. Introdução – 2 Contexto. 2.1 Função social da propriedade. 2.2 O condomínio edilício. 2.3 Fruição da Propriedade versus Direitos de vizinhança - 3. Considerações finais. 4. Referências.

1.INTRODUÇÃO

O direito sobre a propriedade surgiu da necessidade do ser humano de se satisfazer e sentir-se seguro, sendo que, essa sensação só era alcançada por meio da aquisição de bens, o que originou o processo de busca por bens de consumo imediato, que ao longo dos anos sofreu diversas adaptações em decorrência dos regimes políticos e sistemas jurídicos de cada cultura que foram moldando seu conceito, até surgir a noção de propriedade atual. (Farias e Rosenvald, 2015, p. 212).

Na sociedade atual, juridicamente pode se definir propriedade, como sendo o direito que exclui o direito de outrem, desde que, observado os limites impostos pelo interesse público e social, eis que, "submete juridicamente a coisa corpórea, em todas as suas relações (substância, acidentes e acessórios), ao poder da vontade do sujeito". (França, 1988, p. 436).

A legislação brasileira, por sua vez, define propriedade como sendo um direito complexo, que possibilita ao seu titular, o exercício do poder de domínio nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar determinado objeto, conforme art. 1.228 do Código Civil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nessa seara, o doutrinador Luiz Roldão de Freitas (apud Farias e Rosenvald, 2015, p. 212) faz uma crítica ao artigo supracitado, qual seja, que o texto de lei se limita apenas a enumerar as faculdades essenciais que integram o domínio – uso, fruição e disposição da coisa – omitindo a definição de propriedade, tal ausência por consequência gera um limite, que impede que seja regulamentada as inúmeras manifestações proprietárias, que vem surgindo ao longo do tempo, ante as múltiplas formas de atuação das pessoas sobre as coisas.

A Constituição Federal de 1988, em seu bojo, garantiu a todos os cidadãos o direito de propriedade, para que esse, seja exercido nos limites do interesse econômico e social, conforme artigo 5º, XXII da CF.

Assim, o proprietário poderá usar, gozar, e dispor da propriedade da maneira que lhe convier, desde que, respeite as limitações impostas pelo poder público, a título de exemplo citamos: a lei do inquilinato, lei de proteção do meio ambiente, Código Florestal, em especial, a Constituição Federal que impõe a subordinação da propriedade à sua função social, além de "limitações decorrentes do direito de vizinhança e de cláusulas impostas nas liberalidades". (Gonçalves, 2015, p. 16).

2.CONTEXTO

As construtoras nos últimos anos vêm lançando nas grandes cidades plantas de unidades classificadas como suítes e flat, direcionadas aos clientes com perfil de investidores, que desejam adquirir a unidade autônoma para locar o bem e garantir uma renda fixa, assim, cabe ao proprietário a propriedade e posse indireta do bem e, ao locatário a posse direta da unidade condominial.

Outrossim, se olharmos a relação pela ótica operacional, temos que o Anfitrião ao firmar negócio jurídico com o hospede, deve viabilizar sua estadia no condomínio edílico, devendo cadastra-lo em seu prédio, a fim de garantir acesso as dependências do mesmo.

Ocorre que, os condomínios têm proibido as locações por curto prazo, afetando diretamente a atividade do Airbnb e dos proprietários que desejam usufruir de sua propriedade, nascendo desse conflito de interesses diversas demandas judiciais.

Em suma, os proprietários alegam que é direito dos condôminos usar, fruir e livremente dispor de suas unidades, desde que, seja dada a mesma destinação da edificação, não seja prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores ou infrinja os bons costumes, anelado a inexistência de limitação legal

quanto a locação por curto prazo, não sendo legitima a restrição por meio de regulamentos internos elaborados pelo condomínio, com base nos artigos 1.335, I e 1336, IV, do CC e artigo 19 da lei 4591/64.

Em contrapartida os condomínios alegam que, tal conduta gera transtornos aos administradores de condomínio, por conta do aumento da rotatividade de hospedes que põe em risco a segurança dos demais condôminos, além de desvirtuar a destinação do imóvel que deixa de ser residencial e passa a ser de exploração comercial infringindo o artigo 20 da lei 4591/64.

Assim, temos instalado um conflito de dois grandes valores do direito civil, são eles direito e função social da propriedade de um dos proprietários em face dos direitos de segurança e sossego dos demais condôminos, que por vezes acabam no judiciário.

2.1 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A função social é um direito subjetivo previsto no ordenamento jurídico, que significa cumprir algo, logo, os atos exercidos pelo individuo não visam apenas satisfazer o seu próprio interesse, precisam ao mesmo tempo refletir de uma maneira positiva na coletividade, tendo em vista o princípio da justiça e do bem-estar social.

A Constituição Federal de 1988 ao garantir o direito de propriedade, impôs uma exigência, qual seja, que a propriedade atenda a sua função social, conforme disposto no artigo 5º, XXIII da CF[1].

A fim de elucidar, o significado da função social do imóvel, imaginemos as seguintes situações: uma pessoa que reside ou loca seu imóvel residencial e, uma pessoa que planta em sua propriedade rural, em ambas hipóteses se observa que a propriedade não está abandonada, ou seja, o proprietário está atribuindo uma função social ao bem. (Scavone, 2015, p. 51)

Nessa seara, a ausência de atribuição de função social ao imóvel, impõe a aplicação de sanções administrativas pelo município ao proprietário, conforme artigos 5º a 7º da Lei 10.257/2001.

Outro limite da função social da propriedade é a utilização de modo consciente, em princípio é licito ao proprietário utilizar o imóvel, a fim de satisfazer seus interesses econômicos, desde que, não cause danos a terceiros ou desvie de sua finalidade, conforme artigo 1.228, § 2º, do Código Civil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Destaca-se que a edição desta norma, gerou debates quanto a necessidade da conduta dolosa por parte do proprietário para configuração do abuso do direito de propriedade, tendo o Conselho de Justiça Federal ao interpretar citado artigo entendido que deve ser excluído o elemento intencional para a demarcação de tal abuso, conforme dispõe o Enunciado nº 49.

Assim, no Brasil é licito ao proprietário utilizar sua propriedade de acordo com a finalidade para qual ela foi criada, desde que, o exercício do direito não prejudique outro e, sendo o contrário reciproco, haja vista que, o direito real de propriedade, cria um vínculo, onde a coletividade deve respeitar o direito alheio e observar os limites previsto em lei.

Destaca-se, que nos últimos anos do Liberalismo, a função social do contrato guardava estreita relação com a função social da propriedade, pois "a ampla liberdade contratual pavimentava o acesso ao direito de propriedade", assim, "os contratos possuem força translativa, sendo dispensado o ato do registro para aquisição do direito real", conduta originada na França que vem sendo mantida até hoje por alguns países europeus (Farias e Rosenvald, 2015, p. 183).

2.2 O CONDOMÍNIO EDILÍCIO

Os empreendimentos condominiais, são considerados pelo direito, como sendo uma figura do direito real, que surgiu da fusão de dois direitos: o da copropriedade sobre as áreas comuns e indivisíveis e o direito à propriedade individual sobre a sua unidade autônoma, sendo regulado pelo Código Civil nos artigos 1.331 a 1.358, não incidindo a legislação consumerista. (Farias e Rosenvald, 2015, p. 602).

Os condomínios são instituídos por um regulamento denominado Convenção de Condomínio, que possui natureza jurídica institucional, por discriminar em seu bojo as unidades, sua finalidade, estipular os direitos e deveres de cada condômino, a forma de administração do edifício, competência da assembleia e sanções administrativas, sendo aplicada a todos os condôminos e locatários conforme artigos 1.332 a 1.334 do Código Civil.

Farias e Rosenvald (2015, p. 617) ensinam que a "convenção condominial é lei interna a ser observada por todos, mas as suas disposições devem guardar um mínimo de bom senso, sob pena de restrição à garantia fundamental do direito de propriedade (art. 5º, XXII, da CF) ".

Logo, observa-se que, a Convenção e o Regimento Interno, vem por meio da função social limitar o direito de propriedade dos condôminos.

Destaca-se, o Código Civil estabeleceu alguns deveres do condômino (art. 1.336 do CC) e direitos mínimos dos condôminos (art. 1.335 do CC), em especial, o direito de o proprietário usar, fruir e livremente dispor livremente de sua propriedade.

2.3 FRUIÇÃO DA PROPRIEDADE VERSUS DIREITOS DE VIZINHANÇA

Os direitos de vizinhança também são limitações ao exercício de usar e gozar da propriedade por parte de proprietários e possuidores de imóveis localizados em prédios, além de estipular algumas obrigações de fazer e não fazer, visando a mantença da convivência harmônica em sociedade.

Tais obrigações são *propter rem* (razão da coisa), se vinculando ao prédio e não ao titular, portanto, o sucedido terá os mesmos direitos e obrigações de seu sucessor face aos vizinhos, como principal característica há o fato da determinação indireta dos sujeitos, pois o dever incide sobre qualquer um "que se vincule a uma situação jurídica de titularidade de direito real ou parcelas dominiais". (Farias e Rosenvald, 2015, p. 539).

Os conflitos de vizinhança são classificados como as interferências prejudiciais, causadas a um morador que vier a repercutir sob o trinômio: segurança, saúde e sossego, que são direitos da personalidade inerentes a todos os cidadãos, conforme estabelece o art. 1.277 do Código Civil.

Os demais atos lesivos aos interesses de vizinhos, serão classificados genericamente como atos ilícitos subjetivos, citamos a título de exemplo: o morador que viola um dever legal de cuidado, terá seus atos tutelados pelo artigo 186 do Código Civil.

Nesse sentido, cabe ainda a aplicação da cláusula geral, que prevê ao titular de direito que atuar de maneira desproporcional, a geração do ato ilícito por abuso do direito passível de indenização (artigo 927 do CC), nessa figura, há o uso normal da propriedade com exercício irregular, conforme artigo 187 do CC.

Logo, a boa convivência entre vizinhos deve ser cativada, a fim de evitar que os conflitos gerem sanções civis e administrativas, que também podem repercutir na esfera penal, onde "o uso anormal da propriedade, classificando as condutas infringentes à segurança, sossego e saúde da coletividade" se tornam passiveis de tipificação pela Lei de Contravenções Penais. (Farias e Rosenvald, 2015, p. 549).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3.CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atividade desenvolvida pelo Airbnb, ainda que para alguns profissionais do direito possa ser caracterizada como atividade de locação por "curtíssima" temporada, vem tendo o seu exercício proibido nos condomínios edilícios sem prévia consulta aos condôminos.

Outrossim, tal atividade não deve ser impedida ao proprietário investidor que adquiriu a unidade autônoma visando a fruição do bem por meio da exploração econômica, ante o princípio da autonomia privada e da função social da propriedade, desde que, observadas as situações jurídicas difusas materializadas nas normas do direito de vizinhança - ofensa à saúde, à segurança e ao sossego dos demais condôminos (art. 1.277 do CC) -, sob pena de caracterizar abuso de direito. (Farias e Rosenvald, 2015, p. 620).

Assim, cabe ao condomínio edilício que não estiver adaptado para regulamentar as atividades praticadas por meio das plataformas on-line, convocar uma Assembleia para deliberar sobre o tema.

Diante do exposto acima, se pode concluir que caberá aos proprietários, advogados, síndicos e condôminos a utilização do bom senso para regular o caso em concreto, visando se adaptar aos benefícios oferecidos pela era digital, até que o legislativo o faça, devendo sempre se atentar a segurança e bem-estar da coletividade.

4.REFERÊNCIAS

AIBNB. **Como funciona a tributação para os hóspedes?.** Airbnb, 2017. Disponível em: <https://www.airbnb.com.br/help/article/318/how-do-taxes-work-for-guests>. Acessado em 03 de jun. 2017.

BRASIL. **Código Civil.** Lei nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11771.htm>. Acesso em 18 de jun. de 2017.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 21 de abril de 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil - Direitos Reais**; v. 5, 11. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro Direito das Coisa.** Vol. 5. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRANÇA País, **Lei Alur ION 2014-366 de 2014**. Disponível em: < https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028772256&categorieLien=id >. Acesso em 03 de jun. de 2017.

SCAVONE Junior, Luiz Antônio, **Direito imobiliário – Teoria e prática**. 9.ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil v. 3: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie.** 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Interpretações da Função Social do Contrato e um Contraponto**. Disponível em: https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822508/interpretacoes-da-funcao-social-do-contrato-e-um-contraponto>. Acesso em 20 de ago. de 2017.

---

[1] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

www.conteudojuridico.com.br

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E OS DIREITOS GARANTIAS DO INVESTIGADO

LÁZARA CRISTINA GONÇALVES TAVARES DE SOUZA: Pós- Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes. Pós-Graduanda em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos. Estagiária de Pós-Graduação no Ministério Público de Minas Gerais.

RESUMO: A investigação criminal tem importante papel na persecução penal, pois objetiva a formação de elementos legitimadores do processo penal, tais como: provas da materialidade do delito e indícios de autoria, além de identificar fontes de prova, torna possível que o titular da ação penal possa ingressar em juízo. O presente trabalho abordou de forma ampla a temática que envolve a investigação criminal e as garantias do investigado no ordenamento pátrio, trazendo, por vezes, subsídios do Direito Comparado. Sem o intuito de exaurir o tema, dada sua amplitude, buscou-se abranger os diversos pontos convergência que envolve a investigação criminal. Para tanto, primeiramente, foi necessário discorrer acerca das noções fundamentais sobre investigação criminal, tais como: evolução histórica, conceito, princípios, instrumentos e limitações. Foi feito, ainda, uma explanação breve sobre os sistemas processuais, bem como o sistema adotado pelo Brasil. Sobre a Competência, foi abordada de forma ampla a possibilidade de investigação não só pela Polícia Judiciária, mas também pelo Ministério Público, pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, pela Conselho de Controle de Atividades Financeiras Inquérito, pela Policial Militar, pela autoridade judiciária, e, finalmente pelos Defensores. Após discorrer sobre os principais pontos acerca da competência passou-se a discorrer sobre direitos e garantias do acusado durante a investigação criminal, bem como as garantias constitucionalmente garantidas, as Limitações, os temas que envolvem a Reserva de Jurisdição e a Posição consolidada do Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO: 1INTRODUÇÃO. 2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS. 2.1 Sistema inquisitorial. 2.2 Sistema Acusatório. 2.3 Sistema Misto. 2.4 Modelo adotado no ordenamento brasileiro. 3 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. 3.1 Evolução Histórica. 3.1.1 Evolução Histórica no Mundo. 3.1.2 Evolução Histórica da Investigação Criminal no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 3.2 Conceito. 3.3 Princípios aplicáveis ao processo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

penal e à investigação criminal. 3.3.1 Princípio da presunção de inocência. 3.3.2 Princípio da vedação das provas ilícitas. 3.3.3 Princípio do nemo tenetur se detegere . 3.4 Instrumentos. 3.4.1 Inquérito Policial. 3.4.2 Termo circunstanciado. 3.4.3 Inquérito ou procedimento judicial. 3.4.4 Procedimento investigatório criminal do Ministério Público. 3.4.5 Inquéritos parlamentares. 3.4.6 Peças de informações particulares. 4 COMPETÊNCIA. 4.1 Investigação criminal pelo Ministério Público. 4.2 Polícia Judiciária. 4.3 Conselho de Controle de atividade financeiras - COAF. 4.4 Polícia Militar. 4.5 Investigação criminal pela autoridade judiciária. 4.6 Investigação Criminal defensiva. 5 DIREITOS E GARANTIAS DO ACUSADO DURANTE A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. 5.1 Direitos e garantias constitucionais. 5.1.1 Presunção de inocência ou estado de inocência.

1.INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de pontuar e analisar, de forma objetiva e sistemática, as principais questões que cercam o tema da investigação criminal, notadamente em relação à competência, os princípios aplicáveis e aos direitos e garantias do acusado, não esgotando o assunto, mas apresentando uma visão atual acerca das regras que disciplinam o tema proposto.

Não obstante os pontos polêmicos que envolvem o assunto, que serão objeto do presente estudo, apresentar o tema de forma didática é, igualmente, objetivo do presente trabalho.

Nesse passo, embora a investigação criminal seja realizada predominantemente pela polícia judiciária, não é atividade exclusiva desta, pois o próprio Código de Processo Penal, em seu artigo 4º, parágrafo único, acentua que a atribuição para apuração de infrações penais e de sua autoria não exclui a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Considerando que a investigação criminal tem importante papel na persecução penal, pois objetiva a formação de elementos legitimadores do processo penal torna-se imperioso estabelecer regras claras que norteiem essa fase, dada a sua natureza inquisitorial, a fim de que não sejam violados os direitos e garantias fundamentais dos investigados.

São diversas as questões que se levantam sobre as garantias do investigado, a doutrina e a jurisprudência tem se manifestado a fim de estabelecer limites claros à investigação, com o fim de equilibrar o poder/dever do Estado em apurar infrações à lei penal e as garantias do investigado de não ter seus direitos lesados, vez que nesta fase não há juízo de certeza quanto à autoria do delito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesse contexto, o presente trabalho justifica-se pela necessidade de apresentar uma percepção atual e consolidada sobre o tema.

Por fim, o presente trabalho tem como embasamento teórico a legislação em vigor, a doutrina (na qual se inclui, além da bibliografia tradicional, diversos artigos jurídicos encontrados em obras, revistas e, principalmente, na rede mundial de computadores) e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

2.SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Embora a investigação criminal seja uma fase preparatória ao processo penal, é importante adentrar no tema atinente aos sistemas processuais, ainda que de forma superficial, pois o sistema adotado pelo ordenamento reflete de forma direta na investigação criminal.

Existem três sistemas que podem reger o processo penal, que serão brevemente expostos, quais sejam, sistema inquisitivo, sistema acusatório e sistema misto.

2.1Sistema inquisitorial.

Segundo Renato Brasileiro, o sistema inquisitorial foi adotado pelo Direito Canônico a partir do Século XIII, o sistema inquisitorial posteriormente se propagou por toda a Europa, sendo empregado inclusive pelos tribunais civis até o século XVIII. Tem como característica principal o fato de as funções de acusar, defender e julgar encontrarem-se concentradas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, chamado juiz inquisidor (BRASILEIRO,2013, pag. 3)

No sistema inquisitorial, o juiz inquisitorial possui amplos poderes, inclusive de iniciativa probatória, tendo liberdade para determinar a colheita de provas no curso das investigações, independente de iniciativa da acusação ou do acusado.

Pode-se afirmar que o sistema inquisitivo é rigoroso, secreto, em que considera possível a descoberta de uma verdade absoluta, e, por isso, admiti-se que os mais variados métodos para a descoberta, dentre outros a tortura.

Por tais características, o processo inquisitorial é totalmente incompatível com o ordenamento jurídico pátrio, pois a presença de um julgador/acusador viola os mais comezinhos direitos e garantias processuais estabelecidos na Constituição Federal.

Não obstante, devemos observar que na fase de investigação criminal, prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento que o inquérito policial é um procedimento inquisitorial, conforme se verá no momento oportuno, nesta fase não se aplicam o contraditório e a ampla defesa.

2.2 Sistema Acusatório

O sistema acusatório, que se destacou durante toda a Antiguidade grega e romana, bem como na Idade Média. Após o século XIII perdeu espaço com a prevalência do sistema inquisitivo[1].

Hodiernamente, porém,o sistema acusatório é utilizado por grande parte das legislações modernas, incluindo a legislação pátria, tem como principais características o contraditório, a igualdade de partes,a publicidade, as funções de investigar, acusar e julgar são exercidas por pessoas diferentes e o início da ação penal compete ao órgão incumbido da acusação.

Nesse sistema "o juízo penal é o *actum trium personarum* de que falavam os práticos medievais, existindo assim, verdadeira relação processual"(MARQUES, 2000, p. 64).

Segundo Ferrajoli citado por Brasileiro, "*são características do sistema acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento"* (BRASILEIRO, 2013, pag. 40). Lado outro, são tipicamente próprios do sistema inquisitório a iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução.

2.3 Sistema Misto

O sistema misto, também denominando francês, é assim denominado em razão das alterações ao sistema inquisitorial, determinadas pelas modificações napoleônicas. Trata-se de um modelo diverso, criado a partir dos sistemas acusatório e inquisitorial, e surge com o *Code d'Instruction Criminalle Francês,* de 1.808[2].

É chamado de sistema misto porquanto o processo se desdobra em duas fases distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso sem contraditório. Nesta, objetiva-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade e a oralidade (BRASILEIRO, 2013, pag.5).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Quando o Código de Processo Penal pátrio entrou em vigor, prevalecia o entendimento de que o sistema adotado era o misto, pois a fase pré- processual da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, era inquisitorial. E, uma vez iniciado o processo, havia uma fase acusatória.

Porém, com a promulgação da Constituição Federal, o cenário mudou, pois, embora o Código de Processo Penal tenha nítida inspiração no modelo fascista italiano, é imperioso que seja interpretado à luz da Constituição Federal, conforme se verá adiante.

2.4 Modelo adotado no ordenamento brasileiro

A Constituição Federal prevê de forma expressa a separação de funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade. Daí se nota que foi adotado o sistema acusatório.

O artigo 129, inciso I, estabelece que a competência para a propositura da ação penal pública é privativa do Ministério Público. Assim, a relação processual só tem início mediante a provocação da pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva, impedindo que o magistrado tome iniciativas que não se coadunam com a imparcialidade que deve ter em relação às partes.

Portanto, segundo o sistema vigente no ordenamento pátrio, o magistrado deve se abster de promover atos de ofício na fase de investigação criminal, a fim de manter equidistante quanto aos interesses das partes.

3.INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Praticado um delito surge para o Estado o poder-dever de punir o suposto autor do delito. Para que o Estado possa deflagrar a persecução penal por intermédio do processo penal, é imprescindível a existência de elementos de informação que indiquem, ainda que por indícios, a autoria e a materialidade da infração penal. A propósito o próprio Código de Processo Penal, em seu artigo 395, inciso III, com redação dada pela lei 11.719/08, aponta a ausência de justa causa para o exercício da ação penal como causa de rejeição da peça acusatória.

Daí se nota a importância da investigação criminal, pois além de colher elementos de informação decisivos para desencadeamento do processo penal, contribui para que pessoas inocentes não sejam submetidas ao processo penal.

3.1 Evolução Histórica

3.1.1 Evolução Histórica no Mundo

Não há registros do momento exato em que a investigação criminal surgiu na História da Humanidade, mas pode-se afirmar, conforme orienta os estudiosos que a investigação criminal surgiu juntamente com a necessidade de se punir os transgressores das regras estabelecidas pelo Homem, surgidas no momento em que houve a necessidade de se viver em sociedade.

O ilustre professor Guilherme Nucci assevera que:

> O ser Humano sempre viveu em permanente estado de associação, na busca incessante do atendimento de suas necessidades básicas, anseios, conquistas e satisfação, e desde os primórdios violou as regras de convivência, ferindo os semelhantes e a própria comunidade onde vivia tornando inexorável a aplicação de uma punição. Sem dúvida, não se entendiam as variadas formas de castigo como se fossem penas, no sentido técnico- jurídico que hoje possuem, embora não passassem de embriões do sistema vigente. Inicialmente se aplica a sanção como fruto da libertação da ira dos deuses em face da infração penal cometida, quando a reprimenda consistia, como regra, na expulsão do agente da comunidade, expondo-o à própria sorte.[3]

Nesse diapasão, a investigação criminal acompanhou a evolução da sociedade e, por consequência, do Direito Penal. À toda evidência, não é possível delinear os traços evolutivos da investigação criminal, vez que não são rigorosamente definidos.

Assim o presente trabalho busca observar sucintamente a forma que no desenvolver da história a investigação criminal se caracterizou, passando pelos períodos da Antiguidade clássica, Idade Média, Iluminista.

3.1.1.1Antiguidade Clássica

Na Grécia antiga, aproximadamente no século VIa.C, a investigação criminal passou a ser atribuição das partes envolvidas, pois deixou de haver um representante do poder central com a incumbência exclusiva de investigar.

Sobre a investigação criminal na Grécia antiga, verbera Mauro Fonseca Andrade:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Este afastamento do Poder Público, em relação ao início da persecução penal - ocorrida em torno do século VII a.C – foi o ponto de partida do sistema acusatório, pois, até então, as funções de acusar e investigar eram atribuídas ao poder central, que também detinha a função de julgar.[4]

No direito Romano, segundo Bismael Moraes, durante o período republicano, a investigação criminal, denominada *inqisitio*, era feita unicamente pelas partes. O acusador recebia do magistrado uma comissão com poderes para realizar a investigação em um prazo predeterminado. Tal comissão conferia ao acusador e ao imputado o direito de dirigir-se aos lugares, reunir indícios, visitar e ouvir testemunhas, proceder a arresto de documentos, e coisas necessárias à prova, tirar cópias e requerer autenticações e proceder à buscas e apreensões. O juiz conduzia, *ex officio*, uma investigação apenas na ausência de um investigador (MORAES, 1986, pag. 123/124).

3.1.1.2 Idade Média

Na Idade Média, devido a união entre Igreja e Estado, o direito canônico foi predominante. O marco histórico desta época, se deu no século V, onde os imperadores romanos concederam aos bispos, o direito de inspecionar as prisões e os processos.

O Direito Penal da época punia as transgressões aos dogmas como se fossem crimes. As sanções passaram a almejar a regeneração do criminoso-pecador, castigando-o, além de terem caráter sacro.

Nesse período, através da Santa Inquisição, foram constatados abusos cometidos pelo poder público, o qual se utilizava de métodos desumanos, como a tortura, além de impor penas desproporcionais às condutas praticadas.

Valter Foleto Santin pondera que:

> O processo eclesiástico seguiu no início a forma oral, depois passou à escrita. As provas eram semelhantes às empregadas pelos juízes seculares: testemunhas, água fervente e ferro quente. E com o decurso do tempo, as provas obtidas por meios cruéis foram substituídas e a investigação criminal passou a ser feita pelo próprio juiz, em vista do conhecimento notório do crime ou clamor público (clamosa insinuatio), por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> meio de inquirição ou informação. Todavia, no século XV, foram criados os tribunais do Santo Ofício, para decisão de matérias espirituais, eclesiásticas, cíveis e criminais. Ocasião em que surgiu a Santa Inquisição e o retorno do uso da tortura para obtenção de confissão do suspeito e a aplicação das penas de sangue. Na luta contra os árabes e Judeus, a jurisdição eclesiástica ficou ainda mais forte[5].

3.1.1.3 Iluminismo

No século XVIII, quando se iniciou o Iluminismo, a obra "Dos Delitos e Das Penas"[6], aliada ao surgimento da Escola Clássica, fez com que ideias inovadoras surgissem, passando, o conceito de pena, a assumir caráter humanitário, tendo, a recuperação do criminoso, como principal objetivo.

Neste sentido, Cesare Beccaria[7] posicionou-se a favor da proporcionalidade da pena, em relação à prática do delito e contra as penas de morte, ressaltando que a eficácia da sanção estaria ligada à certeza de sua aplicação e não à sua gravidade.

Beccaria ainda defendeu a aplicação do princípio da legalidade, onde a fixação da pena estaria relacionada com uma lei existente, que a delimitasse, cabendo aos juízes apenas aplicá-las, além de sustentar o princípio da personalidade da pena, no qual as sanções deveriam ser aplicadas apenas em quem cometeu o delito, manifestando-se contrário à tortura como método de investigação.

Com relação à importância do Iluminismo na evolução do Direito Penal, Guilherme de Souza Nucci afirma:

> É inequívoco que o processo de modernização do Direito Penal somente teve início com o Iluminismo, a partir das contribuições de Benthan (Inglaterra), Monstesquieu e Voltaire (França), Hommel e Feuerbach (Alemanha), Beccaria, Filangeieri e Pagano (Itália). Houve preocupação com a racionalização na aplicação das penas, combatendo-se ao banimento do terrorismo punitivo, uma vez que cada cidadão teria renunciado a uma porção de liberdade para delegar ao Estado a tarefa de punir, nos limites da necessária defesa social. A pena ganha um contorno de utilidade, destinada a prevenir delitos e não simplesmente [8]castigar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por fim, ressalta-se que os ideais dos autores do Iluminismo, baseados na racionalização da investigação criminal e da pena, na proporcionalidade entre o ato e a sanção, bem como no banimento da tortura como meio de investigação, nortearam a criação da Declaração dos Direitos do Homem, em 1789, na França.

3.1.2 Evolução Histórica da Investigação Criminal no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O Brasil antes da colonização era desprovido de um ordenamento jurídico nos moldes dos padrões europeus, que após a colonização influenciou fortemente o Direito Brasileiro.

Em razão dessa ausência de normas e, principalmente, em razão da colonização, no Brasil colônia vigeu, a partir da dominação de Portugal, as Ordenações do Reino[9], sob forte influência do Direito Canônico, cujo conteúdo e nome variava de acordo com o Monarca que governava Portugal. As Ordenações do Reino vigoraram por muitos anos no Brasil, possuindo especial destaque as Ordenações Afonsinas- Rei D. Afonso V, As Ordenações Manuelinas- Rei D. Manuel e Filipinas- Rei D. Filipe I de Espanha e D. João IV de Portugal.

Passemos à analise sucinta desses ordenamentos e suas repercussões no Brasil.

A investigação criminal sob o palio das Ordenações Afonsinas- 1446 a 1521, se desenvolvia de duas maneiras, a saber: por meio de inquérito com a participação do acusado; ou pela denominada Devassa, procedimento inquisitorial para a persecução de crimes, que era iniciado de ofício e se desenvolvia sem a participação do acusado.

Sobre a investigação criminal nas Ordenações Afonsinas, verbera o Ilustre Mestre Valter Foleto Santin:

> A polícia judiciária era exercida por juízes auxiliados por meirinhos, homens jurados (escolhidos e compromissados) e vintaneiros (inspetores e policiais de bairros). Nessa fase, para defesa dos direitos reais, os procuradores reais teriam funções de promotores de justiça para promoção de acusação que pudesse resultar em confisco. Essa função acusatória seria a origem do Ministério Público na área criminal[10].

Em relação às Ordenações Manuelinas - 1521 a 1603, a persecução penal tinha início por intermédio das querelas juradas, das denúncias ou das inquirições devassas. O promotor de justiça tinha acentuada participação nas ações penais, mas sem participação efetiva na apuração de delitos. Nessa fase ainda não existia uma autoridade encarregada da persecução penal.

Nas Ordenações Filipinas - 1603 a 1830, as investigações criminais também se iniciavam por intermédios da devassas e das querelas juradas. Destaque-se, ainda, que nessa época por não haver uma autoridade encarregada de realizar a investigação policial e posteriormente a persecução penal, a apuração era, muitas vezes, feita por moradores[11].

Ressalte-se que tanto a querela quanto a devassa, eram procedimentos inquisitoriais, pois não havia participação do acusado.

Com a evolução do direito penal em consequência dos reflexos do movimento iluminista, a partir do século XIII, com a Declaração dos Direitos do Homem, o ordenamento jurídico português passou por significativas modificações e, por consequência, o do Brasil passou a ter um cunho mais humanitário.

Posteriormente foi elaborado o Código Penal do Império, no ano de 1830, (...)

3.2 Conceito

O processo, sob o aspecto formal, é composto de fases que se sucedem, ordenadas cronologicamente. Antes da formação do processo, há uma fase investigatória, destinada a esclarecer a existência de uma infração penal e indicar sua autoria.

Nesse passo, a investigação criminal pode ser conceituada como a fase preliminar ao processo, cujo principal objetivo é certificar a materialidade de uma infração penal, bem como angariar elementos de prova que indique, ao menos por indícios, a autoria. O que servirá de subsídio para deflagrar o processo penal.

3.3 Princípios aplicáveis ao processo penal e à investigação criminal

Em uma acepção ampla pode-se considerar os princípios como a base de uma ordem de conhecimentos. Na ordem jurídica, princípios são normas basilares que expressam os valores de uma determinada sociedade.

Segundo a doutrina majoritária, é espécie de norma jurídica, ao lado das regras, possuindo, portanto, força normativa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Constituição Federal elencou vários princípios processuais penais, alguns aplicáveis no âmbito da investigação criminal, conforme veremos.

3.3.1 Princípio da presunção de inocência

Além de ser um princípio, conforme se verá no momento oportuno, a presunção de inocência é consagrada como um direito do Homem, conforme enuncia o artigo 9º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão[12] e o artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos[13], foi pela primeira vez consagrado em texto constitucional, com a Constituição de 1988 (TOURINHO FILHO, 2012, p. 63), que estabelece em seu artigo 5º, LVII que: "*Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*".

Consiste, assim, o referido princípio no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório) (BRASILEIRO, 2013, pag.8).

É oportuno dizer que a observância deste princípio durante a investigação criminal é de suma importância, pois, segundo Renato Brasileiro, deste princípio deriva duas regras fundamentais, quais sejam: a regra probatória e a regra de tratamento.

Por força da regra probatória, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar sua inocência, *mutatis mutandis*essa regra é perfeitamente aplicável à fase de investigação.

Quanto a regra de tratamento, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito como se este fosse culpado.

É importante salientar que o princípio ora estudado não proíbe a prisão temporária do investigado, decretada para assegurar o sucesso de alguma diligência imprescindível para as investigações, conforme dispõe a lei 7.960/89.

Fica claro que para que alguém seja considerado culpado e submetido ao cumprimento de uma pena, antes deve ocorrer o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, antes disso, nenhuma pena pode ser imposta antecipadamente, pois a —prisão antecipada se justifica como providência

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

exclusivamente cautelar, valer dizer, para impedir que a instrução criminal seja perturbada ou então, para assegurar a efetivação da penall (TOURINHO FILHO, 2012, p. 62).

Sobre a aplicação desse princípio veremos no momento oportuno, quando tratarmos dos direitos e garantias do investigado.

3.3.2 Princípio da vedação das provas ilícitas

As Constituições Federais anteriores não previam em seus textos a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Existia apenas o artigo 233 do Código de Processo Penal (TOURINHO, 2012, p. 58).

Com a promulgação da Constituição de 1988, o princípio da vedação das provas ilícitas foi inserido em seu artigo 5º, LVI, possuindo a seguinte redação: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos"[14].

Atualmente, o artigo 157 do Código de Processo Penal, também dispõe sobre a proibição das provas ilícitas, assim entendidas as obtidas com violação a normas constitucionais ou legais.

Por prova ilícita, Fernando Capez (2013, p. 300) entende que é "*toda aquela evidência que não pode ser admitida nem valorada no processo*".

Sobre a inadmissibilidade de provas ilícitas, vejamos o aresto antológico do Supremo Tribunal Federal, vejamos:

> Ilicitude da prova – Inadmissibilidade de sua produção em juízo (ou perante qualquer instância de poder) – Inidoneidade jurídica da prova resultante da transgressão estatal ao regime constitucional dos direitos e garantias individuais. Ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para se revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios licitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do due process of law, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º),

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do male captum, bene retentum. Doutrina. Precedentes (STF, HC 82.788, Rel. Celso de Mello, j. 12.04.05,).

A doutrina faz distinção entre provas ilícitas, sendo entendidas como aquelas que violam as normas de direito material e, ilegítimas, entendidas como todas as provas que infringem as normas de direito processual. Todavia, o disposto no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, assevera que não serão admitidas as 'provas obtidas por meios ilícitos'. Portanto, a Constituição proíbe tanto a prova ilícita quanto a ilegítima (CAPEZ, 2013, p. 38).

Com a atual redação do artigo 157, do Código de Processo Penal, são consideradas como provas ilícitas tanto aquelas obtidas em violação a normas constitucionais quanto legais.

Além das provas obtidas por meios ilícitos, a doutrina e jurisprudência também não admitem as chamadas provas ilícitas por derivação, ou seja, aquelas que são, em si mesmas, lícitas, mas advindas de outras produzidas de forma ilícita.

Consoante esse entendimento, se uma prova for de qualquer forma obtida ilicitamente, todas as outras dela decorrente, embora lícitas, também serão consideradas ilícitas, pois em sua origem são viciadas.

Segundo Fernando Capez, "tal conclusão decorre do disposto no art. 573, § 1º, do CPP, segundo o qual "a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência" (CAPEZ, 2013, p. 302).

Trata-se da aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada ou *Fruits of the Poisonous Tree*, teoria norte-americana, surgida a partir de uma decisão proferida em 1920 pela Suprema Corte, no caso *Silverthorne Lumber Co. x United States*, em 1920.

Bruno Fontenele Cabral[15] em brilhante artigo sobre a doutrina das provas ilícitas, preceitua:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> A Doutrina dos frutos da árvore envenenada "fruits of the poisonous tree" foi criada e aperfeiçoada pela Suprema Corte norte-americana a partir do julgamento do caso Silverthorne Lumber Co v. United States (1920) [01], em que a empresa Silverthorne Lumber tentou sonegar o pagamento de tributos federais. No combate à fraude, agentes federais copiaram de forma irregular os livros fiscais da referida empresa. A questão chegou ao conhecimento da Suprema Corte e se questionou, em síntese, se as provas derivadas de atos ilegais poderiam ser admitidas em juízo.

A Suprema Corte, ao analisar o caso Silverthorne Lumber Co v. United States (1920) formou o posicionamento no sentido de que, ao se permitir a utilização de evidências derivadas de atos ilegais, o Tribunal estaria encorajando os órgãos policiais a desrespeitar a 4ª Emenda da Constituição norte-americana. Dessa forma, o tribunal decidiu pela inadmissibilidade das provas derivadas de provas obtidas ilicitamente[16].

Segundo Fernando Capez (2013, p. 303), no Brasil, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada foi repelida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 69.912-0-RS[17], no entanto, posteriormente, em razão do impedimento do Ministro Néri da Silveira, que havia votado contrário a adoção da referida teoria, foi realizada nova votação, da qual o Ministro não participou, ocasião então a teoria foi acolhida em razão do princípio do favor rei, já que o empate favorece o paciente. Assim a atual posição do STF é pela inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação.

Ademais, o artigo 157, do Código de Processo Penal, adotou tal teoria, trazendo inclusive limites para sua aplicação, 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)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> §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)
>
> §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)

Sobre limitações às provas ilícitas na investigação criminal versaremos mais adiante ao tratarmos dos direitos e garantias do acusado na investigação criminal.

3.3.3 Princípio do nemo tenetur se detegere

Este princípio segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo encontra previsão no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos[18] e na convenção Americana sobre Direitos Humanos[19].

O artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal preceitua que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado". O direito ao silêncio, conforme estabelecido na Constituição Federal, é uma das decorrências do *Nemo tenetur se detegere*.

O entendimento dominante é o de que o dispositivo constitucional em destaque se presta para proteger não somente quem está preso, como também aquele que está solto, bem como qualquer pessoa a quem seja imputada a prática de um ilícito criminal. Não importando se o cidadão é suspeito, indiciado, acusado ou condenado, e se está preso ou em liberdade.

Nesse sentido, insta trazer à baila a precisa observação de Antônio Magalhães Gomes Filho, citado por Renato Brasileiro:

> (...) o direito ao silêncio estende-se a qualquer pessoa, em razão do princípio da presunção de inocência, do qual decorre que incumbe exclusivamente à acusação produzir as provas de culpabilidade(BRASILEIRO apud GOMES FILHO).

O princípio segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, portanto, é aplicável a qualquer pessoa que possa se autoincriminar e abrange o direito ao silêncio, o direito de não ser constrangido a confessar a prática

de ilícito penal e a inexigibilidade de dizer a verdade, direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo e o direito de não produzir nenhuma prova incriminadora invasiva.

Esses direitos serão aprofundados no capítulo referente aos direitos e garantias do acusado durante a investigação criminal.

3.4 Instrumentos

Os responsáveis pela investigação criminal utilizam determinados instrumentos investigatórios que podem ser típicos ou atípicos.

Segundo Valter Foleto Santin (2001, p. 32/33):

> Os instrumentos típicos de investigação criminal são policiais e extrapoliciais, conduzidos pelos órgãos de persecução penal (polícia e Ministério Público). Os instrumentos típicos policiais são o Inquérito Policial e o Termo Circunstanciado elaborados pela polícia; os típicos extrapoliciais, por procedimento de investigação realizado pelo Ministério Público.

Os instrumentos atípicos de investigação são por meios de inquéritos, procedimentos e processos judiciais, administrativos, de comissões parlamentares de inquérito e peças de informação públicas e privadas.

Dada a diversidade de instrumentos investigatórios, é pertinente tecer algumas considerações a respeito daqueles comumente utilizados, quais sejam: Inquérito Policial, Termo Circunstanciado, Comissões Parlamentares de Inquérito e Peças de Informações Particulares. Necessário, também, discorrer acerca do Inquérito Judicial.

3.4.1 Inquérito Policial

É o instrumento de investigação comumente utilizado no território brasileiro e surgiu no Brasil em 1871, com a Lei 2033, tem por objetivo a apuração de infrações penais e respectiva autoria para que o Ministério Público ou o ofendido tenham condições de ingressar com a ação penal. Assim, tem como destinatários imediatos o Ministério Público (artigo 129, I, da Constituição Federal), e o ofendido (artigo 30, do Código de Processo Penal) e como destinatário mediato o Juiz.

Cabe ressaltar que, segundo os ensinamentos de ilustre doutrinador Ricardo Lemos Thomé[20]:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> A divisão ou separação da função de polícia judiciária (investigar profissional e cientificamente para esclarecer a verdade) da função jurisdicional (julgar) foi característica marcante adotada pela legislação brasileira ainda no século XIX, quando foi criado o Inquérito Policial como instrução prévia na apuração de infrações penais. O Inquérito Policial foi mantido em todas as alterações processuais penais havidas desde então. A mais forte pressão que oInquérito Policial sofreu, data de 1936, quando Vicente Raó era Ministro da Justiça e foi organizado anteprojeto para um novo Código de Processo Penal.

O professor Renato Brasileiro conceitua o inquérito policial como "procedimento administrativo inquisitório, presidido pela autoridade policial, o inquérito consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação de fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo" (BRASILEIRO, 2013, pag. 71).

O artigo 4º, do Código de Processo Penal, dispõe que a elaboração do Inquérito Policial constitui uma das funções da Polícia Judiciária, ou seja, a competência para presidir o Inquérito Policial, foi deferida aos Delegados de Polícia de carreira (artigo 144, §§1º e 4º, da Constituição Federal).

Conforme o entendimento majoritário o inquérito policial tem natureza de procedimento administrativo, porquanto não se tratar de processo judicial ou administrativo, dado que dele não resulta diretamente nenhuma aplicação de sanção. Portanto, não há partes no sentido processual, considerando que não há uma estrutura que garanta o contraditório.

Nesse passo, prevalece na doutrina e jurisprudência o entendimento de que o inquérito policial é um procedimento inquisitorial, significa que a ele não se aplicam o contraditório e a ampla defesa. Isto por que, conforme dito alhures, trata-se de mero procedimento administrativo e dele não resulta a imposição de sanção.

Nesse sentido verbera o ilustre professor Renato Brasileiro (2013, pag. 83):

> Deveras, fossem os atos investigatórios precedidos de prévia comunicação à parte contrária, seria inviável a localização de fontes de prova acerca do delito, em verdadeiro obstáculo à

> boa atuação do aparato policial. Funciona o elemento da surpresa, portanto, como importante traço peculiar do inquérito.

Corrobora com o caráter inquisitorial do inquérito policial o disposto no artigo 107 do Código de Processo Penal, segundo o qual não se poderá opor suspeição às autoridades policias no atos de inquérito, mas deverão elas declarar-se suspeitas, quando ocorrer no caso concreto hipótese de suspeição.

Ademais, para a lavratura do auto de prisão em flagrante não é necessária a presença do defensor, pois com a alteração do Código de Processo Penal pela lei 11.449/07, passou a ser obrigatória a remessa dos auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública dentro de vinte e quatro horas após a prisão. Isso confirma o caráter inquisitorial do inquérito policial.

Ressalte-se que parte minoritária da doutrina sustenta a possibilidade de ampla defesa e contraditório no curso do inquérito policial.

Sobre essa possibilidade vaticina Marta Saad, citada por Renato Brasileiro:

> Se não se mostra apropriado falar em contraditório no curso do inquérito policial, seja porque não há acusação formal, seja porque, na opinião de alguns, sequer há procedimento, não se pode afirmar que não se admite o exercício do direito de defesa, porque esta tem lugar em todos os crimes e em qualquer tempo, e estado da causa, e se trata de oposição ou resistência à imputação informal, pela ocorrência de lesão ou ameaça de lesão.(BRASILEIRO apud SAAD, 2013, pag. 84)

Interessante trazer à baila o Decreto nº86.715/81 que regulamentou o Estatuto do Estrangeiro – Lei 6.815/80, relativamente ao procedimento de expulsão de estrangeiro, nos artigos 100 a 109 traça o procedimento a ser observado para o ato de expulsão, abrangendo a possibilidade de contraditório e ampla defesa.

Em relação às diligências investigatórias no inquérito policial, o Código de Processo Penal traz, em seu artigo 6º e 7º, um rol exemplificativo de diligências que poderão ser adotadas pela autoridade policial ao tomar conhecimento de um delito, tais como, preservação do local do crime, apreensão de objetos, colheita de provas, oitiva do ofendido, oitiva do suspeito, reconhecimento de pessoas e coisas, acareações, determinações de perícias, identificação do investigado, averiguação da vida pregressa do investigado, reconstituição do fato delituoso, dentre outras diligências que a autoridade entender pertinente à elucidação do fato delituoso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O legislador estabeleceu uma sequência lógica no Código de Processo Penal para instauração, desenvolvimento e conclusão, porém ser estabelecer uma ordem rígida, pois pela sua própria natureza e para garantir o resultado nas investigações policiais, o procedimento do inquérito deve ser flexível.

Por vezes a efetivação das diligências citadas esbarra em direito fundamentais assegurados constitucionalmente, pois, embora seja o inquérito instrumento inquisitorial, deverá respeitas os direitos e garantias do investigado e demais pessoas envolvidas no fato delituoso.

Exemplificativamente a busca domiciliar está condicionada à clausula de reserva de jurisdição, pois somente com mandado judicial a autoridade policial poderá adentra em residência alheia, ressalvados os casos especificados no artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém podendo nela penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial.

No momento oportuno, veremos detalhadamente os direitos e garantias do investigado, ocasião em que debruçaremos sobre as limitações impostas às diligências no inquérito policial.

É importante lembrar que o inquérito policial, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal[21], é mera peça informativa, e eventuais vícios dele constantes não tem o condão de contaminar o processo penal dele decorrente. Caso haja irregularidade em ato praticado no curso de inquérito, é inviável a anulação do processo penal subsequente, porquanto as nulidades processuais dizem respeito aos vícios que afetam os atos praticados dentro do processo penal[22].

3.4.2 Termo circunstanciado

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 98, I, que a União e os Estados criarão juizados especiais competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo. A Lei 9099/95, com o objetivo de instituir tais juizados, dispõe em seu artigo 61, que são consideradas infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa.

Dessa forma, a autoridade policial que tomar conhecimento de infração penal de menor potencial ofensivo, deverá lavrar um Termo Circunstanciado que será imediatamente encaminhado ao juizado, com o infrator e a vítima, não sendo admissível a prisão em flagrante nem a exigência de fiança se o infrator for imediatamente encaminhado ou assumir o compromisso de ao juizado comparecer(artigo 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95).

Segundo Fernando Capez (2009, p. 77):

> O Inquérito Policial é substituído por um simples boletim de ocorrência circunstanciado, lavrado pela autoridade policial (delegado de polícia),chamado de Termo Circunstanciado, no qual constará uma narração sucinta dos fatos, bem como a indicação da vítima, do autor do fato e das testemunhas, em número máximo de três, seguindo em anexo um boletim médico ou prova equivalente, quando necessário para comprovar a materialidade delitiva (dispensa-se o laudo de exame de corpo de delito).

Assim, o Termo Circunstanciado é um substitutivo do Inquérito Policial na tarefa de registrar e documentar os fatos delituosos de menor potencial ofensivo,assemelhando-se a um boletim de ocorrência, embora mais detalhado.

Da mesma forma que o Inquérito Policial, o Termo Circunstanciado tema função de dar ao Ministério Público os elementos necessários para formar sua*opinio delicti* para eventual início de uma ação penal, sendo que as investigações podem ser realizadas de forma simples e direta pela polícia e pelo Ministério Público, que pode tomar declarações e juntar documentos.

Valter Foleto Santin (2001, p. 38) define o Termo Circunstanciadocomo sendo um documento administrativo, expedido pela autoridade policial, em que são registrados os dados da ocorrência policial em infrações de menor potencial ofensivo, de forma simples e direta.

Tal instrumento investigatório tem o objetivo de concentrar os atos da investigação, o que facilita e acelera o conhecimento dos fatos pelo Promotor de Justiça, "proporcionando rápidas condições para o trabalho de desencadeamento do mecanismo de prestação jurisdicional criminal" (SANTIN, 2001, p. 38).

O Termo Circunstanciado, com sua simplicidade, se coaduna com os princípios da informalidade, economia processual e celeridade, norteadores do processo desencadeado perante os juizados especiais, que objetiva, sempre que

possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

3.4.3 Inquérito ou procedimento judicial

No Brasil, conforme dito alhures, o sistema processual adotado foi o acusatório, pois as tarefas de acusar, defender e julgar são exercidas por pessoas distintas.

Dessa forma, o Ministério Público é o órgão responsável pela acusação(artigo 129, I, da Constituição Federal), ao advogado ou defensor público compete a defesa do acusado(artigo 133 da Constituição Federal) e ao juiz incumbe o julgamento (artigo 5º,XXXV).

Nesse sistema, a função do juiz é julgar as medidas e ações cautelares, bem como a ação penal principal, absolvendo ou condenando oacusado.

No entanto, conforme observa Valter Foleto Santin (2001, p. 129), há alguns procedimentos com características do modelo misto com juizado de instrução contraditório, pois em alguns procedimentos de investigação prévia, tais como:crimes falimentares, delitos de organização criminosa e crimes eleitorais, aseparação de funções é tênue, já que o juiz ultrapassa sua função judicante,enveredando-se pela investigação antes de iniciado o processo.

O inquérito judicial era previsto na antiga lei de falências, o Dec. Lei nº7.661/45, artigos 103 e seguintes, funcionando como um procedimento preparatório para a ação penal, presidido por um juiz de direito, no qual era assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Quanto aos crimes falimentares, a nova Lei de Falências (Lei11.101/05) aboliu o antigo sistema bifásico, onde o próprio juiz da falência presidia as investigações dentro de um inquérito chamado judicial. Com a nova Lei, o juiz da falência, vislumbrando indícios da prática dos crimes nela previstos, cientificará oMinistério Público (artigo 187, § 2º, da Lei nº 11.101/05).

Em relação aos crimes praticados por organizações criminosas, oSupremo Tribunal Federal, na ADI 1.570[23], julgou inconstitucional o artigo 3º da Lei9.034/95 (Lei do crime organizado), que previa a possibilidade do juiz ter acesso adados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, em razão do comprometimento do princípio da imparcialidade e consequente violação ao devido processo legal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Tratando-se de crimes eleitorais, o legislador concedeu poder investigatório ao juiz. Assim, a apuração de crime eleitoral deve ser realizada pelo juiz eleitoral e não pela autoridade policial.

Tanto é assim, que o artigo 356 do Código Eleitoral estabelece que todo cidadão tem o dever de comunicar ao juiz eleitoral sobre o conhecimento de infração penal eleitoral. Ademais, compete ao Corregedor Geral ou Regional, proceder ou mandar proceder investigações, a teor do artigo 237, §3º do Código Eleitoral e artigo 19 da Lei Complementar 64/90.

Como restou demonstrado, embora seja adotado no Brasil o sistema acusatório, onde as atividades de acusar, defender e julgar são exercidas por pessoas diferentes, em determinados procedimentos o juiz ultrapassa sua função julgadora e acaba por proceder também a investigação.

Segundo Valter Foleto Santin (2001, p. 183), "a investigação preliminar do juiz brasileiro é totalmente inadequada, constituindo péssima cópia do Juizado de Instrução Francês".

A maior crítica à tal tipo de investigação reside no fato de que o mesmo juiz incumbido de investigar será o mesmo que irá julgar, o que acaba por ofender oprincípio da imparcialidade, indispensável ao devido processo legal.

3.4.5 Procedimento investigatório criminal do Ministério Público

Em vários países europeus o Ministério Público é o encarregado de proceder às investigações criminais, cabendo à autoridade policial auxiliá-lo nessa tarefa.

É assim, de acordo com Fernando Capez (2009, p. 102) na França(artigo 12 do Código de Processo Penal), Itália (artigo 327 do Código de Processo Penal), Espanha (artigo 31.1 da Lei orgânica 2/86), Portugal (Decretos-lei 35.042/45e 39.351/53), e Alemanha (artigo 161 do Código de Processo Penal).

No Brasil, o Ministério Público é o titular da ação penal. É de sua competência também a investigação de crimes praticados por seus membros (artigo18, parágrafo único da Lei Complementar 75/93 e artigo 41, parágrafo único da Lei8625/93).

No entanto, em se tratando da investigação criminal que não envolva seus membros, o Ministério Público vem encontrando resistência, não estando ainda pacificada a possibilidade de o *Parquet* presidir a investigação criminal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Assim, atualmente, é a autoridade policial que preside a investigação criminal, que depois de concluída é encaminhada ao membro do Ministério Público para formação de sua *opinio delicti*. O Promotor de Justiça tem interferência mínima,pois se limita a requisitar a instauração do inquérito ou a realização de diligências complementares.

Mas considerando a necessidade de regulamentar a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a ser realizado pelo Ministério Público, foi editada a Resolução nº 13 do CNMP, que regulamenta o artigo 8º da Lei Complementar 75/93 e o artigo 26 da Lei 8.625/93.

Dessa forma, além do Inquérito Policial e do Termo Circunstanciado, ainvestigação criminal também pode ser realizada pelo Ministério Público, através do Procedimento Administrativo Criminal.

Nesse sistema, o Promotor de Justiça preside diretamente ainvestigação, podendo praticar todos os atos que entender necessários para ooferecimento da denúncia ou arquivamento do procedimento, além de contar com oapoio da polícia se julgar conveniente.

As diligências que importarem em constrangimento aos direitos e garantias fundamentais, tais como prisão, interceptação telefônica, busca eapreensão, dentre outras, deverão ser analisadas pelo Judiciário, pois a legalidade do ato deve ser verificada.

Os que criticam esse sistema alegam que ao atribuir tal poder ao Promotor de Justiça, se estaria criando o "Império do Ministério Público", alegam ainda que ao entregar a investigação preliminar ao Promotor de Justiça, a fase pré-processual se transformaria em algo voltado exclusivamente para a acusação, o que acarretaria prejuízos à defesa.

Já para aqueles que defendem a possibilidade do Parquet presidir ainvestigação preliminar, a justificativa reside no fato de a investigação estar a cargo do titular da ação penal, além da economia e celeridade processual.

Conforme veremos no tópico referente à competência para realização de investigação criminal, o Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento no sentido de ser plenamente possível e constitucional a investigação criminal realizada pelo Ministério Público.

3.4.6 Inquéritos parlamentares

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De acordo com o artigo 2º, da Constituição Federal, são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e oJudiciário. Assim, cabe ao Legislativo legislar, ao Judiciário resolver os conflitos de interesses e, ao Executivo compete a administração do governo. Essas são suas funções típicas.

No entanto, além dessas funções típicas, cada um dos Poderes da União exerce também funções atípicas.

Dessa forma, consoante observa Demóstenes Torres (2009, p. 29), oExecutivo pode legislar, editando Medidas Provisórias, o Judiciário, ao exercer ocontrole de constitucionalidade, interfere na ordem jurídico-legal e o Legislativo exerce o poder-dever de fiscalizar o governo.

A fim de exercer tal poder-dever, o Legislativo pode instalar e fazer funcionar as Comissões Parlamentares de Inquérito.

Previstas no artigo 58, § 3º da Constituição Federal, as Comissões Parlamentares de Inquérito tem poderes de investigação próprios das autoridadesjudiciais, e são criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros,para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo que suas conclusões,se for o caso, são encaminhadas ao Ministério Público, para que promova aresponsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Trata-se de uma forma de investigação criminal atípica, uma vez que afunção principal de tais entes parlamentares é legislar.

Entendidas por José Frederico Marques (2000, p. 154) como uma forma investigatória toda especial, consubstanciada em toda e qualquer investigação levada a efeito por uma comissão escolhida por uma ou ambas as Casas Legislativas para a verificação de fatos ou a aquisição de informações necessárias ao exercício das funções parlamentares, tais Comissões são instituições importantíssimas no sistema de freios e contrapesos.

Historicamente, fruto de conflitos e acordos políticos ocorridos durantea Revolução Inglesa, as Comissões Parlamentares de Inquérito foram instituídas pioneiramente na Grã-Bretanha, tornando-se costumeiras no Parlamento inglês apartir do século XVII.

Ao servirem como exemplo aos parlamentos dos países democráticos,as comissões acabaram-se por se tornar um imprescindível mecanismo do Legislativo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

na investigação de assuntos determinados, como a conduta imprópria de governantes (TORRES, 2009, p. 31).

No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a prever expressamente as Comissões Parlamentares ao determinar que a Câmara dos Deputados criasse Comissões de Inquérito sobre fatos determinados, sempre que orequerer a terça parte dos seus membros (artigo 36 da Constituição Federal de1934).

Não previstas na Constituição de 1937, as Comissões Parlamentares de Inquérito foram restabelecidas pela Constituição de 1946 (artigo 53), e mantidas pela Constituição de 1967 (artigo 39) que, no entanto, estabeleceu limites temporais ao dispor que durariam por prazo certo.

Relativamente à Constituição Federal de 1988, Demóstenes Torres(2009, p. 32) diz:

> Não abriga dúvidas quanto à disciplina das competências investigatórias de uma comissão parlamentar de inquérito. Definiu com rigor as características que regem o funcionamento das comissões de inquérito. E, ao fazê-lo,elevou à estatura magna os marcos institucionais necessários para que a investigação parlamentar se convertesse em um poderoso instrumento de combate aos desmandos administrativos que marcam o Estado brasileiro e,assim, contribuir para o fortalecimento da democracia política no Brasil.

Assim, também previstas na atual Constituição, que entre outros aspectos dotou-as de poderes próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos internos das respectivas Casas (artigo 58, § 3º).

Com relação à legislação infraconstitucional, as Comissões Parlamentares de Inquérito são regidas pela Lei 1.579/52, além da Lei 10001/00 eLei complementar 105/01 e pelos Regimentos Internos da Câmara, Senado eCongresso Nacional.

De acordo com a Lei 1579/52, as Comissões Parlamentares de Inquérito terão ampla ação nas pesquisas destinadas a apurar os fatos determinados que deram origem à sua formação e no exercício de suas atribuições,poderão determinar as diligências que reportarem necessárias e requerer aconvocação de Ministros de Estado, tomar o depoimento de quaisquer autoridades federais, estaduais ou municipais, ouvir os indiciados, inquirir testemunhas sob compromisso, requisitar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de repartições públicas e autárquicas informações e documentos, e transportar-se aos lugares onde se fizer mister a sua presença, cuja incumbência termina com a sessão legislativa em que tiver sido outorgada, salvo deliberação da respectiva Câmara, prorrogando-a dentro da Legislatura em curso.

A Lei 10.001/00 prevê que os Presidentes da Câmara dos Deputados,do Senado Federal ou do Congresso Nacional encaminharão o resultado da investigação ao Ministério Público ou às autoridades administrativas ou judiciais com poder de decisão para a prática de atos de sua competência, sujeitando aautoridade que descumprir os preceitos desta lei a sanções administrativas, civis epenais.

A Lei Complementar 105/01 que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, prevê em seu artigo 4º, §1º que as Comissões Parlamentares de Inquérito obterão as informações e documentos sigilosos de que necessitarem, diretamente das instituições financeiras, ou por intermédio do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários.

Quanto aos poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito,Alexandre de Moraes (2009, p. 385/386) diz:

> As Comissões Parlamentares de Inquérito, portanto e em regra, terão os mesmos poderes instrutórios que os magistrados possuem durante a instrução processual penal, inclusive com a possibilidade de invasão das liberdades públicas individuais, mas deverão exercê-los dentro dos mesmos limites constitucionais impostos ao Poder Judiciário, seja em relação ao respeito aos direitos fundamentais, seja em relação à necessária fundamentação e publicidade de seus atos, seja, ainda, na necessidade de resguardo de informações confidenciais, impedindo que as investigações sejam realizadas com a finalidade de perseguição política ou de aumentar o prestígio pessoal dos investigadores, humilhando os investigados e devassando desnecessária e arbitrariamente suas intimidades e vidas privadas.

Por sua vez, José Cretella Junior (1999, p. 270/271) ensina:

> A Constituição investe a Comissão Parlamentar de Inquérito em vários poderes. Não, porém, no de julgar. A Comissão Parlamentar de Inquérito não tem poder jurisdicional. Não julga. Não aplica a lei ao caso concreto. No entanto, a regra

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> jurídica constitucional lhe deu poderes próprios e semelhantes aos atribuídos às autoridades judiciais. Assim, pode a Comissão Parlamentar de Inquérito, no exercício de suas funções,determinar o comparecimento de testemunhas, tomar-lhes depoimentos,promover diligências, requisitar documentos, certidões, pedir informações a qualquer repartição pública, ou órgão federal, estadual, municipal, distrital ou territorial, expedir notificações. Enfim, como diz a Constituição, a Comissão Parlamentar de Inquérito terá poderes de investigação tão grandes quanto os poderes das autoridades judiciais, exceto o de julgar.

Demóstenes Torres (2009, p. 41) lembra que o Supremo Tribunal Federal limita os poderes das Comissões sob o argumento de que não podem formular acusações e nem punir delitos. Lembra, ainda, que no Mandado de Segurança 23455-DF, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as Comissões Parlamentares de Inquérito não podem decretar o bloqueio de bens, prisões preventivas e buscas e apreensões de documentos de pessoas físicas ou jurídicas sem ordem judicial. Já no HC 71039-RJ entendeu-se que a prisão que for decretada pelo presidente de uma Comissão Parlamentar de Inquérito extravasa os limites impostos pela lei.

Como exposto, embora existindo previsão expressa de que as Comissões Parlamentares de Inquérito possuem poderes de investigação próprios das autoridades judiciais (artigo 58, § 3º da Constituição Federal), há o entendimento de que seus poderes não são plenos.

3.4.7 Peças de informações particulares

O artigo 27, do Código de Processo Penal, estabelece que qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e aautoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.Ou seja, qualquer do povo que tenha documentos que demonstrem aprática de uma infração penal poderá remetê-los ao membro do Ministério Público afim de que este ingresse com a ação penal.

Também a imprensa e os meios de comunicação podem produzir matérias jornalísticas contendo dados e informes suficientes para permitir embasamento à ação penalll (SANTIN, 2001, p. 46).

Segundo José Frederico Marques (2000, p. 157) "trata-se, no caso, *denotitia criminis* informativa, que se assemelha a verdadeira investigação realizada por órgãos não estatais".

E sendo tais elementos probatórios suficientes para a propositura da ação penal, o Ministério Público dispensará o inquérito e oferecerá denúncia, pois oinquérito não é fase obrigatória da persecução penal, podendo ser dispensado.

Portanto, embora não sejam instrumento de investigação propriamente ditos, as peças de informações particulares podem servir de subsídio para a propositura da ação penal.

4.COMPETÊNCIA

A competência para exercer a atividade investigatória não é exclusiva da Polícia Judiciária. Com efeito, o Código de Processo Penal, em seu artigo 4º, parágrafo único, estabelece que "a competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função".

4.1 Investigação criminal pelo Ministério Público

Muito se divergiu, na doutrina e na jurisprudência, sobre a possibilidade de o Ministério Público realizar investigação Criminal.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado no dia 10 de março de 2009, colocou uma pá de cal na divergência ao reconhecer por unanimidade que existe a previsão constitucional de que o Ministério Público tem poder investigatório.

Nos dizeres da Ministra Ellen Gracie, colacionado nos auto no aresto HC 91661 PE[24]:

É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*.

O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia.

Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia.

Em recente decisão, o plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu, nos autos no Recurso Extraordinário 593727, a legitimidade do Ministério Público para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal e fixou os parâmetros da atuação do Ministério Público.

Em sessão realizada nesta quinta-feira (14), o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade do Ministério Público para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal e fixou os parâmetros da atuação do Ministério Público. Por maioria, o Plenário negou provimento ao Recurso Extraordinário de número 593727, com repercussão geral reconhecida. Com isso, a decisão tomada pela Corte será aplicada nos processos sobrestados nas demais instâncias, sobre o mesmo tema.

Entre os requisitos, os ministros frisaram que devem ser respeitados, em todos os casos, os direitos e garantias fundamentais dos investigados e que os atos investigatórios – necessariamente documentados e praticados por membros do MP – devem observar as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição, bem como as prerrogativas profissionais garantidas aos advogados, como o acesso aos elementos de prova que digam respeito ao direito de defesa. Destacaram ainda a possibilidade do permanente controle jurisdicional de tais atos.

No recurso analisado pelo Plenário, o ex-prefeito de Ipanema (MG) Jairo de Souza Coelho questionou decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG) que recebeu denúncia em que o Ministério Público mineiro (MP-MG) o acusa de crime de responsabilidade por suposto descumprimento de ordem judicial referente a pagamento de precatórios. No caso, a denúncia teria sido subsidiada, unicamente, por procedimento administrativo investigatório realizado pelo próprio MP, sem participação da polícia.[25]

A tese acolhida pelo Supremo Tribunal federal foi a seguinte: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo

razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição"[26]

Vejamos, a título de conhecimento, os dizeres do Ministro Marco Aurélio no voto vencido, o qual comungou pela ilegalidade da investigação criminal pelo Ministério Público, nesse importante julgado[27]:

> Descabe a aplicação da teoria dos poderes implícitos, pois a medida pressupõe vácuo normativo. Somente se a Carta não houvesse disciplinado acerca da investigação criminal, se mostraria possível a observância dessa teoria com a finalidade de suprir a omissão do constituinte. Reafirmo: os preceitos constitucionais envolvidos não só atribuíram a atividade a outro órgão - polícias judiciárias (federal e civil) - como a versaram de forma exclusiva.

As exceções quanto à investigação criminal, para estarem dentro dos parâmetros constitucionais, necessitam de previsões expressas e balizas bem definidas de comoserão realizadas as atividades, a publicidade, o controle, etc. O Ministério Público não possui amparo legal para atuar nesse campo. A título de regulamentação do artigo 8º da Lei Complementar nº 78/93 e do artigo 26 da Lei nº 8.625/93, foram estabelecidos, na Resolução nº 13, do Conselho Nacional do Ministério Público, poderes investigatórios em matéria criminal em favor do Ministério Público, consubstanciando flagrante violação ao artigo 22, inciso I, da Carta Federal.

O artigo 4º do Código de Processo Penal definiu, como atribuição da polícia judiciária, apurar infrações penais e a autoria correlata. A dispensabilidade do inquérito policial não serve de fundamento para autorizar a investigação por parte do Ministério Público, porquanto o inquérito é prescindível quando já existem outros elementos de convencimento para atuação do titular da ação penal (artigo 12 do Código de Processo Penal).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O fato de estar impossibilitado de investigar de forma autônoma não conduz ao desconhecimento do que for apurado. O Ministério Público, como destinatário das investigações, deve acompanhar o desenrolar dos inquéritos policiais, requisitando diligências, acessando os boletins. Em elaboração RE 593727 / MG ocorrências e exercendo o controle externo. O que se mostra inconcebível é um membro do Ministério Público colocar uma estrela no peito, armar se e investigar. Sendo o titular da ação penal, terá a tendência de utilizar apenas as provas que lhe servem, desprezando as demais e, por óbvio, prejudicando o contraditório e inobservando o princípio da paridade de armas. A função constitucional de titular da ação penal e fiscal da lei não se compatibiliza com a figura do promotor inquisitor. O direito alienígena também não auxilia na solução da questão, pois os órgãos e atividades envolvidas possuem regras constitucionais próprias, bem estabelecidas, que não deixam margens a interpretações evolutivas.

A má estruturação de algumas polícias e os desvios de condutas que possam existir nos quadros policiais não legitimam, no contexto jurídico, as investigações do Ministério Público. O Judiciário vem, ao longo do tempo, evoluindo, para proporcionar tutela jurídica adequada. No entanto, as interpretações implementadas apenas são cabíveis quando há espaço normativo para tanto, sob pena de virem à baila decisões judiciais como opções puramente subjetivas dos julgadores, sem respaldo no arcabouço jurídico pátrio, contrariando regra constitucional expressa. Há de haver a autocontenção. Nunca é demasia lembrar que a atuação judicante é vinculada ao Direito posto e que a Lei das leis submete a todos indistintamente."

Embora plausível a tese sustentada pelo ilustre ministro, o que prevalece hodiernamente é a possibilidade de o Ministério Público proceder a investigações criminais, respeitados, contudo, os direito e garantias dos investigados

4.2 Polícia Judiciária

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trata no Capítulo

III da "Segurança Pública" e no Art. 144, determina[28]:

A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal;II - polícia rodoviária federal;III - polícia ferroviária federal;IV - polícias civis;V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

A competência da polícia civil está determinada no parágrafo 4º, *in fine*:

> às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Consoante aos ensinamentos de Fabbrini Mirabete, "a polícia, instrumento da Administração, é uma instituição de direito público, destinada a manter e a recobrar, junto à Sociedade e na medida dos recursos de que dispões, a paz pública ou a segurança individual"[29].

Segundo a doutrina majoritária, à polícia são atribuídas duas funções principais, quais sejam, as funções de Polícia Administrativa e Polícia Judiciária.

Relativamente à função de Polícia Administrativa, trata-se de atividade de cunho preventivo, ligada à segurança, visando impedir a pratica de atos lesivos à sociedade.

Quanto à função de Polícia Judiciária, trata-se de atividade de caráter repressivo, auxiliando o Poder Judiciário após a prática de infração penal, tendo por objetivo principal a colheita de elementos de informação relativos à materialidade e à autoria da infração penal, a fim de que o Estado possa exercer legitimamente o *ius puniendi.*

Nesse passo dispõe o artigo 4º, *caput*, do Código de Processo Penal, que a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá, por fim, a apuração das infrações penais e de sua autoria.

Vale ressaltar que Renato Brasileiro sustenta ainda à função de Polícia Investigativacomo uma função diversa da judiciária(BRASILEIRO, 2013, pag. 75), embora admita que a maioria da doutrina entenda que a função investigativa se confunde com a judiciária.

Ultrapassadas as pontuações conceituais sobre a polícia, é de se ressaltar que a investigação e, consequentemente, colher elementos que comprovem a materialidade e indícios de autoria de um fato criminoso, é uma das principais funções da polícia judiciária, embora outras lhe sejam outorgadas pela Constituição Federal e pela lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesse passo, cumpre trazer à baila a lei 12.830/2013, que trata da investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia.

Cumpre ressaltar que essa lei não exclui a competência de outros órgãos realizar investigação criminal, mas, sim, regula a investigação criminal conduzida por delegado de polícia.

A referida lei em seu artigo 4ª diz que "*a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria*".

4.3 Conselho de Controle de atividade financeiras- COAF

O Conselho de Controle de atividade financeiras- COAF, órgão criado no âmbito do Ministério da Fazenda, foi instituído pela Lei 9.613, de 1998, e atua eminentemente na prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo[30].

Tem em conta que o processo de lavagem de capitais envolve, obrigatoriamente, a movimentação de bens, valores ou direitos, estabeleceram-se mecanismos de controle de registros de operações consideradas suspeitas.

A lei 9.613/98 determinou, em seu artigo 9º, as espécies de atividades sujeitas à fiscalização permanente por parte da correspondente pessoa jurídica ou física, que se vê obrigada a comunicar ao Conselho de Controle de atividade financeiras a relação de operações suspeitas, de forma a viabilizar uma investigação.

A maioria dos encargos é dirigida às pessoas jurídicas que mantenham atividades ligadas aos sistemas financeiros e econômicos, compelindo-os a identificar seus clientes, manter registros das operações com eles realizadas e comunicar reservadamente as transações suspeitas que ultrapassem o valor-limite fixado pela autoridade. Não obstante, o artigo 9º abarca outras instituições, e inclusive pessoas físicas que, por terem como atividade principal ou acessória, o giro de médias e grandes quantidades de dinheiro, podem ser utilizadas para lavagem de dinheiro.

O artigo 10 da lei 9.613/98 consagra a chamada política do *know your costumer*, arma eficaz no combate à lavagem de capitais segundo a qual é dever da instituição financeira conhecer o perfil de seu correntista de forma que seja possível a definição de um padrão de movimentação financeira compatível com os rendimentos declarado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Desta feita, existindo incompatibilidade de movimentação financeira, deve-se dar notícia da operação suspeita à autoridade administrativa que adotará as providências necessárias à elucidação do fato e verificação da legalidade da operação.

Após o procedimento investigativo, na hipótese de o Conselho de Controle de atividade financeiras concluir pela existência de indícios suficientes da prática de crimes previstos na lei de lavagem de capitais ou de qualquer outro fato delituoso, comunicará à autoridades competentes para instauração dos procedimentos cabíveis.

4.4 Polícia Militar

A Constituição Federal em seu artigo 144, §4º, estabelece que "às policias civis, dirigidas por polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciárias e a apuração de infrações penais, *exceto as militares."*

A Constituição ressalva a infrações penais militares da competência da polícia civil. Portanto, a investigação de crimes militares é realizada por intermédio de inquérito policial militar.

O inquérito policial militar nos dizeres do ilustre mestre Renato Brasileiro, "*é a apuração sumária de fato que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria. Tem caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal (CPPM, art.9º)".*

O Supremo Tribunal Federal foi instado a manifestar sobre a constitucionalidade dos artigos do Código de Processo Penal Militar que atribuem aos militares a competência para proceder investigações criminais, sob o argumento de que não haviam sido recepcionados pela Constituição Federal. A Suprema Corte, na ocasião, entendeu que não é possível atribuir a investigação de fatos tipicamente militares à Policia Federal ou à Polícia Civil.[31]

Nas Forças Armadas ou no âmbito das polícias militares, não há cargo especifico destinado exclusivamente ao exercício de atividade investigativa.

A atividade investigativa exercida pela polícia judiciária militar é exercida pelas autoridades elencadas no artigo 7º do Código de Processo Penal Militar, ou seja, pelo Comandante da Organização Militar em que o delito foi praticado, ou à qual pertença o militar infrator.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O Código de Processo Penal, no entanto, prevê a possibilidade de delegação dessas atividades a oficiais da ativa, para fins especificados e por tempo limitado, e é denominada de encarregada do inquérito policial militar.

É importante salientar que a delegação de que tratamos aqui deve recair em oficial de posto superior ao do indiciado, seja este oficial da ativa, da reserva remunerada, ou não, ou reformado (BRASILEIRO, 2013, pag.144).

O Código de Processo Penal Militar descreve algumas atribuições da polícia judiciária militar, quais sejam: apurar crimes militares, bem como os que, por lei especial, estão sujeitos à jurisdição militar, e sua autoria. Além dos crimes militares, o Código de Processo Penal Militar prevê que os crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil, que passaram a ser julgados pela Justiça Comum a partir da lei 9299/96, podem ser objeto de investigação em inquéritos militares (CPPM, art.82,§2º); prestar aos órgãos da justiça militar e aos membros do Ministério Público as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos, bem como realizar as diligências necessárias à instrução e julgamento dos processos, bem como realizar as diligências que por eles forem requisitadas; cumprir mandados de prisão expedidos pela justiça militar; representar a autoridades judiciárias militar acerca da prisão preventiva e da insanidade mental do indiciado, dentre outros.

Do exposto se percebe a polícia judiciária militar tem atribuições similares àquelas atribuídas à polícia judiciária, porém adstrita ao âmbito militar.

4.5 Investigação criminal pela autoridade judiciária

Conforme visto alhures ao tratarmos do tema referente aos instrumentos de investigação criminal, passamos pelo inquérito judicial e pode-se concluir que não é mais possível proceder a inquérito judicial em crimes falimentares nem em crimes praticados por organizações criminosas.

Não obstante, permanece em nosso sistema jurídico a previsão de investigação judicial na hipótese de indício de prática de crime por parte de magistrado. Nesse caso a lei complementar 35/79, no artigo 33, parágrafo único, estabelece que, quando no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou Órgão Especial competente para o julgamento, a fim de que se prossiga na investigação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A doutrina sustenta que deve-se interpretar esse artigo à luz da Constituição Federal, que adotou o sistema acusatório em seu artigo 129, inciso I, do qual deriva as separações das funções de investigar, acusar, defender e julgar.

Renato Brasileiro verbera a respeito da interpretação desta regra, vejamos:

> Não se pode, pois, querer atribuir ao próprio Tribunal de Justiça ou ao Órgão Especial que irá julgar o magistrado a tarefa de investigar infrações penais por ele praticadas, sob pena de evidente violação à imparcialidade e ao devido processo legal. Na verdade, em tais situações, ao Tribunal de Justiça ou ao órgão especial deve ser reservada apenas a atividade de supervisão judicial durante toda a tramitação das investigação, desde a abertura dos procedimentos investigatórios até eventual oferecimento, ou não de denúncia pelo titular da ação penal.

Eugênio Pacelli de Oliveira[32] comunga no sentido de que "*não há como recusar a impossibilidade constitucional de se deferir à autoridade judiciária a titularidade para a própria investigação, e não somente para a presidência do inquérito, como ocorria no juízo falimentar*".

Desta feita, ainda que se atribua ao Tribunal ou órgão especial apenas a presidência da investigação criminal nos casos de indício de crime praticado por magistrado, é de se concluir que é possível a investigação criminal judicial nesses casos específicos.

4.6 Investigação Criminal defensiva

A investigação criminal defensiva é muito questionada no processo penal brasileiro, sob o argumento de que não há legal autorizando a defesa a proceder investigações.

Não obstante, os defensores da tese de que é possível a investigação criminal defensiva no Brasil, sustentam que pelo Decreto 592/1992, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e, pelo 678/1992, o Pacto de São José da Costa Rica foram incorporados ao nosso sistema jurídico.

Os referidos tratados internacionais versam sobre atutela dos direitos humanos, devem ser observados com status de norma supralegal, como preceitua o art. 5.º, § 2.º, da Constituição Federal[33].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos[34] garante os direitos a: "dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa" e "obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação".

Relativamente ao Pacto de São José da Costa Rica[35] prevê "a concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa" e o "direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos"

Ressalte-se que o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional também foi promulgado pelo Decreto 4.388/2002 e, igualmente aos dois Pactos supracitados, constitui garantias ao acusado. E, segundo os defensores da possibilidade de investigação defensiva, pode ser tais preceitos aplicados, também, ao investigado;

André Boiani e Azevedo e Édson Luís Baldan, citados por Renato Brasileiro, em definição irretocável, conceituam a investigação defensiva, senão vejamos:

> O complexo de atividade de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na ante-judicial pelo defensor, com ou sem a assistência de consulente técnico e/ou investigador privado autorizado, tendente À coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, gozo da parcialidadeconstitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto a investigação ou acusações oficiais. (RENATO apud ANDRÉ BOIANI e AZEVEDO e ÉDSON LUÍS BALDAN)

De acordo com o projeto de lei 156/09[36], o novo Código de Processo Penal, em seu artigo 13[37], passará a ser facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. Tais entrevistas deverão ser precedidas de esclarecimentos sobres seus objetivos e do consentimento das pessoas ouvidas.

Deve-se ressaltar, entretanto, que essa investigação não se confunde com a participação do defensor nos autos do inquérito policial, a qual é prevista no artigo

14 do Código de Processo Civil, pois na investigação defensiva incumbe ao defensor delimitar a estratégia investigatória, não estando vinculado às autoridades públicas.

É importante frisar, que a despeito de ser um importante instrumento investigatório, pois assegura a paridade de armas, não há, no direito processual brasileiro, regulamentação da investigação criminal defensiva.

Renato Brasileiro afirma que "*enquanto não aprovado o novo CPP, deve-se considerar se possível a investigação pela defesa como espécie de investigação por particular*".

A investigação por particular foi criada pela lei 3.099, de 24.02.1957, e regulamentada pelo Decreto nº 50.532, de 03.05.1961. Sendo estes aplicáveis à investigação defensiva.

Portanto, a investigação defensiva não terá, pelo menos até que se promulgue o novo CPP, o caráter de coercitivo, típico nos atos do Estado.

5. DIREITOS E GARANTIAS DO ACUSADO DURANTE A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Embora a fase de investigação seja eminentemente inquisitiva, o que faz com que seja bastante limitada a possibilidade de ampla defesa e contraditório nesta fase pré processual, não se pode negar ao investigado a observância dos direitos e garantias assegurados pela Constituição, pela lei.

A investigação criminal tem o escopo de elucidar um fato delituoso, confirmando sua materialidade e colhendo indícios de sua autoria, possibilitando a persecução penal. Tem, portanto, importante papel na elucidação de fatos delituosos e na devida aplicação da lei penal

Não obstante, a despeito desse importante desiderato, não poderá as autoridades competentes à investigação criminal, deixar de observar os limites da investigação relativamente à pessoa do investigado.

Passamos a dispor sobre essas limitações, bem como os direitos e garantias do acusado durante a investigação criminal.

5.1 Direitos e garantias constitucionais

A Constituição assegura uma ampla gama de direitos e garantias à pessoa cuja liberdade possa ser retirada pelo exercício do Poder de Punir do Estado, sobre

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

esses direitos e garantias, como forma de limitação ao exercício da investigação criminal, passamos a discorrer.

5.1.1 Presunção de inocência/ não culpabilidade ou estado de inocência

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVII, preceitua que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Daí se retira o postulado da presunção de inocência com todas as regras que lhes são inerentes.

É importante salientar que no direito brasileiro esse direito somente passou a ter previsão expressa com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Cesare Beccaria, citado por Renato Brasileiro, em sua célebre obra *Dos Delito e das Penas*, já advertia que "um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz. E a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada" (BRASILEIRO, 2013, pag.7)

A Declaração de Direitos do Homem e do cidadão, de 1979, acolheu em seu artigo 9º, o direito de o cidadão não ser declarado culpado enquanto houver dúvida sobre sua culpabilidade.

A Declaração Universal de Direitos Humanos[38], aprovada pela Assembleia das Organizações Unidas- ONU, em 10 de dezembro de 1948, em seu artigo 11.1, assim dispõe que: "*Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas*".

Igualmente, esse direito encontra previsão na Convenção Americana sobre Direitos Humanos- Decreto nº 678/92, artigo 8º, §2º, assegura que: *"Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".*

Esse importante preceito encontra guarida também na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, artigo 6.2, e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos- artigo 14.2.

A jurisprudência pátria não tem um rigor terminológico em relação a esse direito, pois, ora refere-se à presunção de inocência, ora à não culpabilidade. A

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

doutrina mais autorizada considera inócua a discussão acerca da terminologia empregada.

Badaró, citado por Renato Brasileiro, adverte que não há diferença entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, sendo inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível - , devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. (RENATO apud BADARÓ, 2013, pag. 8)

Diante disso trataremos as terminologias como equivalente no presente trabalho.

Da garantia ora estudada surgem duas regras fundamentais, quais sejam, de tratamento e probatória. O presente trabalho irá se ater à regra de tratamento, pois é cediço que na investigação não há produção de provas, mas, sim colheita de elementos de informação.

Relativamente à regra de tratamento no curso da investigação surge para a autoridade competente para realizar a investigação o dever de se portar e se referir ao investigado como suspeito, pois da investigação não poderá surtir efeitos prejudiciais ao investigado, no sentido de antecipação de punição de qualquer espécie, antes de ser considerado efetivamente culpado.

Nesse sentido, a sumula vinculante de número 11 do Supremo Tribunal Federal[39] dispõe que:

> Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Essa importante súmula reforça o direito da presunção de inocência, pois visa impedir o uso desarrazoado de algemas. Pois, ressalvadas as hipóteses em que o uso da algema será considerado lícito, o uso de algemas pode causar à pessoa suspeita de um crime sérios danos e prejuízos em sua vida pessoal e social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ainda sobre a regra de tratamento, a presunção de inocência não é impeditivo para a decretação de prisão temporária, pois esta é ditada por razões excepcionais e tendente a garantir a eficácia das investigações criminas.

A prisão temporária foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1989, com a edição da Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro daquele ano, convertida posteriormente na Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989.

A lei 7.960/89 traz um rol taxativo de hipóteses em que a prisão temporária poderá ser decretada sem que configure lesão ao princípio da presunção de inocência, quais sejam:"I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso; b) sequestro ou cárcere privado;c) roubo; d) extorsão; e) extorsão mediante sequestro; f) estupro;g) atentado violento ao pudor; h) rapto violento;i) epidemia com resultado de morte;j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; l) quadrilha ou bando;m) genocídio (arts. 1°, 2° e 3° da Lei n° 2.889, de 1° de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei n° 6.368, de 21 de outubro de 1976);o) crimes contra o sistema financeiro (Lei n° 7.492, de 16 de junho de 1986).

Cumpre salientar que de acordo com a posição majoritária na doutrina, somente é possível decretar a prisão temporária quando houver fundadas razões de autoria e participação do indiciado nos crimes listados nos incisos II do artigo 1º da referida lei, associada à imprescindibilidade de segregação cautelar para a investigação policial ou à situação de ausência de residência certa ou identidade incontroversa. (BRASILEIRO, 2013, pag. 952)

É importante trazer à baila o fato de somente a autoridade policial ou o órgão do Ministério Público poder requer à autoridade judicial a decretação de prisão temporária, assim preceitua o artigo 2º da supramencionada lei que: "*A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade".*

Portanto os outros entes competentes para a investigação criminal não poderão requerer à autoridade judicial a decretação de prisão temporária.

Da presunção de inocência se impõe que a restrição da liberdade do investigado somente poderá ocorrer nas hipóteses de medidas cautelares e em caráter excepcional, quando as circunstancias do caso concreto justifiquem tal medida.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 73.338-RJ[40] e HC 89.501-GO[41], respectivamente, asseverou o seguinte:

> "HABEAS CORPUS" - CRIME HEDIONDO - PRISÃO PREVENTIVA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA IDÔNEA - INVOCAÇÃO DE CLAMOR PÚBLICO - INADMISSIBILIDADE - FUGA DO RÉU - FUNDAMENTO INSUFICIENTE QUE, POR SI SÓ, NÃO AUTORIZA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR - CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO - PEDIDO DEFERIDO. A PRISÃO PREVENTIVA CONSTITUI MEDIDA CAUTELAR DE NATUREZA EXCEPCIONAL
>
> . - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu
>
> . - A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes. O CLAMOR PÚBLICO, AINDA QUE SE TRATE DE CRIME HEDIONDO, NÃO CONSTITUI, SÓ POR SI, FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE
>
> . - O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312)- não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. Precedentes

. - A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. PRISÃO CAUTELAR E EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA

. - A mera evasão do distrito da culpa - seja para evitar a configuração do estado de flagrância, seja, ainda, para questionar a legalidade e/ou a validade da própria decisao de custódia cautelar - não basta, só por si, para justificar a decretação ou a manutenção da medida excepcional de privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu

. - A prisão cautelar - qualquer que seja a modalidade que ostente no ordenamento positivo brasileiro (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de sentença de pronúncia ou prisão motivada por condenação penal recorrível) -somente se legitima, se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do "status libertatis" do indiciado ou do réu. Precedentes. O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL

. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV)- não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário,

> culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII)- presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário.

O princípio da presunção de inocência se estende para fora do âmbito de investigação, pois deve inibir a estigmatização do investigado funcionando como limite à abusiva exploração da mídia em torno do fato criminoso e do investigado.

Ressalte-se ainda que a regra de tratamento oriunda do princípio constitucional da presunção de inocência impede que o Poder Público se comporte em relação ao suspeito ou indiciado, como se estes já houvessem sido condenados.

Nesse sentido, o simples fato de haver inquérito policial em que o indivíduo conste como investigado ou indiciado, não poderá servir de fundamento para negar o exercício de direito sob o argumento de maus antecedentes ou má conduta.

Nesse sentido vejamos o seguinte arestos do Superior Tribunal de Justiça[42]:

> "MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE VIGILANTE PARTICULAR. EXIGÊNCIA DO ART. 109, VI, DA PORTARIA Nº 387/2006 - DG/DPF. CURSO DE RECICLAGEM. INSCRIÇÃO IMPOSSIBILITADA. EXISTÊNCIA DE ATO COATOR. IMPETRAÇÃO DO MANDAMUS. CABIMENTO. INQUÉRITO POLICIAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA. APELAÇÃO PROVIDA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> 1. Cuida-se apelação interposta por Hélio Bernardino da Silva contra se:ntença proferida pelo douto Juízo da 21ª Vara da SJPE que rejeitou a petição inicial, na qual se pretende a afastar a aplicação do art. 109, inciso VI, da Portaria n.º 387/2006 - DG/DPF relativo ao registro de procedimento criminal referente ao boletim de ocorrência, garantindo a matrícula e freqüência do Impetrante em7 curso de formação de vigilantes, e extinguiu o feito sem julgamento de mérito, por entender ser a portaria genérica e abstrata, equiparável a lei em tese, não cabendo contra ela impetração de mandado de segurança. 2. O art. 46, I, da Portaria nº 387/2006 DG/DPF, obriga às empresas de curso de formação de vigilante a aceitarem apenas alunos que preencham os requisitos do art. 109 da referida Portaria, bem como está comprovado, nos autos, que a exigência do inciso VI do artigo retro obsta a siia participação em curso, de reciclagem de vigilantes. Assim, caracterizada a existência de ato coator concreto contra o qual manejado o mandado de segurança ora em grau de recurso neste Tribunal, deve ser reformada a sentença que extinguiu o feito sem julgamento de mérito por entender que a impetração teria sido dirigida contra lei em tese. 3. Os requisitos para o exercício da profissão de vigilante são aqueles constantes no art. 16, da Lei nº 7.102/83, e no art. 109, da Portaria nº 387/2006 - DG/DPF. 4. A exigência de certidão de não responder a inquérito policial ou a processo criminal, prevista no art. 109, inciso VI, da Portaria n.º 387/2006 - DG/DPF extrapola a previsão legal do art. 16, inciso VI, da Lei n.º 7102/83, que requer, apenas, não ter antecedentes criminais registrados, o que significa, em face do princípio constitucional da presunção de inocência, não ter condenações penais transitadas em julgado. A Portaria viola, assim, os princípios constitucionais da reserva legal e da presunção de inocência.

Assim, a presunção de inocência, embora não raras vezes seja desrespeitada na prática das investigações criminais, seja pelo despreparo dos agentes públicos, seja pela estigmatização do investigado, deverá ser observada, ainda que pela imposição do Poder Judiciário.

5.1.2. Direito de defesa

Conforme dito alhures, a fase de investigação é eminentemente inquisitiva, não havendo espaço para contraditório e ampla defesa.

Não obstante, ainda que mínima, é possível possibilitar ao investigado o direito de defesa no curso da investigação criminal.

O contraditório é direcionado ao equilíbrio da relação processual, já o direito à ampla defesa é princípio constitucional voltado para o indivíduo. A ampla defesa significa dizer que ao acusado "*é reconhecido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação*". (NUCCI, 2012, p. 40).

Nesse passo, não se pode deixar de observar no curso da investigação criminal o direito de o investigado indicar testemunhas, solicitar diligências, a fim de que nessa fase de colheita de informações, possa indicar fontes de prova.

Para tanto, faz-se necessário que o investigado tenha acesso aos autos do inquérito, para que tenha ciência das informações obtidas e, assim, possa agir no sentido de elaborar a sua defesa.

Nesse sentido, a súmula vinculante de número 14 do Supremo Tribunal Federal[43], preceitua que:"*É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa"*.

Assim, se os elementos de prova estiverem documentados, deve-se assegurar que o investigado ou seu defensor tenham acesso a esses elementos.

Nesse sentido, vejamos o aresto paradigma[44] da Suprema Corte que deu origem à citada súmula:

> "4. Há, é verdade, diligências que devem ser sigilosas, sob o risco do comprometimento do seu bom sucesso. Mas, se o sigilo é aí necessário à apuração e à atividade instrutória, a formalização documental de seu resultado já não pode ser subtraída ao indiciado nem ao defensor, porque, é óbvio, cessou a causa mesma do sigilo. (...) Os atos de instrução, enquanto documentação dos elementos retóricos colhidos na investigação, esses devem estar acessíveis ao indiciado e ao defensor, à luz da Constituição da República, que garante à classe dos acusados, na qual não deixam de situar-se o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> indiciado e o investigado mesmo, o direito de defesa. O sigilo aqui, atingindo a defesa, frustra-lhe, por conseguinte, o exercício. (...) 5. Por outro lado, o instrumento disponível para assegurar a intimidade dos investigados (...) não figura título jurídico para limitar a defesa nem a publicidade, enquanto direitos do acusado. E invocar a intimidade dos demais acusados, para impedir o acesso aos autos, importa restrição ao direito de cada um do envolvidos, pela razão manifesta de que os impede a todos de conhecer o que, documentalmente, lhes seja contrário. Por isso, a autoridade que investiga deve, mediante expedientes adequados, aparelhar-se para permitir que a defesa de cada paciente tenha acesso, pelo menos, ao que diga respeito ao seu constituinte

É sabido que o procedimento investigatório é discricionário, disso resulta que a autoridade competente para a investigação tem liberdade de atuação para definir o ruma das diligências de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Nesse passo, deve-se observar cuidadosamente o disposto no artigo 14 do Código de Processo Penal, que assim dispõe: "*o ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade*".

A interpretação literal do dispositivo mencionado poderia levar à conclusão que a determinação de diligências requerida pelo investigado ficaria ao puro arbítrio da autoridade.

Não obstante é necessário que se faça uma interpretação sistemática, principalmente considerando o artigo 184 do Código de Processo Civil que estabelece que salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.

Sobre o temo verbera Renato Brasileiro:

> Entende-se, pois, que a autoridade policial não pode negar o requerimento de diligência que guardem importância e correlação com o esclarecimento dos fatos. Admite-se, a *contrario sensu*, o indeferimento de medidas inúteis, protelatórias ou desnecessárias, o que, por cautela deve ser feito motivadamente.(BRASILEIRO, 2013, pag. 87)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Caso uma diligência requerida pelo investigado à autoridade policial ou a qualquer dos outros legitimados para conduzir a investigação criminal não seja realizada, poderá o investigado por intermédio de seu advogado reiterar o pedido junto ao Juiz ou ao Ministério Público, nos casos em que o Ministério Público tenha negado, poderá ser feita diretamente ao juiz.

O Superior Tribunal de Justiça já manifestou sobre a formulação de requerimento pelo investigado[45], no caso concreto a autoridade policial indeferiu o requerimento formulado pelo investigado para oitiva de testemunhas e quebra de seu sigilo telefônico.

Na ocasião, o relator do HC nº 69.405/SP, Ministro Nilson Naves asseverou o seguinte:

> Inquérito policial (natureza). Diligências (requerimento/possibilidade). Habeas corpus (cabimento).
>
> Embora seja o inquérito policial procedimento preparatório da ação penal (HCs 36.813, de 2005, e 44.305, de 2006), é ele garantia "contra apressados e errôneos juízos" (Exposicao de motivos de 1941).
>
> Se bem que, tecnicamente, ainda não haja processo daí que não haveriam de vir a pêlo princípios segundo os quais ninguém será privado de liberdade sem processo legal e a todos são assegurados o contraditório e a ampla defesa , é lícito admitir possa haver, no curso do inquérito, momentos de violência ou de coação ilegal (HC-44.165, de 2007).
>
> A lei processual, aliás, permite o requerimento de diligências. Decerto fica a diligência a juízo da autoridade policial, mas isso, obviamente, não impede possa o indiciado bater a outras portas.
>
> Se, tecnicamente, inexiste processo, tal não haverá de constituir empeço a que se garantam direitos sensíveis do ofendido, do indiciado, etc.
>
> Cabimento do habeas corpus (Constituição, art. 105, I, c).
>
> Ordem concedida a fim de se determinar à autoridade policial que atenda as diligências requeridas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Portanto, para evitar a persecução penal injusta, é necessário que nessa fase de colheita de elementos seja dada a oportunidade ao investigado, sempre que se mostrar possível e não comprometa a investigação.

É importante trazer à baila o fato de o direito de defesa não pode servir de fundamento para a prática de atos ilícitos, como na hipótese de o investigado mentir sobre sua identidade, o que caracteriza o crime de falsa identidade.

Corroborando com essa tese, decidiu o STF, no RE 640.139[46], asseverou que *"autodefesa não protege apresentação de falsa identidade*". O relator, Ministro Dias Toffoli, consignou que "*a apresentação de identidade falsa perante autoridade policial com objetivo de ocultar maus antecedentes é crime previsto no Código Penal (artigo 307) e a conduta não está protegida pelo princípio constitucional da autodefesa (artigo 5º., LXIII, da CF/88)"*

5.1.3. Inviolabilidade do domicílio

A Constituição Federal assegura como direito fundamental a inviolabilidade o domicílio, no artigo 5º, incisoXI, determina que:"*a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*".

A busca domiciliar está afeta à clausula de reserva de jurisdição, ressalvados os casos previstos na Constituição. A autoridade que invadir domicílio alheio, fora do casos especificados na Carta Maior, responderá na forma da Lei 4898, que trata do abuso de autoridade.

Sobre a expressão casa, o Supremo adota uma conceituação ampla, utilizando o §4º do artigo 150, do Código Penal como parâmetro, para fins de proteção da clausula constitucional.

O referido parágrafo preceitua que: *"A expressão "casa" compreende: I - qualquer compartimento habitado;II - aposento ocupado de habitação coletiva;III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade"*.

Sobre a amplitude da expressão casa, decidiu a Suprema Corte, nos autos do HC 90.376-2/RJ[47], que o quarto de hotel também se enquadraria no conceito de casa, de relatoria do Ministro Celso de Mello, vejamos a ementa:

> E M E N T A: PROVA PENAL – BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) – ILICITUDE

(ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) – INADMISSIBILDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO – IMPOSSIBLIDADE – QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOLABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL – CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) – AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOLABILIDADE DOMICILIAR – PROVA ILÍCITA – INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) – SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" – CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL.

- Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes.

- Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária.

Portanto, qualquer compartimento habitado deve ser tratado como casa, recebendo, portanto, proteção constitucional.

5.1.4. Direito ao Silêncio e de não produzir prova contra si mesmo

A Constituição federal assegura em seu artigo 5º, inciso LXIII, que: *"o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado*".

O direito ao silencio decorre do princípio do *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Trata-se de mandamento semelhante ao famoso aviso de Miranda do Direito norte-americano, em que o policial, no momento da prisão deve ler para o preso os seus direitos, sob pena de não ter validade o que por ele for dito.(BRASILEIRO, 2013, pag.38)

Maria Elisabeth Queijo, citada por Renato Brasileiro, anota que, senão vejamos:

> o direito fundamental de não produzir prova contra si mesmoobjetiva proteger o indivíduo contra os excessos cometidos pelo Estado na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibitivos de interrogatório, sugestões e dissimulações. (BRASILEIRO apud Queijo, 2013, pag. 38)

Embora o dispositivo constitucional pareça atribuir o direito ao silêncio apenas àquele que esteja na condição de preso, é importante salientar que a doutrina e jurisprudência entende ser plenamente aplicável à pessoa do investigado, suspeito ou indiciado, pouco importando se ele está preso ou em liberdade.

Nesse passo, o investigado quando conduzido para prestar esclarecimentos perante a autoridade que preside as investigações, deverá ser advertido do direito de permanecer calado sob pena de nulidade das informações obtidas sem a devida advertência.

Nessa esteira o Supremo Tribunal Federal já se manifestou em julgado paradigmático, nos autos do HC 78.708/SP[48], que não constitui mera irregularidade a ausência da advertência, mas, sim, gera a efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias obtidas antes do aviso, bem como das provas delas derivadas.

Na hipótese de prisão em flagrante, deve constar expressamente do auto de prisão a informação a respeito do direito ao silêncio conferido ao indiciado.

Com o objetivo de assegurar a observância desse importante direito e de outros previstos na Constituição, a lei 7.960/89 – Lei da prisão temporária – em seu artigo 2º, §6º, preceitua que: *"efetuada a prisão, a autoridade policial informará o preso dos direitos previstos no artigo 5ª da Constituição Federal"*.

É importante salientar que o preceito constitucional ora estudado tem como destinatário o Poder Público, ou seja, a autoridade que estiver a serviço do Estado é que tem o dever de proceder à advertência dos direitos do preso. Seguindo essa orientação o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 99.558/ES[49], negou a nulidade de prova, juntada aos autos, consistente em entrevista concedida a jornal, na qual o investigado narrou o *modus operandi* de dois homicídios a ele imputados, sem ter sido previamente advertido do seu direito de permanecer em silêncio. Na ocasião concluiu o Ilustre Gilmar Mendes não haver qualquer nulidade na juntada de prova, pois a entrevista foi concedida espontaneamente a veículo de imprensa.

Quanto ao direito de não produzir prova contra si mesmo, corolário do princípio do *nemo tenetur se detegere,* decorre outros desdobramentos, quais sejam: o direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal; a inexigibilidade de não dizer a verdade; direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo; e o direito de não produzir nenhuma prova incriminadora invasiva.

Relativamente ao direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal de acordo com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no artigo 14, §3º, e com a Convenção Americana de Direitos Humanos, no artigo 8º, §2º, alínea g, e §3º, o acusado não é obrigado a confessar a pratica de delito.

A inexigibilidade de dizer a verdade, decorre da inexistência no ordenamento jurídico pátrio do crime de perjúrio. Assim não se pode dizer que o investigado teria o direito de mentir, mas, sim, que a mentira é tolerada, porque dela não se pode resultar nenhum prejuízo ao investigado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A esse respeito concluiu o Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 68.929/SP[50], que, no direito ao silencio, tutelado constitucionalmente, inclui-se a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal.

Sobre o direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo, sempre que a produção de prova tiver como pressuposto uma ação do investigado ou acusado, será indispensável o seu consentimento, podemos citar como exemplo a acareação, a reconstituição do crime, exame grafotécnico, o bafômetro, dentre outros.

Renato Brasileiro ao discorrer sobre esse direito alerta no seguinte sentido:

> não se admitem medidas coercitivas contra o acusado para obrigá-lo a cooperar na produção de provas de dele demandem um comportamento ativo. Alem disso a recusa do acusado em se submeter a tais provas não configura crime de desobediência nem o de desacato, e dela não pode ser extraída nenhuma presunção de culpabilidade, pelo menos no processo penal.(BRASILEIRO, 2013, pag. 43)

Relativamente ao direito de não produzir nenhuma prova incriminadora invasiva, é um importante direito que visa resguardar individualidade do investigado relativamente ao seu corpo.

Por prova invasiva, segundo Renato Brasileiro, se entende aquelas que pressupõem penetração no organismo humano, por instrumentos ou substancias, em cavidades naturais ou não, implicando na utilização ou extração de alguma parte dele ou na invasão física do corpo humano, tais como os exames de sangue, exame ginecológico, a identificação dentária, a endoscopia e o exame do reto. (BRASILEIRO, 2013, pag. 45)

A jurisprudência considera que o suspeito ou indiciado pode se recusar a colaborar com a produção da prova invasiva, não podendo, em razão da recusa, sofrer qualquer gravame.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que o acusado não está obrigado a se sujeitar ao exame de DNA.[51]

Importa salientar o fato de que se o material que se pretendia colher com a prova invasiva for encontrado fora do corpo do investigado, poderá ser apreendido

pelas autoridades policiais. Seguindo esse raciocínio a Suprema corte confirmou a legalidade da coleta de placenta descartada no procedimento médico de uma investigada[52], a fim de que fosse realizado o exame de DNA da criança que havia nascido, pois a investigada incriminou vários policiais federais de terem a estuprado enquanto era mantida sob custódia da polícia e que a gravidez seria fruto do estupro. Ocorre que, instada a fazer o exame de DNA se recusou fornecer material genético.

Assim, o que não poderá ocorrer é a invasão no corpo do acusado contra a sua vontade, mas uma vez que o material esteja fora do seu corpo poderá ser validamente apreendido.

CONCLUSÕES

Do presente estudo se infere que o Direito é fruto das relações sociais e, por isso, deve se adequar às necessidades da sociedade e acompanhá-la em todas as suas vicissitudes. Nesse pensar, é de se observar que a sociedade brasileira passou por inúmeras mudanças após a promulgação da Constituição de 1988, tendo em vista que o país deixou para trás um longo período de ditadura militar para adquirir feições democráticas, o que teve importantes reflexos no âmbito da investigação criminal, pois a Constituição assegurou importantes direitos e garantias ao investigado.

A investigação criminal teve um importante papel na persecução penal ao longo da história, na aplicabilidade de lei penal, bem como na elucidação de fatos criminosos. Umas das principais e mais nobres conseqüências da investigação criminal é assegurar que não seja desencadeado processo penal incriminador contra pessoa alheia ao fato criminoso, alem de servir como subsídio para que o titular da ação penal possa exercê-la legitimamente.

Durante a investigação criminal não há acusado, pois a investigação serve para colher elementos e fontes de prova, confirmando a materialidade do fato delituoso e indicando ao menos por indícios a autoria. Assim não se abre espaço a contraditório, pois esta fase é eminentemente inquisitorial e extraprocessual.

Não obstante, a Constituição Federal e os tratados internacionais incorporados ao nosso sistema, assegura vários direitos e garantias à pessoa do investigado, servindo por vezes como limite à atuação dos legitimados à investigação criminal.

É certo que a forma de proceder às investigações, notadamente pela polícia judiciária, ainda está aquém do ideal, seja pela falta de recursos humanos, seja pelo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

despreparo dos agentes encarregados. Porém, o sistema investigatório brasileiro não está imune à evolução que tem se apresentado no mundo em relação ao respeito ao direitos humanos e o respeito aos direitos individuais.

REFERÊNCIAS

MORAES. Bismael B. Direito e Polícia – Uma introdução à polícia judiciária. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1986.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 18º Edição. São Paulo. Atlas,2006

MORAES, Alexandre de, Curso de Direito Constitucional.26º Edição.São Paulo. Atlas 2010

LIMA, Renato Brasileiro de, Curso de Processo Penal. 1ª edição.Niterói, RJ: Ímpetos, 2013.

THOMÉ, Ricardo Lemos. Contribuição à prática de polícia judiciária. Florianópolis: Ed. do Autor, 1997.

OLIVEIRA. Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 14º Ediçãp. Rio de Janeiro. Editora Lumem Juris, 2012

BULOS, Uadi Lamego, Curso de Direito Constitucional. 4º edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MARQUES, José Frederico. Elementos do Direito Penal. Volume 1. 3º Atualização. 2009.

NUCCI.Guilherme de Souza, Manual de Direito Penal: Parte Geral. São Paulo. RT. 2015.

TORRES, Demostenes. Ensaios Sobre a Crise: Segurança do Brasil e Outros Temas. Senado Federal.2005

SANTIN, Valter Foleto. O Ministério Público na Investigação Criminal. 2º Edição. Bauru. Edipro.2007.

CAPEZ. Fernando. Curso de Processo Penal. 20º Edição. Saraiva.2013.

PLANALTO.Decreto 592/92. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>.

SENADO. Texto final do Projeto de novo Código de Processo Penal, aprovado pela Comissão temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1.

CIVITAS. Revista de Ciências Sociais. O Sistema Processual Penal Brasileiro. Disponívelem <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/6513/5607> Acessado em 10.03.2015.

TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. Processo Penal. 34º Edição. Saraiva. 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acessado em 17.06.2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmulas na Jurisprudência.. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>

---

[1]CIVITAS. Revista de Ciências Sociais. O Sistema Processual Penal Brasileiro. Pag. 296. Disponível em <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/6513/5607> Acessado em 10.03.2015

[2]CIVITAS. Revista de Ciências Sociais. O Sistema Processual Penal Brasileiro. Pag. 298. Disponível em <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/6513/5607> Acessado em 10.03.2015.

[3] NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Direito Penal: Parte Geral. São Paulo. RT. 2015. pag. 57.

[4]ANDRADE, Mauro Fonseca. Ministério Público e sua investigação criminal. 2ª Edição. Curitiba. Juruá. 2008. pag. 30

[5] SANTIN, Valter Foleto. O Ministério Público na Investigação Criminal, 2ª edição, Bauru, Edipro, 2007, pg. 26

[6] BECCARIA. Cesare Bonesana. Marchesi de. Dos delitos e das Penas. Tradução: Lucia Guidicini. Alessandro Berti Contessa. São Paulo. Martins Fontes. 1997.

[7] BECCARIA. Cesare Bonesana. Marchesi de. Dos delitos e das Penas. Tradução: Lucia Guidicini. Alessandro Berti Contessa. São Paulo. Martins Fontes. 1997.

[8] NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit, pg. 59 e 60.

[9]REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Ordenações do Reino de Portugal. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67236> Acessado em 15.04.2015

[10] SANTIN. Valter Foleto. O Ministério Público na Investigação Criminal. 2º Edição. Bauru. Edipro.2007. pg.27.

[11]REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Ordenações do Reino de Portugal. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67236> Acessado em 15.04.2015

[12]**Art. 9º.** Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

[13]Artigo 11.1.Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade

fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias

de defesa lhe sejam asseguradas.

[14]BRASIL. Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em 10.04.2015.

[15] CABRAL. Bruno Fontenele. A doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano e no direito brasileiro. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/12658/a-doutrina-das-provas-ilicitas-por-derivacao-no-direito-norte-americano-e-brasileiro> Acessado em 17.05.2015

[16]CABRAL. Bruno Fontenele. A doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano e no direito brasileiro. Disponível em

<http://jus.com.br/artigos/12658/a-doutrina-das-provas-ilicitas-por-derivacao-no-direito-norte-americano-e-brasileiro> Acessado em 17.05.2015

[17]BRASIL. STF. HC 69912/RS. Relator Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgamento em 30.06.1993

Publicado em DJe 26.11.1993.

[18]PLANALTO.Decreto 592/92. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.Artigo 14.3. "g" Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>.. Acessado em 10.03.2015

[19]CENTRO DE ESTUDOS. PGESP. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969)(PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA). Artigo 8º,§2º,"g". Disponível em http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm Acessado em 10.03.2015.

[20] THOMÉ, Ricardo Lemos. Contribuição à prática de polícia judiciária. Florianópolis: Ed. do Autor, 1997. p.19.

[21] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 94034/SP, Relatora Min. Cármem Lúcia. Julgado em 10/06/2008, publicado em DJe 167 09/04/2008.

[22] Nesse sentido: STF, 2ª Turma, HC nº 85.286/SP, Relator Min. Joaquim Barbosa, j. 29/11/2005, DJ 24/03/2006.

[23] BRASIL. STF. ADI 1.570, Relator Ministro Maurício Correa, julgado em 12.02.2004, DJ 22.10.2004.

[24] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC.HC 91661 PE. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Segunda Turma. Julgado em 10.03.2009.DJe-064 DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009.

[25] Supremo Tribunal Federal. Notícias do STF. STF fixa requisitos para atuação do Ministério Público em investigações penais**.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291563>Acessado em 15.06.2015

[26]Supremo Tribunal Federal. Notícias do STF. STF fixa requisitos para atuação do Ministério Público em investigações penais**.** Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291563>Acessado em 15.06.2015

[27]Supremo Tribunal Federal. Arquivo. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE593727.pdf. Acessado em 15.06.2015.

[28] BRASIL, Constituição da república federativa do Brasil. Disponível em Acesso em 22.03.2015.

[29] MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 18º Edição. São Paulo. Atlas,2006. Pag.57.

[30] COAF. Competências. Disponível em <http://www.coaf.fazenda.gov.br/o-conselho/competencias>. Acessado em 12.05.2015.

[31] BRASIL. STF. RMS- AgR 26.509/ES, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 07.08.2007, DJe 112 27.09.2007

[32]OLIVEIRA. Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 14º Ediçãp. Rio de Janeiro. Editora Lumem Juris, 2012. Pag. 72.

[33]Art. 5. § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

[34]PLANALTO. Decreto 592/92. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acessado em 10.05.2015

[35] CENTRO DE ESTUDOS. PGESP. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969)(PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA). Artigo 8º,§2º,"g". Disponível em http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm Acessado em 10.03.2015.

[36] SENADO. Texto final do Projeto de novo Código de Processo Penal, aprovado pela Comissão temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1 Acessado em 10.05.2015.

[37] Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

[38] DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acessado em 17.06.2015.

[39] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmulas na Jurisprudência. Súmula vinculante 11. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>

[40]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 73.338-RJ. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de agosto de 1996. Diário de Justiça da União, 19 dez. 1996.

[41] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 85.501/GO- 2º Turma. Relator Ministro Celso de Mello- DJ 16/03/2007

[42] BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AREsp 680956 PE 2014/0316792-5. Ministro Humberto Martins. Publicação DJE 07.05.2015.

[43] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmulas na Jurisprudência. Súmula vinculante 14. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230> Acessado em 17.08.2015.

[44] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 88190, Relator Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, julgamento em 29.8.2006, DJ de 6.10.2006.

[45] BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC nº 69.405/SP. 6º Turma. Relator Ministro Nilson Naves. Julgado em 23.10.2007, publicado em 25.02.2008.

[46] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Autodefesa não protege apresentação de falsa identidade. Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=191194>. Acessado em 18.06.2015

[47] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 90.376/RJ. Relator Ministro Celso de Melo. Julgado em02/05/2007. Publicado em DJe 05/06/2007

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[48] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 78708/SP. !ª Turma. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJe 16/04/1999.

[49] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 99.558/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento 14.12.2010.

[50] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 68.929/SP. Relator Ministro Celso de Mello. DJe 28/08/1992

[51] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC. 71373/RS. Relator Ministro Marco Auréilo. Julgado em 10.11.1994. DJe 22.11.1996

[52] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl- QO 2.040;DF. Relator Ministro Néri da Silveira. Dje 27.06.2003

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PRINCÍPIOS QUE REGEM O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO- RDC

DEBORAH MARIA DE VASCONCELOS GOMES SOARES: Advogada da União.

O Regime Diferenciado de Contratações foi instituído em 2011 pela Lei 12.462 para agilizar as contratações necessárias à realização da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016, sendo estendido a muitas outras áreas de atuação da Administração Pública. Esse tipo de contrato tem se tornado cada vez mais frequente em licitações nas esferas municipal, estadual e federal.

Como as primeiras experiências tiveram resultados positivos, motivaram a ampliação desse novo regime, sendo utilizado também para licitações e contratos para ações do PAC; do Sistema Único de Saúde; obras e serviços no âmbito do Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária; ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo, entre outros.

O Regime Diferenciado de Contratação foi concebido no intuito de agregar ferramentas que permitiriam uma maior agilidade e eficiência no procedimento de contratação pública. A doutrina pátria[1] percebe o RDC como uma modalidade licitatória flexível, ou seja, pode adotar configurações simples, próximas ao formato do pregão, ou mesmo alterar totalmente seu procedimento e agregar novos elementos para melhor selecionai contratações complexa ou de nuances específicas, com maior eficiência. Ressalva-se, entretanto, que o RDC não é um substituto à Lei 8.666/93 ou a Lei 10.520/02, inclusive porque ele não enfrentou pontos cruciais identificados na legislação referida, como, por exemplo, em relação aos prazos dos contratos administrativos.

Inovações foram trazidas como objeto pela legislação do RDC, sendo algumas destacadas como: o orçamento sigiloso, a contratação integrada e, por fim, a possibilidade de contratações simultâneas, sendo a seguir detalhadas.

Sobre o orçamento sigiloso, a lei prevê expressamente que este será reservado ao público até certo momento da licitação. Este texto vai de encontro ao estabelecido na Lei Geral de Licitações que prevê a estimativa prévia de custos a estar disposta no instrumento convocatório. O Regime Diferenciado de Contratação não disponibiliza a prévia estimativa de custos aos licitantes, visando que as empresas apresente as melhores propostas para a administração e com os valores compatíveis com aquilo praticado no mercado, evitando que as propostas circundem nos valores máximos estimado pela administração.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 3011/2012[2] dispõe que:

> O orçamento fechado, no RDC, foi pensado em prestígio à competitividade dos certames. Isso porque, a disponibilização prévia do valor estimado das contratações tende a favorecer a formação de conluios. Ao saber, de antemão, o valor máximo admitido pela Administração como critério de classificação das propostas, facilita-se a prévia combinação de valores ofertados. Nesse caso, em termos do princípio fundamental licitatório – o da obtenção da melhor proposta – , a isonomia e a competitividade compensariam possível perda de transparência, no que se refere à publicação dos preços estimativos.

Trata-se de um segundo destaque a contratação integrada, que é consubstanciada na retirada da obrigação de que a contratação seja precedida de projeto básico. O seu lado positivo estaria na grande dificuldade da Administração Pública planejar licitações complexas quando o projeto básico é mal elaborado, sendo uma maneira mais efetiva o seu repasse a vencedora contratada.

Por último, as contratações simultâneas ocorrem quando possibilita que a Administração Pública, para um mesmo serviço, contrate mais de uma empresa. Essa oportunidade dada pela legislação será quando o objeto contratado puder ser executado concomitantemente por mais de uma empresa.

1.PRINCÍPIOS DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO

No tocante aos princípios do RDC, dispõe a lei em seu art. 3º:

> As licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Isso posto, o dispositivo acima transcrito reproduz os princípios próprios da Administração pública, já consagrados no texto do art. 37, caput, da Constituição Federal, e lhes acrescenta os da igualdade, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao

instrumento convocatório e do julgamento objetivo, estes, a seu turno, vinculados à Lei Geral de Licitações, Lei nº 8.666/1993, a saber, em seu art. 3º.

Os princípios se irradiam sobre todo o sistema jurídico, garantindo-lhe conformidade e coerência. Na aplicação do direito os princípios cumprem duas funções: determinam a adequada interpretação das regras e permitem colmatação de suas lacunas, ou seja, função de integração. [3]

A Lei do RDC, ao acenar, em seu art. 3º, seus princípios gerais, a que deve obediência toda a Administração Pública brasileira, propõe-se a integra-lo ao macrossistema jurídico administrativo constitucional das contratações e licitações públicas e ao sistema das normas gerais da legislação federal sobre a matéria.

Passa-se ao exame de alguns princípios tendentes a promover a integração do RDC no macrossistema constitucional e no sistema da Lei nº 8.666/1993.

1.1Princípio da Igualdade

Esse princípio garante a todos os interessados a possibilidade de disputar um procedimento licitatório. É o que prevê o já consagrado ar. 37, XXI, do texto constitucional, direta e expressamente:

> Art. 37, XXI, Constituição Federal 1988 - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Segundo Carlos Ari Sundfeld[4] "o tratamento diferenciado estabelecido em lei é agressivo à isonomia quando não houver correlação lógica entre a diversidade do regime estabelecido e o fator que tenha determinado o enquadramento, num ou noutro regime, das pessoas, coisas ou situações". No que se refere as licitações e as contratações públicas, o princípio da igualdade impõe relevantes obrigações ao administrador, como por exemplo, o art. 3º, § 1º, I da Lei nº 8.666/93:

> Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos
>
> § 1º É vedado aos agentes públicos:
>
> I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Ou também, como estabelece o art. 5º da Lei nº 12.462/11:

> Art. 5º O objeto da licitação deverá ser definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias.

Os dispositivos expostos consagram um tratamento isonômico dentro do processo licitatório, no intuito de oferecer uma maior segurança jurídica aos que concorrem ao certame.

Sendo assim, deve-se considerar que a isonomia, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello[5], comporta tratamentos distintos para situações distintas, sempre que exista uma correlação lógica entre o fator discriminante e a diferença de tratamento. É chamada aplicação positiva do princípio da igualdade.

1.2 **Princípio da Probidade Administrativa**

A probidade administrativa tem como prerrogativa a obrigação estatal buscar a primazia do interesse público, ou seja, é através desse dever funcional do agente do Estado que se busca uma transformação da realidade social. Verdade é que a não observância desse princípio traz prejuízos materiais diretos e indiretos para os

cofres públicos, afetando a consecução de atividades e prestações por parte do Estado que podem e devem levar a essa transformação social.[6]

A atuação administrativa no que tange as contratações públicas e o procedimento de escolha dos contratados pela Administração Pública está intrinsicamente conectada aos interesse da sociedade, sendo relevante a aplicação desse princípio em todas as matérias ligas ao poder público, em especial no momento de contratar parceiros privados para garantir a prestação de serviços ao coletivo.

1.3 **Princípio da Economicidade**

Segundo Gustavo Binenbojm[7], o princípio da economicidade está abrangido pela ideia de eficiência, visto que não encontra-se expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, sendo a economicidade uma análise de otimização de custos para os melhores benefícios.

Assim, a economicidade estimula a racionalização e a simplificação, com objetivo de reduzir gastos nas contratações administrativas, entretanto prezando pela qualidade do objeto da licitação em busca da proposta mais vantajosa.

Ressalta-se que, nesse sentido, o RDC inovou ao permitir que o próprio adjudicatário elabore os projetos básico e executivo, com base no perfil elaborado na licitação pela Administração e assumindo a responsabilidade por suas eventuais imperfeições.

1.4 **O Princípio do Desenvolvimento nacional sustentável**

O desenvolvimento nacional sustentável é a demonstração de uma preocupação com o desenvolvimento da humanidade e com a preservação das presentes e futuras gerações. Diante desse princípio, a lei tem a intenção de privilegiar os produtos manufaturados e os serviços nacionais, tendo como fator principal a promoção de outros objetivos fundamentais da República, estabelecidos no art. 3º da CF/88. Ou seja, as contratações públicas devem ser pautadas no desenvolvimento sustentável pois concretizam objetivos da República.

Segundo Eros Grau[8], garantir o desenvolvimento nacional é construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como realizar políticas públicas reivindicadas pela sociedade. O papel que o Estado tem a desempenhar na perseguição da realização do desenvolvimento, na aliança que sela com o setor privado, é primordial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2.CONCLUSÃO

Conforme estabelecido no próprio texto constitucional, a celebração de contratos com terceiros na Administração Pública deve ser precedida de licitação. Dito isso, o Regime Diferenciado de Contratação trouxe a legislação pátria procedimento que visa agilizar e efetivar contratações de obras de grandes vultos. Afirmar-se que o Regime Diferenciado de Contratação é um subsistema alternativo, que busca uma alternativa menos burocrática para a formalização de parcerias entre entidades privadas e o Poder Público.

Sendo assim, para que essa contratação aconteça de acordo com os fundamentos e objetivos dispostos na Constituição Federal, se faz necessário a incumbência ao gestor público de dar aplicação aos princípios expressos na legislação, articulando-os com os demais integrantes do macrossistema constitucional, o regime jurídico administrativo e a legislação referente a licitações e contratações públicas.

3.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Curso de Direito Administrativo. Ed.Malheiros. São Paulo , 2009.

BINENBOJM, Gustavo. Temas de Direito Administrativo e Constitucional. Ed. Renovar. Rio de Janeiro, 2008.

Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Ed.Malheiros. São Paulo, 2004.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. Ed. Malheiros. São Paulo, 2015.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. Ed. Jus Podivm. Salvador, 2005.

Negócios Públicos. Regime Diferenciado de Contratação. Disponível em: http://www.integrawebsites.com.br/versao_1/arquivos/820157cfab19d08eefcde788e3e78897.pdf . Acessado em: 27 de agosto de 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Princípios do Direito Administrativo. Método. Rio de Janeiro, 2013.

SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. A Probidade Administrativa como direito fundamental difuso. Disponível

em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b1c5d6d28abda1b5 . Acessado em: 27 de agosto de 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos do Direito Público. Ed. Malheiros. São Paulo, 1992.

---

[1] Negócios Públicos. Regime Diferenciado de Contratação. Disponível em: http://www.integrawebsites.com.br/versao_1/arquivos/820157cfab19d08eefcde788e3e78897.pdf . Acessado em: 27 de agosto de 2019.

[2] Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/CONSES/TCU_ATA_0_N_2012_45.pdf . Acessado em: 27 de agosto de 2019.

[3] SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos do Direito Público. Ed. Malheiros. São Paulo, 1992.

[4] SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos do Direito Público. Ed. Malheiros. São Paulo, 1992.

[5] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Curso de Direito Administrativo. Ed. Malheiros. São Paulo,2009.

[6] SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. A Probidade Administrativa como direito fundamental difuso. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b1c5d6d28abda1b5 . Acessado em: 27 de agosto de 2019.

[7] BINENBOJM, Gustavo. Temas de Direito Administrativo e Constitucional. Ed. Renovar. Rio de Janeiro, 2008.

[8] GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. Ed. Malheiros. São Paulo, 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O BULLYING NAS ESCOLAS E SUA RESPONSABILIDADE CIVIL

MARCELO DE ALMEIDA COSTA: Bacharel em Direito, especialista em Penal e Processo Penal pela Faculdade Baiana de Direito, pós-graduado pela Universidade Católica do Salvador no curso de preparação para a carreira da Magistratura da EMAB, Analista Judiciário e Assessor do Desembargador Corregedor das Comarcas do Interior do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

RESUMO: Bullying é um termo inglês, que significa intimidação, sempre existiu entre nós, mas só nos tempos atuais que está sendo debatido na mídia e aumentando assim o interesse de todos sobre essa conduta. Vamos fazer uma abordagem sobre esse fato social e a possibilidade de responsabilizar as instituições de ensino por atos de Bullying, pois na maioria dos casos, os envolvidos são pessoas absolutamente incapazes de responder pelos seus atos. A violência sempre esteve presente no ambiente escolar, muito das vezes sendo encoberta por chamadas brincadeiras de mau gosto. No passar dos anos essas brincadeiras foram sendo estudadas, podendo ser constatado que a pratica estava causando efeitos maléficos as suas vítimas, tendo sido denominado de Bullying. Mesmo após de toda a repercussão da mídia sobre o assunto, até o momento ele esta presente no ambiente escolar. Vamos explanar a dificuldade de responsabilizar os agressores, por se tratar de um ambiente escolar, que tanto a vítima, quanto o agressor, são menores de idade. Mas demostrando a responsabilidade objetiva da escola em tratar desses problemas.

PALAVRAS CHAVES: Bullying; Escolas; Relação de Professores e Alunos; Absolutamente Incapazes;

SUMÁRIO: Introdução; Histórico da Responsabilidade Civil; Responsabilidade Civil; Responsabilidade Civil das Escolas; Bullying e Suas Consequências; Conclusão; Bibliografia.

INTRODUÇÃO.

A família e a escola são de fundamental importância para a sustentação de valores aptos a basear conceitos morais e sociais que seguirão para toda a vida das crianças. Nas escolas as crianças começam a ter uma ideia de como é viver em uma

sociedade, entrando em contato com um conjunto de valores diferentes, que não estão acostumadas, que é a de sua família. A escola tem o dever de guardar e preservar a integridade física e psíquica dos seus alunos. Uma pesquisa do Ministério da Educação do Governo Brasileiro (FIPI, 2009), informa que 90% dos professores que foram entrevistados afirmam serem vítimas da violência dos seus alunos. A prática do problema sócio educacional conhecido como Bullying é uma conduta agressiva que ocorre frequentemente nas escolas, sendo considerado pela população como algum natural, transmitido como brincadeira de crianças, sendo por muitas vezes ignorados. De acordo com a constituição Federal é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente os direitos essenciais ao seu bom desenvolvimento. No Brasil existe várias expressões que equivalem ao fenômeno, como zoar, intimidar, humilhar, ameaçar, excluir, difamar entre muitos outros. Existe uma grande necessidade de um estudo sobre esse tema na escola, de modo que às vítimas podem acarretar em sofrerem problemas comportamentais e emocionais, de maneira que desenvolvem uma insegurança e uma dificuldade de relacionamento, se tornando uma pessoa de difícil convivência. A circunstância é que aqueles que sofrem mais pressão social podem tender a transferir essa pressão para os outros, sendo a família e a escola de fundamental importância para a sustentação de valores aptos a basear conceitos morais e sociais que seguirão para toda a vida das crianças.

HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

A expressão Responsabilidade Civil é utilizado em várias áreas da ciência, possuindo diversos significados conforme o contexto que é inserido. Ela deve ser vista, estudada e compreendida de acordo com o contexto histórico, já que, sofre constante evolução de acordo a evolução da sociedade. O termo responsabilidade incorpora o ramo de direito obrigacional, relativo ao dever, na eventualidade do descumprimento da obrigação, surge, o dever de compensar o dano causado. Segundo Agostinho Alvim:

> *"primitivamente, a responsabilidade era objetiva, como acentuam os autores, referindo-se aos primeiros tempos do direito romano, mas sem por isso se fundasse no risco, tal como concebemos hoje. Mais tarde, e representando essa mudança uma verdadeira evolução ou progresso, abandonou-se a idéia de vingança e passou-se à pesquisa da culpa do autor do dano."*

Podemos perceber que a responsabilidade era tida como objetiva no período mais antigo, ou seja, independe de uma comprovação de dolo ou culpa. Apenas mais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

tarde que se passou a entender a responsabilidade sob um modo subjetivo, quer dizer, com comprovação de dolo ou culpa do causador do dano. No período mais antigo da nossa sociedade não existia a ideia de culpa, dolo ou qualquer outro tipo de responsabilidade, o reparo do dano era gerido com o poder da força, sendo um modo agressivo, violento para compensar o dano. Por causa do abuso ocorrido, foi tentado um instituto, por intermédio da "lei de talião" que consistia numa rigorosa reciprocidade do crime e da pena, ela é expressa pelo conceito *olho por olho, dente por dente.* No princípio da responsabilidade civil, foi vigorada a teoria da irresponsabilidade do estado que doutrinava a ausência de responsabilização por parte do estado, pelo prejuízo que causava aos particulares, houve aqui o período do absolutismo, no qual o rei encarna a figura de Deus, ou seja, ele nunca estava errado. Na segunda fase, houve a responsabilidade subjetiva, também chamada de culpa civil, na qual o estado deve responder na mesma forma que os particulares, exigindo do prejudicado que comprove a culpa e o dolo. Na terceira fase, é a culpa administrativa ou falta do serviço, representado a transição entre a fase subjetiva e a fase objetiva, que é a que vigora atualmente. Nessa fase o estado irá indenizar o dano somente se fosse comprovado à falta de serviço pela vitima, para essa teoria a culpa do agente não é subjetiva, mas acontece uma culpa administrativa ou culpa anônima. A quarta fase é a teoria do risco administrativo, na qual a responsabilidade do estado passa a ser objetiva, ou seja, a responsabilidade do estado independe da comprovação por parte do particular de dolo ou culpa. Agora o estado tem que provar que não foi o causador do dano a vitima, chamada inversão do ônus da prova. O nosso ordenamento jurídico adota a teoria do risco administrativo, segundo o art. 37, §6º da CF, que diz que:

> *As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

RESPONSABILIDADE CIVIL.

A responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano que uma pessoa cause a outra, devendo equiparar ao patrimônio violado, podendo ser classificada como patrimonial, ou seja, quando há um dano material, ou extrapatrimonial, quando se verifica um dano moral. A responsabilidade civil pode ser representada como um tripé, podendo aparecer de um lado um ato que seja o causador de um dano, do outro lado o autor do suposto ato e do outro lado uma pessoa a ser obrigada a

compensar o prejuízo que foi ocasionado pelo ato, ou seja, culpa, dano e nexo de causalidade.

Conforme Maria Helena Diniz, ela explana o seguinte conceito para responsabilidade civil:

> *"A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma, praticado, por pessoa por quem ela responde, posa alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal."*

A responsabilidade civil não é algum específico da vida jurídica, porquanto, ela esta inerente em todos os setores da vida social, podemos considerar que ela é o resultado da ação onde expressamos o nosso comportamento, frente a um dever ou uma obrigação.

A função da responsabilidade civil, além de ser reparadora, ela pode ser considerada também prevenidora e preventiva, ou seja, é preciso que seja estudado e analisado a responsabilidade mesmo anteriormente de acontecer o ato. De acordo com Sérgio Cavalieri Filho:

> *"Os deveres jurídicos originários correspondem a uma conduta imposta aos indivíduos para que não causem dano a outrem e, caso não seja cumprido, surge o dever jurídico sucessivo, que é o dever de reparar o dano causado, tal qual conhecemos como a responsabilidade civil. Ato ilícito em sentido estrito é o conjunto de pressupostos da responsabilidade civil. Assim, a responsabilidade civil teria como função restaurar o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Isto é, restabelecer o status quo ante, pelo princípio da restitutio in integrum, buscando uma indenização, reparação (dano material) ou uma compensação (dano moral)."*

A responsabilidade pode ser subdividida também em responsabilidade direta e indireta. A responsabilidade direta é quando o agente responde pelo seu próprio ato, também é conhecida como simples ou por fato próprio, pois procede diretamente do agente que gerou o dano. Deve se provar o nexo de causalidade e o dano nessa responsabilidade. Na responsabilidade indireta, alguém responde por ato praticado por outra pessoa, podendo estar ligada a pessoa ou coisa sob a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

guarda da pessoa responsabilizada. Ela se dá por fato provocado por terceiro, nas hipóteses em que o causador do dano está sob ordens de outrem.

A responsabilidade civil pode ser dividida em subjetiva e objetiva. Na responsabilidade civil subjetiva, para que a pessoa tenha o dever de reparar o dano, devem estar presentes quatro elementos: o fato (conduta); o dano; o nexo causal e a culpa. Depende da vontade do causador do dano ou da sua atuação culposa, ou seja, cada um deve arcar as perdas e os ganhos, que decorreram de suas atividades, em virtude do princípio autonomia da vontade, nesse caso, a vítima tem o dever de demonstrar a existência do dolo ou culpa na atuação do agente causador do dano. Um exemplo é um acidente de transito, devendo se provar todos os elementos. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, ele salienta que:

> *"Em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade. Essa teoria, também chamada teoria da culpa, ou "subjetiva", pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade. Diz-se, pois, ser 'subjetiva' a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro dessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa."*

Na responsabilidade civil objetiva, a vitima do dano precisa provar três elementos: o fato (conduta), o dano e nexo causal, sendo a culpa descartável nessa responsabilidade. Não se exige a necessidade que a vítima prove a culpa do causador do dano, ela fica desobrigada da produção de provas contra o autor do dano. Segundo Paulo Alonso, ele salienta que:

> *"a objetivação da responsabilidade civil, que tem como princípio a idéia de que todo risco deve ser garantido, desvinculou a obrigação de reparação do dano sofrido da idéia de culpa, baseando-se no risco, ante a dificuldade de obtenção da sua prova, pelo lesado, para obter a reparação."*

Um fato interessante é que os pais tem responsabilidade objetiva pela conduta dos seus filhos menores, desde o código de 2002, por que anteriormente no código de 1916, eles tinham anteriormente uma responsabilidade civil por culpa presumida. A responsabilidade subjetiva é a regra no nosso ordenamento jurídico, sendo a objetiva uma exceção, de acordo com o art.86 do Código Civil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Quando existe a obrigação do devedor no sentido de cumprir o que estipulou com o credor em um contrato e ocorre uma quebra de um dever estabelecido, causando um dano, estamos diante de uma responsabilidade contratual. Quando ocorre um ato ilícito, mencionado no art. 186 do Código Civil, ocorre uma responsabilidade extracontratural, ou seja, quando ocorre uma ação ou omissão consciente, ou conduta culposa por negligência, imprudência ou imperícia, acontecendo de violar um direito patrimonial ou moral de outrem, o causador irá indenizar a vítima. Para que possamos usar a responsabilidade civil é necessário que a pessoa esteja enquadrada no art. 186 do Código Civil, quando diz que: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". Sendo necessária a comprovação da Ação ou Omissão do agente; Culpa ou Dolo; Relação de causalidade e Dano apreciado pela vítima. A responsabilidade civil em relação aos direitos de personalidade tem como fundamento a responsabilidade objetiva, por versar a relação jurídica entre o Estado e o indivíduo e também por tratar de direitos da personalidade, segundo a constituição de 1988, no art.37, inc. XXI, §6º.

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS ESCOLAS.

Segundo a Constituição federal, a educação é direito de toda pessoa e que deve ser promovida pelo Estado, seja por via direta ou indireta, esta através da concessão ou permissão do órgão estatal encarregado pela prestação do serviço. De acordo com o nosso Código Civil, a obrigação de reparar um dano não se limita às condutas da própria pessoa, mas inclui a responsabilidade por atos de terceiros. Segundo o Art. 932, Inciso IV, do Código Civil, diz que são também responsáveis pela reparação civil, os donos de hotéis, ou estabelecimento onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação. Maria Helena Diniz afirma que:

> *"a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal."*

Segundo o Código de Defesa do Consumidor, as escolas são fornecedoras de educação, sendo considerados estabelecimentos de ensino, logo existe uma relação de consumo entre a escola e os alunos. No Brasil, a educação é precária, faltando estrutura, cultura social e um investimento maior do governo para que possamos evoluir. A jurisprudência não se afasta deste entendimento, conforme pode ser visto o julgado:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *"(...) o aluno fica sob a guarda e vigilância do estabelecimento de ensino, público ou privado, com direito de ser resguardo em sua incolumidade física enquanto estiver nas dependências da escola, respondendo os responsáveis pela empresa privada ou o Poder Público, nos casos de escola pública, por qualquer lesão que o aluno venha a sofrer, seja qual for a sua natureza, ainda que causada por terceiro. Fora das dependências da escola, em horário incompatível, inexiste qualquer possibilidade de se manter essa obrigação de resguardo". (TJ de SP. Apelação Cível 41.419-5 – Fernandópolis. Terceira Câmara de Direito Público. Des. RUI STOCO, Julgado em 05.10.99).*

A população menos favorecida economicamente vem sofrendo mais, pois o ensino público está degradado e precário, por uma deficiência administrativa. Todos deveriam ter o direito de educação igualitária, não havendo uma necessidade de escolas particulares onde só uma seleta parte da população consegue entrar, com o objetivo de conseguir uma educação melhor que a oferecida pelo estado. A família e a escola são de fundamental importância para a sustentação de valores das crianças, sendo responsáveis por nortear um conceito básico de moral e sociedade, que estes irão levar para toda a vida. As escolas tem o papel de fortalecer os conceitos de civilidade e convivência social, pois é o primeiro lugar onde as crianças tem um relacionamento com outras crianças de criações diferentes, tendo uma primeira ideia de como é se viver em sociedade. Por causa dessa junção de criações e ensinamentos diferentes, certas pessoas podem atuar de certa forma que não agrade a uma isolada pessoa, bem como não pode agradar uma coletividade. Quando começa um determinado grupo ou pessoa individual a fazer uma provocação a outra, repetidas vezes, se caracterizando como um ato ílicito, denominamos esses atos de Bullying, podendo levar ao agredido ao desespero e depressão. Se iniciando ai uma dificuldade de socializar com os outros, se tornando uma pessoa tímida, retraída, isolada, podendo em muitas vezes acarretar, um declínio no seu rendimento escolar.

Em uma entrevista realizada pela Comissão da Oab, na Grande Florianapolis, foi envolvida a oitava de 680 estudantes de oito instituições de ensino da região, foi constatado que 82% dos alunos das escolas convivem com o bullying e que já foi ou ainda são vítimas da agressão. Em outra pesquisa realizada em 2010, com alunos de escolas públicas e particulares revelou que as humilhações típicas do bullying são mais comuns no ensino fundamental e as três cidades brasleiras com uma maior incidência dessa conduta são: Brasília, Belo Horizonte e Curitiba. Ainda na pesquisa,

ficou demonstrado que os locais que mais acontecem a provocação nas escolas, são nos pátios e nos corredores. Esses dados tem que nos servir de alerta, as escolas devem proceder para que essa postura não se torne algum que prejudique a pessoa agredida, as instituições devem buscar ter um olhar mais observador, atentado para sinais de violência, procurando neutralizar os agressores, bem como auxiliar as vítimas, pois elas podem se tornar pessoas com uma baixo auto-estima, um baixo desempenho escolar, uma dificuldade em ter relacionamentos. Chegando casos que as consequências chegam a resultados graves, como as vítimas cometerem suicídio, ou se tornarem pessoas violentas, como forma de defesa, podendo assim se tornar uma agressora e praticante do bullying, adquirindo novas vítimas. Sobre as características os agressores Ana Beatriz, expõe o seguinte:

> *"possuem em sua personalidade traços de desrespeito e maldade e, na maioria das vezes, essas características estão associadas a um perigoso poder de liderança que, em geral, é obtido ou legitimado através da força física ou de intenso assédio psicológico. O agressor pode agir sozinho ou em grupo. Quando ele está acompanhado de seus "seguidores", seu poder de "destruição" ganha reforço exponencial, o que amplia seu território de ação e sua capacidade de produzir mais e novas vítimas. Os agressores considerar apresentam, desde muito cedo, aversão às normas, não aceitam ser contrariados ou frustrados, geralmente estão envolvidos em atos de pequenos delitos, como furtos, roubos ou vandalismo, com destruição do patrimônio público ou privado. O desempenho escolar desses jovens costuma ser regular ou deficitário; no entanto, em hipótese alguma, isso configura uma deficiência intelectual ou de aprendizagem por parte deles. (SILVA: 2010, p.43)"*

O Bullying antes de ser tão noticiado pela mídia, antigamente, era tido como algum normal para a população em geral, era ditas como brincadeiras de criança, algum inocente, sendo por muitas das vezes ignorado. Podemos encontrar uma base legal para a responsabilização das escolas, na Constituição Federal, no Art.37, §6º da CF. Devemos perceber que o importante é a atuação dolosa ou culposa da escola, podendo ser pela ação ou omissão dela nos determinados casos. Comprovada a culpa do aluno, é presumida a responsabilidade da escola sobre a conduta do mesmo, tratando-se de uma presunção absoluta. A escola tem o direito de regresso contra o aluno e não contra os seus respectivos responsáveis, pois eles não respondem pelos danos causados por seus filhos durante o período em que estão sob vigilância da escola. Segundo Aguiar Dias, o novo ordenamento jurídico não se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

preocupa em disciplinar sobre a responsabilidade dos professores e mestres com os estudantes. Segundo ele a ideia de vigilância é mais ampla do que a de educação, entendendo assim que os orientadores devem responder pelos atos dos alunos, no período que eles estão exercendo vigilância e autoridade.

O Tribunal de justiça do estado do Rio Grande do Sul pronunciou-se dessa forma:

> "**RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATEIRIAS E MORAIS. AGRESSÃO FÍSICA SOFRIDA POR MENOR NO INTERIOR DO ESTABELECIMENTO DE ENSINO. DANOS MORAIS, NO CASO, RECONHECIDOS COMO IN RE IPSA. DANOS MATERIAIS QUE GUARDAM RELAÇÃO COM O EPISÓDIO SUFICIENTEMENTE COMPROVADOS.** Comprovado nos autos que as agressões sofridas pelo menor se deram no interior do estabelecimento de ensino demandado, a responsabilidade deste se estende durante todo o tempo em que os alunos nele permaneçam. Responsabilidade dos estabelecimentos de ensino com relação aos danos causados em seus alunos, por se tratar, no caso, de prestação de serviços (incidência do disposto no art. 14 do CDC). Presentes, como no caso, os requisitos configuradores da responsabilidade civil, surge, para a demandada, o dever de indenizar, porque deu causa ao dano sofrido pelo autor. Demonstrada, no caso, a omissão de cuidados da instituição de ensino demandada com o aluno, que se encontra sob sua responsabilidade, responde o mesmo de forma objetiva, até porque ausente qualquer causa excludente de responsabilidade. Dano material evidenciado em relação às despesas e que guardam relação com a agressão sofrida pelo menor demandante. Indenização não deve ser em valor ínfimo, nem tão elevada que torne desinteressante a própria inexistência do fato. Atenção às particularidades das circunstâncias fáticas na manutenção de equivalência de valores entre lides de semelhança natureza de fato e de direito. Indenização reduzida. Apelação provida em parte. Decisão unânime". (Apelação Cível nº 70043934215, Décima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana. Julgado em 29/09/2011).

Quando a instituição de ensino, não agir com a devida responsabilidade, não somente com a segurança de seus alunos, mas também o protegendo contra terceiros, ela está assumindo total responsabilidade contra os atos dos seus alunos.

A doutrina de Venosa (2002;68 a 70), apresenta o seguinte entendimento:

> "Enquanto o aluno se encontra no estableciemtno de ensino, este é responsável não somente pela incolumidade física do educando, como também pelos atos ilícitos praticados por este a terceiros. Há um dever de vigilância inerente ao estabelecimento de educação que, modernamente, decorre da responsabilidade objetiva do código de defesa do consumidor. O aluno é consumidor do fornecedor de serviços, que é a instituição educacional. Se o agente sofre prejuízo físico ou moral decorrente da atividade do interior do estabelecimento, este é responsável. Responde, portanto, a escola, se o aluno uma a ser agredido por colega em seu interior. Pode até mesmo ser firmada a responsabilidade, ainda que o educando se encontre fora das dependências do estabelecimento, imaginemos as hipóteses de danos, praticados por aluno em excursão orientada e patrocinada pela escola. Nesse caso, o dever de vigilância dos professores e educadores acompanha os alunos."

Entendemos então que as pessoas que estão sobre a vigilância e autoridade dos alunos, respondem pelos seus atos praticados. Os danos que eles respondem, são os que são sofridos por terceiros, não querendo dizer que os danos sofridos pelo próprio aluno ou aprendiz não possam acarretar a responsabilidade do professor ou diretor da instituição, como podemos vê no Código do Consumidor.

BULLYING E SUAS CONSEQUÊNCIAS.

De acordo com a pagina da internet Wikipédia, a definição de Bullying é:

> "*Bullying* é um termo utilizado para descrever atos de violência física ou psicológica, intencionais e repetidos, praticados por um indivíduo ou grupo de indivíduos causando dor e angústia, sendo *executadas* dentro de uma relação desigual de poder.
>
> O *bullying* é um problema mundial, *onde* a agressão física ou moral repetitiva deixam marcas para o resto da vida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> O agressor inferioriza e se *impõe* sobre o outro, na tentativa de supera-lo em termos físicos e psicológicos, e de satisfazer seu ego. Quase sempre, não tem o suporte de uma boa educação, com conselhos e amparos apropriados . E é isso que mais o encoraja a fazer, o que faz. Já a vítima, é alguém desamparado, na maioria das vezes, sem refúgio, com medo de tudo que sofre ou das possíveis consequências de seus extintivos atos, e é por isso, que não age, se reprimindo a si mesma, e só(...)"

No nosso país existem várias expressões que equivalem ao Bullying, como zoar, intimidar, humilhar, ameaçar, excluir, difamar entre muitas outras. O termo significa usar a superioridade, física ou moral, para intimidar alguém. Este fenômeno há muito tempo vem desbordando os limites da convivência familiar e não pode ser tratado mais como uma "fase" ou como algum da idade. Este problema mundial é encontrado em qualquer escola, não estando restrito a nenhum tipo específico de instituição, podendo ser primária ou secundária, pública ou privada. Existe uma grande necessidade de estudo sobre esse tema, pois às vitimas podem sofrer com problemas comportamentais e emocionais. O Bullying é um fenômeno antigo, mas existe em caráter oculto nos dias atuais, pelo fato das vítimas não terem coragem de denunciar os seus agressores.

O fenômeno Bullying, de acordo o site http://bullyingnaoebrincadeira.com.br/material-para-pesquisa/como-se-iniciou-a-pesquisa-sobre-bullying/:

> Bullying at School – Dan Olweus, publicado pela primeira vez em 1993.
>
> "Bullying entre crianças na escola é, sem dúvida, um fenômeno muito antigo. O fato de que algumas crianças são frequente e sistematicamente assediadas e atacadas por outras crianças foi descrito na literatura e vários adultos têm experiência pessoal disto no seu tempo de escola. Embora muitos estejam familiarizados com o "problema bully/vítima), foi só recentemente – no início dos anos 70 – que foram feitos esforços para estudá-lo sistematicamente (Olweus 1973a e 1978). Por vários anos, estas tentativas se limitaram grandemente à Escandinávia. No final dos anos 80 e início dos 90, no entanto, o bullying escolar também recebeu atenção

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> pública e de pesquisa em outros países como o Japão, Inglaterra, Holanda, Canadá, Estados Unidos e Austrália.
>
> Um Esboço Resumido Histórico
>
> Um forte interesse da *sociedade* nos problemas bully/vítima surgiu primeiro na Suécia no final dos anos 60 e início dos 70 (Heinemann, 1972; Olweus, 1973a), e rapidamente se espalhou por outros países escandinavos.
>
> Na Noruega, os problemas bully/vítima foram uma questão de preocupação geral da imprensa e de professores e pais por muitos anos, mas as autoridades escolares não se envolveram oficialmente com o fenômeno. Alguns anos atrás, houve uma mudança marcante. No final de 1982, um jornal relatou que três meninos de 10 a 14 anos do norte da Noruega tinham cometido suicídio, com toda probabilidade de ser consequência de bullying severo pelos pares. Este evento provocou inquietação e tensão consideráveis na mídia e no público em geral. Engatilhou uma cadeia de reações, cujo resultado final foi uma campanha nacional contra os problemas bully/vítima em todas as escolas norueguesas, do primeiro ao nono anos, lançada pelo Ministério da Educação no outono de 1983."

Depois dessa pesquisa, percebemos que o Bullying é um problema que vem sendo estudado pelo mundo por várias décadas. Inicialmente seu estudo, foi na Suécia, nos anos 70 e rapidamente se espalhou pelo mundo.

A pratica do Bullying não atinge isoladamente a vítima e o agressor, ele também contamina toda a instituição, deixando um clima tenso para todos, ocasionando uma sensação de insegurança para todos que frequentam o ambiente escolar. A ocorrência do Bullying pode ocorrer de forma direta ou indireta. Acontece de forma direta, quando é marca por agressões físicas e verbais, já a forma indireta é também conhecida como agressão social e ocorre quando há comentários menosprezam uma vitima, com o objetivo de discrimina-lo e exclui-lo de um determinado grupo social.

Segundo o site http://bullynobullying.blogspot.com.br/2010/05/10-caracteristicas-do-bullying.html, existem 10 características do Bullying:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1) Agressão física e/ou psicológica: existem dois tipos de agressões no bullying, a direta (física) e a indireta (psicológica e verbal).

A agressão direta envolve contato físico, sendo, por isso, mais evidente. Acontecem por meio de socos, pontapés, beliscões, empurrões ou *outros* tipos de comportamento, como prender uma pessoa em um armário ou em um cômodo. A agressão indireta é mais sutil e, por isso, difícil de identificar. Ela ocorre normalmente sem contato físico, através de fofocas, difamações, rotulações pejorativas e exclusão social.

2) Entre pares: o bullying acontece dentro de um contexto no qual os envolvidos se encontram no mesmo patamar de força. Não existe uma função hierárquica que possa impedir ou incentivar determinada atitude, no que se refere a agredir ou ser agredido.

3) Intencionalidade: o autor de bullying possui clareza de seus atos e sabe que o alvo das suas agressões não gosta de suas atitudes, mas, mesmo assim, as faz. Agride para ganhar o destaque na turma, os seus pares.

4)Repetição, freqüência: É comum, no bullying, que os alvos sejam agredidos ou ridicularizados todos os meses, semanas ou, até mesmo, várias vezes ao dia. Essas agressões ocorrem no intervalo das aulas, na entrada e saída do colégio e em *outros* espaços escolares como, a própria sala de aula.

5)Violência gratuita: o alvo de bullying não precisa motivar as agressões sofridas. O autor agride porque quer se aparecer e, para isso, diminui e menospreza o outro gratuitamente, sem motivação aparente.

6) Violência Velada: outra característica do bullying é que ele acontece escondido, *propositalmente*, dos adultos. Por isso, difícil de ser identificada.

7) Local: O bullying não acontece somente na escola, ele pode aparecer nos clubes, faculdades, igrejas, quartéis, na

própria família, ou seja, em qualquer lugar onde existam relações interpessoais.

8) Agressão silenciosa: na maior parte dos casos, o bullying acontece dentro da sala de aula com a presença do professor. E é porque o *fenômeno* possui como uma das suas características a agressão psicológica que, esta, se apresenta de forma quieta, silenciosa, através de um olhar, um sorrisinho irônico, ou até mesmo, um bilhete no caderno.

9) Uso de tecnologias: o bullying pode apresentar-se por meio das tecnologias como *mensagem* de celulares e páginas na internet. Quando isso ocorre damos o nome de cyberbullying.

10) Conseqüências: dificilmente alguma pessoa consegue passar pelo bullying sem levar marcas para toda a vida. Todos os envolvidos, sejam *eles* alvos ou autores de bullying, sofrem consequências e, às vezes, elas são irreversíveis. Esta é uma das principais razões que nos leva a crer em uma política de combate e prevenção ao fenômeno em todas as escolas.

Podemos vê que existem várias características, que vão arrastando a vítima ao seu retraimento social, corrompendo sua auto-estima e criando traumas. O bullying na escola pode acontecer em qualquer parte no interior da escola, onde o agressor se sinta confortável para agir, pode ocorrer nos pátios, banheiros, corredores ou até mesmo no interior das salas na presença do professor. Os educadores, na maioria das vezes não estão preparados para enfrentar essa problemática, na maioria das vezes eles ficam inertes sobre o assunto, por comodismo ou desconhecimento do que vai acarretar para as vítimas essas agressões.

Os comportamentos do Bullying a serem observados, segundo Cléo Fante, são:

> "(...) para que um aluno possa ser identificado como vítima, os professores devem *observar* se ele apresenta alguns destes comportamentos:
>
> - durante o recreio está isolado e separado do grupo, ou procurando ficar próximo de um aduto?
>
> - na sala de aula tem dificuldade em falar diante dos demais mostrando-se inseguro *ou* anscioso?

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

- nos jogos em equipe é o ultimo a ser escolhido?

- apresenta-se comumente com aspectos contrariado, triste, deprimido ou aflito?

- apresenta desleixo gradual *nas* tarefas escolares?

- falta as aulas com *frequência*?

- perde com frequência os seus pertences?(...)"

Cabe a instituição de ensino identificar essas e outras características com uma célere forma de combater a prática dessa violência, conduzindo os educadores e responsáveis da instituição escolar sobre a sua responsabilidade do combate e estimular as políticas publicas voltadas a essa problemática, tentando envolver a maior quantidade de pessoas no assunto.

Segundo Cléo Fante, existem diferentes tipos de protagonistas para o fenômeno Bullying:

" - VÍTIMA TÍPICA: aquela que serve de bode expiatório para um grupo. É um individuo, geralmente pouco sociável, que sofre repetidamente as consequências dos comportamentos *agressivos* de outros e que não dispõe de recursos, status ou habilidades para reagir ou fazer cessar essas condutas prejudiciais. Suas características mais comuns são: aspecto fisco mais frágil que o de seus companheiros; medo de que lhe causem danos ou de ser fisicamente ineficaz nos esportes e nas brigas. Em muitos casos, relaciona-se melhor com pessoas adultas do que com seus companheiros.

- VÍTIMA PROVOCADORA: aquela que provoca e atrai reações agressivas contra as quais não consegue lidar com eficiência. A vítima provocadora possui um "gênio ruim", tenta brigar ou responder quando é atacada ou insultada, mas geralmente de maneira ineficaz; pode ser hiperativa, inquieta, dispersiva e *ofensora*; é de modo geral, tola imatura, de costumes irritantes, e quase sempre é responsável por causar tensões no ambiente em que se encontra.

- VÍTIMA AGRESSORA: aquela que reproduz os maus tratos sofridos. A vítima agressora é aquele aluno que, tendo

passado por situação de sofrimento na escola tende a buscar indivíduos mais frágeis que ele para transformá-los em bodes expiatórios, na tentativa de transferir os maus tratos sofridos. Essa tendência tem sido evidenciada entre as vitimas, fazendo com que o bullying se transforme numa dinâmica expansiva, cujos resultados incidem no aumento do úmero de vítimas.

- AGRESSOR: aquele que vitimiza os mais fracos. O agressor, de ambos os sexos , costumam ser um individuo que manifesta pouca empatia. Freqüentemente é membro de família desestruturada, em que há pouco ou nenhum relacionamento afetivo. Ao pais ou responsáveis exercem

supervisão deficitária e oferecem comportamentos agressivos ou violentos como modelos para solucionar s conflitos. O Agressor normalmente se apresenta mais forte que seus companheiros de classe e que suas vitimas em particular, pode ter a mesma idade ou ser um pouco mais velho que suas vitimas.

- ESPECTADOR: é o aluno que presencia o bullying porem não o sofre nem pratica. Representa a grande maioria dos alunos que convive com o problema e adota a lei do silencio por temer se transformar em novo alvo para o agressor. Mesmo não sofrendo as agressões diretamente muitos deles podem se sentir inseguros e incomodados. Alguns expectadores reagem negativamente, uma vez que seu direito de aprender em um ambiente seguro e solidário foi violado."

O bullying não atinge somente aos alunos envolvidos, mas toda a sociedade como um todo, confrontando nossas garantias constitucionais. Em um país como o Brasil, com tantas diversidades culturais, temos que aumentar ainda mais nossa atenção sobre essa problemática. A escola tem o dever de promover ao aluno um ambiente seguro para o desenvolvimento das atividades educacionais, onde tem a obrigação de cuidar da integridade física e psíquica do aluno que esteja sobre os seus cuidados, pois segundo o Art. 37, §6º da CF, a instituição de ensino é responsável solidariamente junto com o Estado e de forma objetiva, sem a necessidade de culpa.

CONCLUSÃO.

Com o passar dos anos e evoluções da sociedade a responsabilidade civil esta sob constantes modificações, estando atualmente ganhando força à ideia de ser uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

responsabilidade objetiva. No passar dos anos houve um progresso na constituição que surgiram as ideias de se poder indenizar os danos morais ou psicológicos, levando a necessidade de se estudar a responsabilidade das escolas nos casos de prejuízos causados por alunos contra alunos ou destes contra terceiros, quando estiverem sobre os cuidados da instituição de ensino. As escolas podem ser públicas ou privadas, os seus responsáveis irão responder por qualquer mal que possa ser infringido ao aluno durante sua supervisão. Quando houver casos de Bullying, a instituição deve responder em face da vítima. Concluímos que a responsabilidade civil das escolas é objetiva, visto que esta sob o amparo do código do consumidor, resultando que se algum sair errado, prejudicando o aluno em algum jeito a instituição irá responder.

BIBLIOGRAFIA.

AGUIAR DIAS, José. Responsabilidade Civil. São Paulo: Rio de Janeiro, Forense, 1994.

CAVALIERI, Filho Sergio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Malheiros, 5ª ed. 3ª, tiragem, Malheiros, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v. 7, São Paulo: Saraiva, 17

FACHINNI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. Revista Jurídica, v. 356, Porto Alegre-Sp. Notadez, junho, 2007.

FREITAS, Luciano dos. Bullying: Programa de Prevenção da Violência entre Alunos no Ambiente Educacional. In: 2º CONGRESSO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA DE BELO HORIZONTE, 12 à15 set, 2004, Belo Horizonte: UERJ, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 6ª ed. 1995 e 8ª ed. 2003.

MARINE, Elaine. O que é Bullying?. Disponível em :http://www.eduquenet.net.

SACAVINO, Suzana. Direitos Humanos na Sala de Aula. Rio de Janeiro: Nova

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

América, Ano VI-nº 66, outubro de 2005

SOUZA, Gelson Amaro de. Responsabilidade Civil dos pais pelos danos causados pelos filhos. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 778, pp. 59:90, agosto de 2000.

STOCO, Rui. Responsabilidade Civil. São Paulo: RT. 1994.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil - Responsabilidade Civil. v. 4. São Paulo: Atlas, 2º ed, 2002.

Sites:

http://pt.wikipedia.org/wiki/Bullying

http://bullynobullying.blogspot.com.br/2010/05/10-caracteristicas-do-bullying.html

http://bullyingnaoebrincadeira.com.br/material-para-pesquisa/como-se-iniciou-a-pesquisa-sobre-bullying/

http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875

http://www.normaslegais.com.br/guia/responsabilidade-civil.htm

http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/92098/responsabilidade-civil-da-escola-pelos-atos-dos-seus-alunos

http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_11_luiz_jose_carlos.pdf

http://br.monografias.com/trabalhos-pdf/bullying-responsabilidade-civil-estabelecimento-ensino/bullying-responsabilidade-civil-estabelecimento-ensino.pdf

http://jus.com.br/artigos/responsabilidade-civil

http://livrosdedireitoonline.blogspot.com.br/

http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=e872eef2-1629-4321-85da-d52571b206e7&groupId=10136

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O DIREITO À DIGNIDADE HUMANA NO CÁRCERE: UM OLHAR SOBRE AS UNIDADES PRISIONAIS DE PALMAS/TOCANTINS

RAFAELLA MATOS SOUZA:
Graduanda no curso de Direito pela Faculdade Serra do Carmo

CRISTIANE DORST MEZZAROBA[1]

(Orientadora)

RESUMO: O sistema prisional brasileiro nunca foi referência positiva em termos de respeito aos direitos fundamentais ou mesmo em efetividade de cumprimento dos fins da pena. Contudo, nos últimos anos o colapso carcerário tem se evidenciado. Atualmente há 2.691 unidades prisionais no Brasil, totalizando 427.402 vagas. Todavia, embora os números do cárcere sejam flutuantes, a população carcerária atual ultrapassa 726.000 pessoas, a terceira maior do mundo. Além da superlotação, outros problemas se evidenciam, como a precariedade da estrutura física, as denúncias de maus-tratos e tortura, a falta de condições de saúde e higiene, entre outras. Nesse contexto, o presente estudo tem por objetivo geral analisar, sob a ótica da dignidade humana prelecionada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as condições ofertadas pelo Estado ao cidadão encarcerado, seja o sentenciado, seja o provisório. Para tal, a metodologia adotada consiste na revisão bibliográfica e legislativa. Além da análise do contexto geral do sistema carcerário brasileiro, o presente estudo, busca contextualizar a realidade das unidades prisionais de regime fechado que atendem aos encarcerados homens e mulheres da cidade de Palmas, estado do Tocantins, sob a ótica da dignidade à pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade Humana; sistema carcerário; unidades prisionais de Palmas/TO.

ABSTRACT: The Brazilian prison system was never a reference positive in terms of respect for the rights fundamental or even effectiveness greeting of the ends of the penalty. Yet, in the last years the prison breakdown has been evident. Currently there are 2,691 prisons in Brazil, totaling 427,402 vacancies. However, although the numbers from jail be uncertain, the prison population current exceeds 726,000 people, the third largest in the world. Beyond Overcrowding, other problems are evident, as the precariousness of the physical structure, allegations of ill-treatment and torture, the lack of health and hygiene conditions, among others. In this context, the present study aims at by analyze from the perspective of human dignity lectured

in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, conditions offered by the state to the imprisoned citizen be the sentenced or the provisional. For such, the adopted methodology consists of in the bibliographic and legislative revision. Beyond context analysis of the Brazilian penitentiary system, the present study, seeks the reality of closed regime prisons, serving the jailed men and women of Palmas, state of Tocantins, from the perspective of dignity to the human person.

KEYWORDS: Human dignity, Prison System, Prison Units of Palmas/TO.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Sistema Carcerário Brasileiro: uma história de violação de direitos – 3. A diginidade da pessoa humana e os direitos fundamentais do cidadão em cárcere – 3.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos – 3.2 A Constituição Federal e a proteção do cidadão encarcerado – 3.3 A Lei de Execução Penal Brasileira: um mito legislativo – 4. As Unidades Prisionais de regime fechado no município de Palmas/Tocantins – 4.1 Casa de Prisão Provisória de Palmas - CPPP: regime fechado – 4.2 Unidade de Prisão Feminina de Palmas - UPF: regime fechado – 5. Análise da situação carcerária no município de Palmas-TO sob a ótica do direito a dignidade da pessoa humana – 6. Considerações finais – 7. Referências

1. INTRODUÇÃO

O mundo do cárcere pende, naturalmente, a cada vez mais se afastar da sociedade civil, na medida em que o sistema pretende afastar indivíduos do meio social, quando se está diante da prática de ato classificado como crime. Acontece que esse distanciamento carrega em si, a semente do descaso: uma vez encarcerados, passam os apenados a serem esquecidos. Parece não importar à sociedade como eles sobrevivem, se há respeito à dignidade humana e aos princípios da Constituição Federal de 1988, da normativa internacional que proíbe as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, bem como à Lei de Execuções Penais (LEP).

Contudo, quando ocorrem rebeliões e mortes, finalmente a sociedade passa a lançar um olhar sobre os presídios, mas se trata de um olhar assustado, desconfiado e repleto de medo, de um dia cruzar nas ruas com um egresso do sistema prisional e ser uma vítima dele. De fato, quando se está diante de rebeliões carcerárias como as que por vezes a mídia divulga, mais se procura insuflar o discurso de firmeza da repressão penal, do que questionar as condições humanas dos presídios, afim de melhor conhecê-los, para assim detectar as causas principais dessa problemática, na busca contínua por novos rumos a serem trilhados, com supedâneo na dignidade da pessoa humana e na busca da ressocialização do apenado, a fim de efetivamente prepará-lo ao retorno ao convívio social. Esse

último ponto nem sempre tem merecido a atenção necessária da sociedade, principalmente da mídia, ignorando-se, a questão da dignidade e da realidade do encarcerado, em prol do discurso de máxima segurança aos cidadãos comuns, esquecendo-se de que um dia o então recluso voltará às ruas.

Para desenvolver essa análise, faz-se necessário analisar os contornos do princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico pátrio, ao lado da análise da normativa interna e internacional a respeito do cumprimento das sanções penais, de maneira crítica, levantando, enfim, um novo olhar sobre o sistema penitenciário, de modo a garantir a efetividade das normas que o regem, para que deixem de ser mera "folha de papel", no dizer de Ferdinand Lassale, em sua clássica obra "A Essência da Constituição" (2000).

Nesse contexto, analisar, sob a ótica da dignidade humana prelecionada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as condições ofertadas pelo Estado ao cidadão encarcerado, seja o sentenciado, seja o provisório é o objetivo geral deste estudo. Compreender os aspectos históricos e sociais que identificam o sistema carcerário brasileiro, bem como, verificar o direito à dignidade proposta tanto na Carta Magna, quanto na Convenção Americana para os Direitos Humanos e nas normas infraconstitucionais e contextualizar a realidade das unidades prisionais de regime fechado que atendem aos encarcerados homens e mulheres da cidade de Palmas, estado do Tocantins, sob a ótica da dignidade à pessoa humana, constituem os objetivos específicos a serem perseguidos. Buscando atingir aos objetivos propostos a metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica e legislativa pertinente, por meio de uma análise qualitativa e crítica.

Consequentemente, este estudo além da introdução, considerações finais e referências, está subdividido em capítulos. O capítulo dois traz o sistema carcerário brasileiro: uma história de violação de direitos. O capítulo três destaca a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais do cidadão em cárcere. O capítulo quatro apresenta as unidades prisionais de regime fechado no município de Palmas – Tocantins. Por fim, o capítulo cinco analisa a situação carcerária no município de Palmas, sob a ótica do direito à dignidade da pessoa humana.

2. SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: UMA HISTÓRIA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS.

O direito de punir tem sua origem no desejo social de se criarem regras de convivências entre as pessoas, bem como do dever de retribuição ao cometimento de um ato considerado reprovável por determinada comunidade. Durante muito tempo foram utilizados diversos expedientes para a aplicação de punições, tais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

como torturas, penas capitais, degradantes, dentre outros, cenário que perdurou ao longo dos séculos. Porém, à medida que a sociedade evoluiu, evoluiu também a consciência de que o homem é um sujeito de direitos, e que deve ser respeitado em sua integridade física e moral.

Sobre a humanização das sanções criminais, Bitencourt (2011, p. 57) destaca:

> Os princípios reabilitadores e ressocializadores da pena tem como antecedente importante esses delineamentos de Beccaria, já que a humanização do direito penal e da pena é requisito indispensável. É paradoxal falar da ressocialização como objetivo da pena privativa de liberdade se não houver o controle do poder punitivo e a constante tentativa de humanizar a justiça e a pena.

A origem dos problemas no sistema carcerário brasileiro remota ao século XVIII, pois àquela época já se identificava problemas como superlotação, falta de acomodações adequadas, enfermidades, entre outros.

Resolver a crise do sistema carcerário brasileiro é, sem sombra de dúvidas, um dos maiores desafios impostos ao Poder Público na atualidade, haja vista os inúmeros problemas e as diversas violações de direitos que vem acontecendo ao longo do tempo.

O sistema carcerário brasileiro tem sido marcado por episódios que revelam uma realidade de descaso e abandono pelo Poder Público, o que caracteriza a violação sistemática da dignidade da pessoa humana. Qualquer atitude que fira alguém em sua integridade física e moral, colocando-o em condições de inferioridade, fere sua dignidade.

Sarlet (2001, p. 60) define a dignidade da pessoa humana:

> Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos suportes da atual Constituição Federativa do Brasil, uma vez que, todos os outros princípios se fundamentam nele.

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), no ano de 2016 a população carcerária brasileira era de 726.712 pessoas (2017, *online*), de modo que representa a terceira maior população carcerária do mundo, sendo ultrapassada somente pelos Estados Unidos e China. São números que causam preocupação, especialmente quando se sabe que há um déficit de 288.435 vagas no sistema prisional, fator essencial que contribui para a violação de direitos fundamentais de presos.

Esse cenário catastrófico de ingerência estatal acaba dando espaço para as facções criminosas, que regulam a convivência entre os encarcerados e controlam a violência dentro e fora do sistema prisional. O Comando Vermelho (CV) e o Primeiro Comando da Capital (PCC), facções rivais, disputam o poder dentro e fora das unidades. A facção criminosa PCC teve sua origem depois do massacre do Carandiru em 1992, onde 111 presos foram cruelmente assassinados, pouco mais de um ano depois, um grupo de presidiários fundou a facção com o intuito de combater os maus tratos e evitar massacres como o de 1992, ou seja, o PCC assumiu perante os detentos o papel de "estado paralelo", visando garantir o que o Estado de Direito há muito vem renegando. Eles comandam rebeliões, assaltos, sequestros, assassinatos e narcotráfico.

Em 2011, o PCC criou seu próprio estatuto, um conjunto de leis que dita o comportamento dos seus membros dentro do sistema prisional, o estatuto prevê roubos para financiar o grupo, e a morte violenta aos membros que descumprem as regras. A facção atua principalmente em São Paulo, mas também está presente em 22 dos 27 estados brasileiros, além de países próximos, como Bolívia, Paraguai e Colômbia. Possui cerca de 30 mil membros, sendo que só no estado de São Paulo são mais de oito mil membros. É considerada uma das maiores organizações criminosas do país.

Não por outro motivo, no ano de 2015 o Plenário do Supremo Tribunal Federal - STF, por ocasião do julgamento da medida liminar requerida na ADPF 347, reconheceu o estado de coisas inconstitucionais do sistema carcerário brasileiro, chegando a essa conclusão em razão da violação sistemática e generalizada dos direitos fundamentais dos presos, que se dá principalmente em razão da

incapacidade do Estado em fazer cumprir as determinações legais contidas na Constituição Federal, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e na Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes.

A intenção foi retirar o Poder Público da inércia, de modo que se adotassem medidas que ao menos minimizassem a situação caótica do sistema carcerário brasileiro, mas ao que parece pouco ou nada foi feito para minimizar a violação sistemática de direitos do sistema, haja vista os resultados do Relatório sobre Direitos Humanos no Brasil (2018 *online*), e que elenca uma série de violações de direitos humanos ocorridas nas penitenciárias brasileiras. A Seção 1 do Relatório, que trata do respeito pela integridade e liberdade das pessoas, faz um longo relato acerca da situação dos presídios:

> Condições em Penitenciárias e Centros de Detenção
>
> As condições em muitas prisões eram precárias e por vezes apresentavam risco de vida aos detentos, principalmente por causa da superlotação. Os abusos por parte dos agentes penitenciários continuaram e as más condições de trabalho, devido a seu baixo salário, incentivaram a corrupção.
>
> Condições físicas: a superlotação endêmica foi um problema. De acordo com o Conselho Nacional do Ministério Público, em agosto, a taxa de ocupação total passava de 175 por cento da capacidade. A região norte do país apresentava a pior situação, com o triplo de detentos a mais que a capacidade.
>
> Os relatos de abuso por agentes penitenciários continuaram. Várias queixas registradas na Defensoria Pública de São Paulo, no Departamento Penitenciário Nacional, e membros do Conselho Nacional de Justiça detalharam abusos na Unidade Prisional de Avaré I, no Estado de São Paulo, inclusive com sufocamento com sacos cheios de urina e fezes. Outro preso denunciou que os agentes penitenciários do Complexo Médico-Penal no estado do Paraná arremessaram sua cabeça contra a parede e desferiu socos e chutes contra ele.
>
> Os presos condenados de crimes menores frequentemente foram mantidos junto a homicidas e outros criminosos violentos. As autoridades tentaram manter presos preventivamente separados de presos condenados, mas a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

falta de espaço muitas vezes exigia colocar criminosos com sentenças proferidas nas unidades provisórias. Em muitas penitenciárias, inclusive aquelas do Distrito Federal, as autoridades tentaram separar réus de crimes violentos de outros detentos e manter traficantes de drogas condenados em uma ala separada do resto da população prisional. Várias fontes relataram que adolescentes eram mantidos junto a adultos, em condições ruins e de superlotação. Em muitas instituições de menores infratores, o número de detentos superava e muito a capacidade.

O Conselho Nacional de Justiça levantou que, até o final de 2017 no sistema penitenciário, haviam 373 detentas grávidas e 249 amamentando. Em fevereiro, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as mulheres grávidas e com filhos abaixo de 12 meses de idade têm o direito de aguardar o julgamento em casa e não mais em prisão preventiva.

As penitenciárias tinham pouco pessoal e falta de controle da população prisional. A violência cresceu em várias prisões no Nordeste. Além da superlotação, a má gestão do sistema prisional, a presença de quadrilhas e a corrupção contribuíram para a violência dentro do sistema penitenciário. Relatórios da imprensa indicaram que a maior parte dos líderes de grandes quadrilhas estava encarcerada, mas controlava suas empresas criminosas transnacionais em expansão de dentro da prisão.

Muitas rebeliões dentro das cadeias ao longo do ano levaram a mortes de detentos, inclusive a rebelião de janeiro no estado do Ceará em que 10 presos foram mortos e a rebelião de setembro no Pará em que sete morreram. Em fevereiro, os presos da cadeia de Japeri, dentro da região metropolitana do Rio de Janeiro, tomaram os agentes penitenciários como reféns durante uma rebelião após uma tentativa frustrada de fuga. Três pessoas ficaram feridas nas ocorrências. Cerca de 2.000 internos são mantidos em Japeri, cuja capacidade é de menos de 900.

As condições gerais das penitenciárias estavam precárias. Havia falta de água potável ou para o banho, nutrição

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> inadequada, infestações de ratos e baratas, células úmidas e escuras e espancamento de presos. De acordo com o Ministério da Saúde, os presos tinham 28 vezes mais chances de contrair a tuberculose, em comparação à população em geral. Em novembro, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos visitou prisões nos estados do Maranhão, Roraima e Rio de Janeiro, declarando a penitenciária de Jorge Santana no Rio de Janeiro como uma das piores que haviam visto e denunciaram o Centro Penitenciário Agrícola do Monte Cristo em Roraima por sujeitar os detentos a doenças graves e sem o mínimo direito à alimentação.
>
> Administração: as ouvidorias estaduais e a Secretaria Federal de Direitos Humanos monitoraram as condições de prisão e detenção e conduziram investigações adequadas de alegações de possíveis maus tratos. Os presos e detentos tinham acesso a visitas. Contudo, observadores dos direitos humanos relataram que alguns visitantes reclamaram dos procedimentos de revista que, por vezes, incluíam exames físicos invasivos e insalubres.
>
> Monitoramento independente: o governo permitiu o monitoramento por observadores não-governamentais independentes.
>
> Melhorias: Em maio, o Conselho Nacional de Justiça lançou o Cadastro Nacional de Presos, feito para armazenar os dados básicos de todos os presos no sistema penitenciário, inclusive dados biográficos, motivo da detenção, localização do preso e a sentença judicial condenatória que o levou ao cárcere.
>
> Em junho, o governo do estado de Pernambuco transferiu os primeiros detentos para a Unidade I da nova cadeia de Itaquitinga.

Diante disso, conclui-se que o sistema prisional brasileiro tal como se apresenta na atualidade, não tem atendido às finalidades da pena, pois o que tem se notado é a sistemática violação de direitos dos presos, além da ausência de políticas estatais que façam ser cumpridas as determinações legais quanto à ressocialização do apenado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO EM CÁRCERE

É cediço que o Brasil se constitui de um Estado Democrático de Direito, pois o artigo 1º da Constituição Federal de 1988 define que "a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos".

Significa dizer, dentre outros aspectos, que o Brasil se submete ao poder popular, deve obediência ao povo, com a total observância do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais dos indivíduos.

Conforme preceitua Novelino (2016, p. 247 e 248), dentre as principais características do Estado Democrático de Direito cita-se:

> I) consagração de institutos de democracia direta e indireta que introduzem o povo no governo do Estado, tais como plebiscito, referendo e iniciativa popular (CF, art. 14, I a III);
>
> II) preocupação com a efetividade e dimensão material dos direitos fundamentais, assegurados mediante a jurisdição constitucional;
>
> III) limitação do Poder Legislativo, não apenas no aspecto formal (modo de produção de direito), mas também no âmbito material, fiscalizando a compatibilidade de conteúdo das leis com os valores consagrados na Constituição;
>
> IV) imposição constitucional não apenas de limites, mas também de deveres ao legislador;
>
> V) aplicação direta da constituição com o reconhecimento definitivo de sua força normativa;
>
> VI) ampliação do conceito meramente formal de *democracia* (participação popular, vontade da maioria, realização de eleições periódicas, alternância no Poder) para uma *dimensão substancial*, como decorrência do reconhecimento da força normativa e vinculante dos direitos fundamentais, os quais devem ser usufruídos por todos, inclusive pelas minorias perante a vontade popular

> (pluralismo, proteção das minorias, papel contramajoritário do Poder Judiciário...)

Assim, trata-se de um Estado que deve ter como norte o fiel cumprimento dos preceitos constitucionais, com total respeito aos direitos humanos e garantias fundamentais, devendo todos os cidadãos gozarem de proteção jurídica do Estado.

Na lição de Sarlet (2017, p. 281):

> A principal manifestação do Estado de Direito como Estado material de Direito são os direitos e garantias fundamentais, pois são eles que concretizam o Estado de Direito nas suas diversas dimensões (inclusive na sua condição de Estado Social e Democrático), e, na condição de posições subjetivas (direitos) exigíveis em face do Estado, o tornam capazes de se afirmar. Por tal razão, reafirma-se aqui que o Estado de Direito é sempre em primeira linha um Estado de direitos fundamentais, (...)

Compreende-se, portanto, que não é possível à realização de um Estado Democrático de Direito que não tenha por função precípua a garantia dos direitos fundamentais a todos os indivíduos.

Não se pode ainda, imaginar a existência de um Estado Democrático de Direito sem o respeito à dignidade da pessoa humana, que nada mais é que um vasto conjunto de direitos, princípios e valores que garanta um mínimo de bem-estar a todos os cidadãos.

A ideia de que toda pessoa deve ser respeitada em sua dignidade ganhou força após os tenebrosos eventos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial, quando a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos, determinou em seu artigo 1º que "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade." (1948, *online*).

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, a dignidade da pessoa humana obteve o devido reconhecimento no país, sendo alçado a um dos fundamentos da República. A Carta Magna dispõe em seu artigo 1º, inciso III, que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República, o que lhe conferiu status constitucional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Sobre o tema, assim destaca Sarlet (2017, p. 263):

> Nessa perspectiva, consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CF), a CF – a exemplo do que ocorreu pela primeira vez e de modo particularmente significativo na Lei Fundamental da Alemanha (1949) – além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

Observa-se, portanto, que a Constituição Federal confere à dignidade humana um valor primordial para todos os indivíduos, sem qualquer distinção.

Sobre a dignidade da pessoa humana, assim se manifesta Moraes (2011, p. 24):

> A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Trata-se, portanto, de um valor intrínseco ao ser humano, e por isso deve ser plenamente respeitado, pois toda pessoa tem direito a uma vida digna.

3.1 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica foi assinada em 22 de novembro de 1969 em San José, na Costa Rica, e ratificado pelo Brasil em setembro de 1992 por intermédio do Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. A Convenção foi adotada por ocasião

da Conferência Especializada Interamericana sobre os Direitos Humanos, e reconhece que os direitos essenciais da pessoa humana derivam da sua condição humana e não da nacionalidade, e dispõe no artigo 11 que "toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade" (1992, *online*).

A respeito da Dignidade da pessoa humana e as determinações da Corte, Legale e Val, (2017, p. 186) afirmam:

> Dentre as Convenções, merece destaque pela clareza o preâmbulo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. É nele que o valor intrínseco da pessoa humana fica melhor expresso, porque exibe uma declaração de que a exigência de proteção dos direitos do homem deriva não de ser nacional de determinado Estado, mas sim pelo " fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana". Decorre desse imperativo a proteção convencional, coadjuvante ou complementar ao direito interno pelo único fato de existir e não porque a pessoa possui um talento especial ou porque integra uma casta, etnia ou grupo. Em outras palavras, a dignidade não é construída, mas sim é inerente à pessoa humana.

A Convenção objetiva solidificar um sistema de garantias e direitos extensivos a todas as pessoas, com vistas a garantir o usufruto de direitos civis, sociais, econômicos, políticos, entre outro, especialmente o direito à integridade pessoal e à vedação à tortura, as penas cruéis, desumanas ou degradantes, à proibição da escravidão, da servidão, além do dever de resguardar a dignidade humana do recluso, à proteção da honra, vida privada e reputação contra ingerências e ofensas ilegais.

Portanto, o Pacto de San José da Costa Rica, não apenas cuidou de elaborar garantias fundamentais, individuais e coletivas obrigando todos os países membros que as observasse, mas também designou os órgãos para supervisionar e julgar a violação contra os direitos do homem.

3.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A PROTEÇÃO DO CIDADÃO ENCARCERADO.

A Constituição Federal de 1988 representou e representa até hoje, o maior avanço político, legislativo e jurídico da história do Brasil, deixando no passado eventos tenebrosos, especialmente os acontecidos durante o Regime Militar, ocorridos entre os anos de 1964 a 1985, onde houveram inúmeras violações de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

direitos. Os ganhos com a nova Constituição foram enormes, a começar pelo respeito aos direitos humanos dos cidadãos, com o devido reconhecimento de seus direitos e garantias fundamentais.

Os direitos fundamentais são os direitos básicos garantidos a qualquer indivíduo, e que devem estar previstos em uma Constituição, e que garantem o direito à vida, liberdade, dignidade, igualdade, dentre outros. São, por conseguinte, todos os direitos que buscam assegurar aos indivíduos viverem com dignidade.

Na Constituição Federal de 1988, está disposto, principalmente no artigo 5º, que 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 (1988, *online*).

Os cidadãos que se encontram em cumprimento de pena privativa de liberdade não podem, em momento algum, serem privados de seus direitos fundamentais, embora a busca pelo cumprimento desses direitos seja incessante, haja vista a crise permanente do sistema carcerário brasileiro, e que dificulta sobremaneira o reconhecimento e cumprimento de tais direitos.

Dentre os principais direitos constitucionais dos cidadãos em cárcere, destaca-se os disposto no artigo 5º da Constituição Federal, como a garantia de assistência religiosa, a preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, a garantia de que a pena não passará da pessoa do condenado, a individualização da pena, o respeito à integridade física e moral, além do disposto no inciso XLVII do mesmo artigo 5º, que assim dispõe:

> XLVII - não haverá penas:
>
> a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
>
> b) de caráter perpétuo;
>
> c) de trabalhos forçados;
>
> d) de banimento;
>
> e) cruéis; (BRASIL, 1988, *online*).

Uma das grandes conquistas civilizatórias foi a abolição, ou mesmo diminuição das penas capitais. Com o advento da Declaração Universal dos Direitos

Humanos, a tortura foi terminantemente proibida, e no Brasil, tal proibição foi acatada, já que é vedado ao Estado penas que caracterizem crueldade, de caráter perpétuo e de trabalho forçado.

A Lei de Execução Penal brasileira sofreu diversas alterações para se adequar aos ditames da Constituição Federal e também dispõe de diversos dispositivos que asseguram tanto a integridade física quanto a moral dos presos.

Isto posto, é de destacar que o respeito aos direitos fundamentais é imprescindível para que se garanta a todos os indivíduos uma vida digna, de modo que a todos seja permitido viver de forma livre, igualitária e que haja respeito a todos os seus direitos por parte do Estado, e não podem estar excluídos, sob nenhuma hipótese, os cidadãos que se encontram em cumprimento de pena privativa de liberdade.

3.3 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA: UM MITO LEGISLATIVO

A Lei n. 7.210, de 11 de Julho de 1984, instituiu a Lei de Execução Penal - LEP, com o objetivo de "efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado" (1984, *online*).

Nas palavras de Marcão (2012, p.17), "fazer executar a sanção penal judicialmente imposta, sem descuidar da imprescindível socialização ou ressocialização, com vistas à reinserção social, constitui, em síntese, os objetivos visados pela lei de execução penal".

A execução penal objetiva então efetivar a condenação, para a devida retribuição da pena, além de buscar também ressocializar os cidadãos que se encontram em cumprimento de pena privativa de liberdade.

Embora a LEP seja considerada uma das leis de execução penal mais modernas do mundo, uma vez que considera todos os aspectos da pretensão punitiva estatal: o punitivo, o educativo e o ressocializador, na prática o que se vislumbra é um abismo existente entre a intenção e a realidade.

Em que pese toda a dificuldade do Estado de colocar em prática os dispositivos legais que contribuem para o cumprimento de forma minimamente digna da pena, bem como a ressocialização do apenado, a LEP aponta de forma clara que o condenado perde sua liberdade, mas jamais poderá perder o tratamento adequado positivado na Constituição Federal. Segundo a LEP, são direitos dos condenados, o que evidentemente, também se aplica aos presos provisórios: direito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

à alimentação e vestimenta fornecidos pelo Estado, direito a uma ala arejada e higiênica, visita da família e amigos, escrever e receber cartas, ser chamado pelo nome, sem nenhuma discriminação, direito ao trabalho remunerado em, no mínimo, 3/4 do salário mínimo, direito à assistência médica, assistência educacional: estudos de 1º grau e cursos técnicos, assistência social: para propor atividades recreativas e de integração no presídio, fazendo ligação com a família e amigos do preso e direito à assistência judiciária e contato com advogado: todo apenado pode conversar em particular com seu advogado e se não puder contratar um o Estado tem o dever de lhe fornecer gratuitamente.

É ponderoso refletir ainda se o não cumprimento deste dever pelo Estado, que, por sua vez, institui uma violação a um direito do encarcerado, pode acarretar em responsabilização estatal. É falar, caso o egresso não seja ressocializado, o Estado pode ser responsabilizado por não ter cumprido a sua obrigação.

4. AS UNIDADES PRISIONAIS DE REGIME FECHADO NO MUNICÍPIO DE PALMAS – TOCANTINS.

O município de Palmas dispõe de duas unidades prisionais de regime fechado, a unidade prisional masculina: Casa de Prisão Provisória de Palmas (CPPP), que tem capacidade para abrigar 260 apenados, e que atualmente abriga 711. A Unidade de Prisão Feminina (UPF), por sua vez, tem capacidade projetada para 24 apenadas e possui 70, quase o triplo da capacidade permitida.

4.1 CASA DE PRISÃO PROVISÓRIA DE PALMAS – CPPP: regime fechado

A Casa de Prisão Provisória de Palmas – CPPP foi construída no ano de 2002, com capacidade para receber 260 presos do gênero masculino, até aquele momento, somente presos provisórios, devido à carência de um estabelecimento adequado.

O preso provisório é aquele que é privado de estar em liberdade, enquanto aguarda trânsito em julgado da sentença condenatória penal, recolhido na prisão, enquanto isso os presos provisórios passaram a ser aglomerados juntos com os presos já condenados, devido o insuficiente número de vagas no sistema prisional tocantinense. Na atualidade, o Tocantins possui 2.099 vagas distribuídas em 51 unidades prisionais (presídios, casas de prisão e cadeias públicas), mas uma lotação de 4.450 presidiários, ou seja, um déficit de 1.581 vagas.

Segundo dados do GEOPRISÍDIOS, em seu último recibo de cadastro de inspeção, referente ao mês de setembro de 2019, a lotação atual da CPPP é de 711

(setecentos e onze) presos, entre eles 395 (trezentos e noventa e cinco) são presos já sentenciados e 316 (trezentos e dezesseis) são presos provisórios. Na unidade possui uma escola de Ensino Fundamental e Médio, na qual são oferecidas 60 vagas para estudos, a matrícula depende exclusivamente do interesse do interno. São oferecidas também, 35 vagas para trabalho externo. A CPPP possui dois pavilhões, A e B, ambos são tomados por facções criminosas, sendo elas: Comando Vermelho (CV) e o Primeiro Comando da Capital (PCC), acarretando na distribuição dos internos de acordo com cada facção, cada pavilhão é composto por 28 celas, possui também 5 celas denominadas ‘‘especiais’’ conhecidas também como ‘‘seguro’’, para aqueles que estão ameaçados de mortes por outros detentos.

Acerca da superlotação na unidade, Silva (2018, *online*) discorre:

> A superlotação de internos na CPPP é causa de inúmeros problemas que implicam diretamente no cumprimento dos fins da pena, visto que não se educa para a prevenção do cometimento de novo crime, não se pune adequadamente e muito menos se ressocializa o infrator, acarretando em um dos maiores problemas do sistema prisional brasileiro, a reincidência criminal.

A reincidência pode ocorrer logo após o convívio social, seja em dias, meses e até mesmo ano, para ser reincidente, faz-se necessário ter a sentença penal condenatória transitado em julgado e a consumação de um novo crime.

4.2 UNIDADE DE PRISÃO FEMININA DE PALMAS – UPF: regime fechado

Quando se discute o crime, logo os olhares se voltam para o público masculino em detrimento ao feminino, o que faz com que deixe de levar em conta uma realidade que precisa ser compreendida. É muito importante avaliar como é a vida dessas mulheres que, por algum motivo acabaram cometendo infrações que a levaram ao sistema prisional feminino. É ponderoso a sociedade ter um conhecimento da difícil realidade dentro das unidades prisionais, assim como o Estado deve refletir sobre as consequências da falta de investimentos na melhoria desse sistema, principalmente, para promover ações voltadas para a não reincidência no mundo do crime.

A Unidade de Prisão Feminina de Palmas fica localizada no bairro de Taquaralto, em uma casa adaptada e cedida pelo Estado, possui dois salões denominados de ‘‘Latão’’ e uma ala chamada de Carandiru, para onde são destinadas as presas que tiveram mau comportamento. A casa tem capacidade projetada para comportar 24 (vinte e quatro) detentas, mas atualmente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

(novembro/2019) encontra-se superlotada com 70 (setenta) mulheres, segundo dados coletados no GEOPRESIDIOS. Entre essas 70 reeducandas, 45 (quarenta e cinco) são presas provisórias e 25 (vinte e cinco) já foram sentenciadas e estão cumprindo pena.

Além da superlotação, é notória a insuficiência de insumos para garantir o funcionamento adequado da Unidade Prisional. Ao ingressar na Unidade, as reeducandas não recebem uniformes, sendo obrigadas a usar suas próprias roupas. Com efeito, sequer são entregues kits de higiene pessoal em quantidade suficiente para atender as suas necessidades básicas, sendo fato público que, frequentemente, organizações da sociedade civil realizam campanhas para arrecadar produtos dessa espécie para doar as presas da UPF. Além das deficiências apontadas, a Unidade Prisional também não dispõe de uma sala destinada exclusivamente ao contato reservado aos advogados e defensores com suas clientes. Por último e não menos importante, não possui local adequado para custodiar mulheres que possuem filhos recém-nascidos, em fase de lactação até 06 (seis) meses de vida.

Apesar de estarem privadas de liberdade, são pessoas que necessitam ver seus direitos preconizados nas leis, principalmente, nesse segmento social para que haja a reinserção das mulheres aprisionadas após o cumprimento de sua pena, e mais ainda para que não adentrem no sistema carcerário e diminua a reincidência.

5. ANÁLISE DA SITUAÇÃO CARCERÁRIA NO MUNICÍPIO DE PALMAS – TO SOB A ÓTICA DO DIREITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

As prisões deveriam ser estabelecimentos em que presos fossem punidos e ao mesmo tempo restaurados para o convívio na sociedade, mas na realidade acontece ao contrário, devido às violações aos seus direitos fundamentais e a sua dignidade. Os principais problemas evidenciados nas Unidades Prisionais em Regime Fechado de Palmas/TO é a ausência de trabalho para o apenado, a superlotação, insalubridade nas celas, ocasionando assim, um ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças, falta de condições de higiene e assistência à saúde, a mistura dos presos provisórios com os presos já condenados, agressões físicas por parte dos outros detentos, o controle da CPP por facções criminosas, fatores estruturais aliados ainda à má alimentação. O que acaba ocorrendo é uma dupla penalização da pessoa: a pena de prisão propriamente dita e o lastimável estado de saúde que ele adquire durante a sua detenção no cárcere.

Como se percebe, nas anotações anteriores, inúmeras ofensas à dignidade da pessoa ocorrem dentro dos estabelecimentos prisionais, fugindo do controle do Estado, ou estes são coniventes com o problema. As ofensas à dignidade da pessoa

humana precisam ser tratadas como ofensas aos fundamentos do Estado Democrático de direito, e, por isso, não devem passar despercebidas, pois não pode mais, ser admitido este tipo de comportamento, de seres humanos contra seres humanos, tendo em vista que, trata-se de um ser igual a outro.

Destaca-se a necessidade de uma mudança, com um olhar mais humano, pois estamos falando de cidadãos que o Estado priva a liberdade, não a dignidade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A existência de um Estado Democrático de Direito pressupõe o respeito às garantias e direitos fundamentais de todos os seus cidadãos, mesmo os que estão em situação de privação de liberdade.

Embora o Brasil tenha em sua Carta Constitucional a dignidade humana como pilar fundamental da Democracia, bem como seja signatário de diversas convenções que preceituam o respeito aos Direitos Humanos, tal como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, quando a análise recai sobre o sistema carcerário brasileiro, o que se verifica é um estado de coisas inconstitucionais.

O Relatório sobre Direitos Humanos no Brasil, divulgados no ano de 2018, elenca uma série de violações de direitos humanos ocorridas nas penitenciárias brasileiras, destacando-se: a estrutura física precária, que não garantem espaço suficiente, condições para higiene e alimentação dignos, entre outros; superlotação; mães lactantes e gestantes no cárcere; domínio das organizações criminosas como um estado paralelo dentro das unidades; abusos, maus-tratos e até mesmo tortura promovida pelos agentes prisionais; ingerência estatal que resulta em rebeliões constantes.

Na atual conjuntura, uma vez ocorrida na prática a inércia dos mecanismos internos de responsabilização do Estado pela violação à dignidade humana dos presos, sobra o caminho da responsabilização internacional da União, como forma de incentivar a efetivação desse direito, tornando-se fundamental conhecer e se fazer uso dos instrumentos hábeis para tanto.

O cumprimento das penas há que preservar, portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, ocorre, na prática, que o Estado, de modo geral, faz letra morta a Constituição Federal, a Convenção Americana para os Direitos Humanos e a Lei de Execuções Penais, estabelecendo aos apenados o cumprimento das sanções penais em condições desumanas, privados que estão de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mínima assistência material, de saúde, jurídica, enfim, muitas vezes nem sequer têm um lugar para dormir, faltando ar para respirarem.

Nas Unidades prisionais de Palmas que atendem ao regime fechado de cumprimento de pena ou mesmo atendem as prisões preventivas ou temporárias são visualizados os problemas que afligem praticamente todas as unidades brasileiras.

Ambas, Casa de Prisão Provisória que atende ao masculino e a Unidade de Prisão Feminina estão superlotadas, possuem estrutura física precária, constantemente são noticiados surtos de doenças contagiosas e não pormenorizadas vezes há denúncias de maus-tratos e tortura, ou seja, é latente o estado de coisas inconstitucionais.

Mudar esse perfil do sistema carcerário brasileiro é uma luta a ser abraçada, com coragem, por toda a sociedade, destacando-se o papel fiscalizador que deveria estar sendo exercido com maior eficácia pelo Ministério Público, Defensoria Pública e Conselhos Penitenciários, nesta seara específica. E só com esse entendimento que poderá ser conferida efetividade ao princípio constitucional da dignidade humana do encarcerado.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; MARCAO, Renato Flávio. **Saberes do Direito 09 - Execução Penal.** São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Falência da pena de prisão: causas e alternativas.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 de nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. 1984. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 02 de nov. 2019.

CIDH. Convenção Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Disponível

em < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 03 de nov. 2019.

GEOPRESÍDIOS – CNJ. Disponível em < http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php Acesso em 08 de nov. 2019.

LASSALE, Ferdinand. Sobre a Constituição. In:. **A Essência da Constituiçã**o. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

LEGALE, Siddharta; VAL, Eduardo Manuel. **A dignidade da pessoa humana e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direitos Fundamentais & Justiça.** Belo Horizonte, ano 11, n. 36, p. 175-202, jan./jun. 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 5º ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodvm, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. (et. al.). **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Renato Pereira da. **A reincidência criminal na casa de prisão provisória de Palmas/Tocantins.** Conteúdo Jurídico, 10 jul 2018. Disponível em < https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52011/a-reincidencia-criminal-na-casa-de-prisao-provisoria-de-palmas-tocantins. Acesso em 11 de nov. 2019.

USEMBASSY. Embaixada e Consulados dos Estados Unidos no Brasil. **Relatórios sobre Práticas de Direitos Humanos por País 2018**. Disponível em < https://br.usembassy.gov/pt/our-relationship-pt/relatorios-oficiais/relatorio-sobre-direitos-humanos-2018-brasil/>. Acesso em 04 de nov. 2019.

USP. Universidade de São Paulo. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em 01 de nov. 2019.

(1) Professora Mestre na Faculdade Serra do Carmo - FASEC, nas disciplinas de Direito Penal e Prática Jurídica Criminal. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da FASEC. Advogada Criminalista.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DA INSTRUMENTABILIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL E A IMPOSSIBILIDADE DE SUBORDINAÇÃO AO DIREITO PENAL MATERIAL. UMA BARREIRA AO PUNITIVISMO E DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA ATRAVÉS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

LUÍS FELIPE REIS DE CASTRO:
Advogado.

Resumo: O desígnio deste trabalho é demonstrar que na relação entre Direito Penal Material e Direito Processual Penal, este possui princípios e ferramentas próprias que podem, e devem, se apresentar como barreira a ânsia punitivista do Estado. A leitura do caso tem como base um olhar especifico a instrumentabilidade constitucional do Processo Penal como principio norteador das garantias individuais.

Palavras-chave: Processo Penal. Instrumentabilidade constitucional. Punitivismo. Direito Penal de Emergência. Garantias Individuais

Abstract: The purpose of this paper is to demonstrate that in the relationship between Criminal Matters and Criminal Procedural Law, it has its own principles and tools that can, and should, be presented as a barrier to the punitivist eagerness of the State. The reading of the case is based on a specific look at the constitutional instrumentation of the Criminal Procedure as guiding principle of the individual guarantees.

Key words: Criminal proceedings. Constitutional Instrumentation. Punitivismo. Emergency Criminal Law. Individual Guarantees

1 INTRODUÇÃO

Socorrendo-se do dicionário, temos que o sentido de interface seria o "*Limite comum a dois sistemas ou duas unidades que permite troca de informações*"[1]. Dentre estes limites o Direito Material e Processual, atribuem barreira os arbítrios do Estado. Como bem afirma o Mestre Aury Lopes[2]:

> Por outro lado, totalmente distinto é o tratamento do Direito Penal, pois, ainda que os tipos penais tenham uma função de prevenção geral e também de proteção (não só de bens jurídicos, mas também do particular em relação aos atos abusivos do Estado), sua verdadeira essência está na pena e a pena não pode prescindir do processo penal.

> Existe um monopólio da aplicação da pena por parte dos órgãos jurisdicionais e isso representa um enorme avanço da humanidade. Para que possa ser aplicada uma pena, não só é necessário que exista um injusto culpável, mas também que exista previamente o devido processo penal.
>
> A pena não só é efeito jurídico do delito, senão que é um efeito do processo; mas o processo não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo.

Ocorre que, nesta interligação dos institutos, o relativo ao Processo Penal, e em especial para o presente artigo, o da Instrumentabilidade Constitucional, deve ser interpretada de forma própria, não podendo guardar relação de subordinação com o Direito Material.

Isto porque frente a uma crescente onda punitivista da sociedade é necessário o respeito as formas e a proteção constitucional guardadas ao processo. Conforme as lições de Lenio Luiz Streck (2001, p. 28-30) os setores mais frágeis e vulneráveis da sociedade é que são atingidos pelas formas de tentativa de estabilização da crise que se instaura, decorrente do pânico criado em torno do "*fantasma" da criminalidade*[3].

Salienta ainda Aury Lopes[4], em sua obra já citada que, "*É fundamental compreender que a instrumentalidade do processo não significa que ele seja um instrumento a serviço de uma única finalidade, qual seja, a satisfação de uma pretensão (acusatória)*".

Nesta perspectiva é que a instrumentabilidade constitucional, ainda que por muitas vezes violadas, devem ser respeitadas para um exercício democrático da *Persecutio criminis*.

2 AS DIVISÕES: PENAL MATERIAL X PROCESSO PENAL

Dentro do nosso ordenamento jurídico possuímos a distinção entre o Direito Material e o Direito Processual. O primeiro, Direito Material, se traduz como o conjunto de normas jurídicas que estabelece os bens da vida, as relações de deveres e direitos que se formam no dinamismo de uma sociedade. Assim, coexistem no direito brasileiro; direito civil, direito penal, direito do consumidor, direito administrativo, direito tributário dentre inúmeros outros, que corroboram

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

para a harmonia das relações jurídicas. Tais questões são atinentes ao Direito Material, trazendo, então, a matéria que regula nossas vidas.

Nos mencionado ramo é que se fortalece a ideia de segurança jurídica, com a criação, modificação e extinção de direitos, prevendo, ainda, as consequências legais ao descumprimento das exigências que ali se estabelecem. Nesta mesma linha se encontra, portanto, o Direito Penal Material, que, como conceitua o Mestre Juarez Cirino[5]:

> "O direito penal é o setor do ordenamento jurídico que define crimes, comina penas e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadas."

Ou seja, o Direito Penal Material regula a matéria atinente aos bens jurídicos mais relevantes que impactam o cotidiano da nação. Assim, utiliza-se da cominação da sanção que deverá ser aplicada em caso de sua desobediência.

Para tanto é que vem o Processo Penal, com a finalidade, frente a uma possível violação do direito materialmente previsto, da obtenção de um resultado justo, seja quando há condenação, absolvição ou anulação do processo. Por certo, não tão distante, as previsões processuais encontravam-se previstas em um código único – Penal e Processual – traduzindo-se em uma codificação que ao mesmo tempo que previa a cominação determinava sua maneira de execução.

Neste contexto, socorrendo-se das palavras de MEZGER[6] para definição do Direito Penal, temos que este é "*o exercício do poder punitivo do Estado, que conecta ao delito, como pressuposto, e a pena, como consequência jurídica*.".

Nesta linha, o Poder Punitivo deve ser limitado, evitando-se a hipertofia da punição. Contudo, fenômeno que ocorre em diversos países é a realização de um Direito Penal de Emergência, revelando uma faceta Punitivista do Estado na promulgação de tipo penais que, em regra, somente trazem uma falsa sensação de segurança.

Neste diapasão é que o Processo Penal se revela não como um conjunto de normas acessórias do Direito Penal e sim como instrumento necessário, considerando ainda sua matriz nos tratados de direitos humanos, principalmente da Declaração Universal dos Direitos Humanos – 1948 e da Convenção Interamericana de Direitos Civis e Políticos – 1963, para que, ainda que haja realização de matérias penais de cunho emergencial e puramente punitivista, seja

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

uma obstáculo ao Poder Punitivo do Estado com observância das garantias individuais.

3 A INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

Em nosso Ordenamento Jurídico "*o processo é um instrumento*"[7], tendo em vista o meio-fim imprescindível. O percursor desta instrumentalidade é Cândido Rangel Dinamarco, que conceitua o processo como instrumento a "*serviço da paz social*"[8]. Assim, CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO afirmam que:

> ""Falar em instrumentalidade do processo, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminado os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: sociais, políticos e jurídico. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno da pacificação social constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político" (grifo nosso).".

Porém, esta visão mais ligada ao Processo Civil não encontra albergue pleno no Processo Penal tendo em vista que este ultimo, como afirma Aury Lopes na obra já citada, "*É um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais*".

Esta interpretação deriva de logo pela visão de tutela aos bens jurídicos tratados em cada matéria. No ramo processual penal, é indisponível o bem jurídico afetado, vinculado diretamente com a liberdade do indivíduo – diferentemente do que ocorre normalmente nas outras searas do direito.

A forma, portanto, é instrumento necessário para barrar qualquer abuso por parte do poder estatal. Assim é que João Mendes De Almeida Júnior[9] lecionava que:

> "*mesmo sob o mais prudente dos arbítrios, seria uma ocasião constante de desconfianças e surpresas. É essa a razão pela qual, se os legisladores puderam, em algumas épocas, deixar as penas ao arbítrio dos juízes, nunca deixaram ao mesmo arbítrio as formalidades de suas decisões*".

Noutras palavras, mesmo ocorrendo arbítrios na previsão material a forma, o instrumento aplicado, o processo como tal, deve se revestir de preceitos e garantias constitucionais, se apresentando como meio indispensável de defesa do individuo.

Assim é que o Processo Penal deve possuir como finalidade a dignidade da pessoa humana, sendo o processo, meio a garantir que seja aplicada a pena, porém tendo como conceito de justiça ao jurisdicionado a preservação de todas as garantias constitucionais. Em síntese, uma instrumentalidade constitucional.

4 O DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA E A BARREIRA DO PROCESSO PENAL

Atualmente, frente aos modelos econômicos definidos pelos diversos países do globo, a miséria, pobreza e criminalidade sofrem considerável aumento e a sensação de insegurança, muitas vezes alimentada pelo próprio sistema, é grande.

Nesta linha é que o Estado pressionado pela população e órgãos com interesses espúrios, tem aderido ao uso da emergência penal, editando novas normas penais mediante o clamor da sociedade e o calor dos fatos, com finalidades fundamentadas em meras pretensões satisfativas e simbólicas.

Assim, também no Brasil, a expressão simbólica das normas penais de emergência transmutam o Direito Penal em fundação para as correntes extremistas de política criminal, que pressionam o Congresso Nacional a elaborar leis penais cada vez mais severas, escritas e aprovadas às pressas. Sobre o assunto, afirma Alberto Silva Franco[10]:

> "A função nitidamente instrumental do Direito Penal ingressa numa fase crepuscular cedendo passo, na atualidade, à consideração de que o controle penal desempenha uma função nitidamente simbólica. A intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas apenas produzir um impacto tranqüilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos individual ou coletivo, de insegurança.".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Vale afirmar que, ainda que não seja objeto principal do presente trabalho, tais medidas, em sua grande maioria não traz efetividade quando da sua aplicação.

Exemplo clássico disso foi o advento da Lei Maria da Penha que trouxe no bojo de sua redação, a possibilidade de concessão de novas medidas cautelares especiais, que até então não eram previstas pelo código de processo penal, como forma de dar proteção a mulher vitima de violência doméstica.

Ao entrar em vigência, a nova tutela se prestou a dirimir vários litígios criminais que envolveram as relações familiares, bem como deferiu inúmeras medidas cautelares de proteção para as mulheres vitimas de violência domestica, entretanto, essas medidas em nada contribuíram para com a redução dos índices criminais, já que as medidas cautelares protetivas aplicadas só produziram efeitos no direito material, não atingindo a realidade fática, pois em regra foram facilmente infringidas por aqueles em que a nova tutela tentou perseguir, sem deixar aqui de citar a inércia de uma fiscalização de modo efetivo.

Assim, o que se pretende demonstrar é que, ainda que haja o excesso na produção legislativa de normas incriminadoras e a ânsia de se punir tentado, inutilmente, prever todas as possibilidades de ações humanas, a *Persecutio criminis* não pode sofrer limitações de suas garantias constitucionais.

O sistema de garantias serve de limite à incidência do poder punitivo estatal em todas as etapas processuais. Esse sistema possui duas perspectivas de atuação: uma positiva, no sentido de exigir a proteção das garantias processuais; e outra negativa, no sentido de vedar a supressão ou a relativização dessas garantias. Ele se direciona a todos os agentes processuais.

Ocorre que a vertente político-criminal neopunitivista, enquanto manifestação do expansionismo penal, tem impulsionado, junto às garantias negativas – de não intervenção –, a ascensão de garantias positivas ou prestacionais à segurança – deveres de prestação normativa em matéria penal ("mandados de criminalização") –, como forma de assegurar os "direitos fundamentais da sociedade"[11].

Neste sentido é que o Mestre Geraldo Prado[12] em artigo publicado onde discute temas do anteprojeto do Código Penal traça algumas linhas do raciocínio aqui esposado:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> No passado havia, portanto, uma lógica – hoje inaceitável – por trás da opção metodológica e de política criminal consistente em atrelar as práticas processuais aos objetivos de punição (atender aos fins da pena), mas tanto os fundamentos desta lógica [racionalidade] como da eleição em favor da política de segurança se davam a conhecer, ficavam às escâncaras.
>
> Hoje o fenômeno surge disfarçado e diluído no anteprojeto de Código Penal, mas a Comissão redatora não abriu mão da técnica de incorporação de elementos processuais nas disposições penais e a orientação ideológica inegavelmente corresponde a das antepassadas leis penais brasileiras.

E segue o professor, ao analisar a proposta de redação do artigo 202[13] do mencionado anteprojeto, fazendo a reflexão:

> Parece extraordinário, mas a atitude de pesquisador nos interpela: afinal, não é estranho que o Código Penal fale em prova? O que a prova está fazendo aqui?
>
> O que está fazendo no artigo 106, que também, interessantemente, cuida de uma outra atitude punitivista, que é o peso probatório da atuação do delator. A delação do coautor ou partícipe somente será admitida como prova da culpabilidade dos demais coautores ou partícipes quando acompanhada de outros elementos .... O que isto está fazendo aqui? A resposta é óbvia: isto está fortalecendo uma atitude punitiva.

Tais ponderações, certeiras, é que demonstram que, ainda que haja um viés punitivista do Estado este não pode se valer do Processo Penal para realização dos seus fins. Em outras palavras, o Processo Penal não pode servir de finalidade principal de se alcançar uma condenação.

Há uma violação gritante de garantias constitucionais quando normas esparsas ou não, de cunho material, trazem previsões processuais para instituir o Direito Penal de Emergência.

Ora, como dito, a instrumentalidade constitucional consiste em considerar o processo como instrumento de efetivação das garantias constitucionais do acusado; ou seja, trata-se de um instrumento necessário para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que possa ser aplicada uma sanção penal, mas nele também devem ser observadas as garantias individuais processuais e constitucionais, como limite ao poder de punir do Estado[14].

Nesta linha toda e qualquer matéria que, ainda que se proponha a instituir novos tipos penais ou exasperação de penas deve, sob pena de incompatibilidade com a ordem vigente, deve assegurar a instrumentabilidade constitucional do Processo Penal, verificando que este se trata, em verdade, de última barreira contra o poder de punir do Estado e suas, possíveis, arbitrariedades.

5. CONCLUSÃO

Verifica-se no âmbito da legislação brasileira exemplos clássicos de direito penal de emergência e uma corrente, como as forças que levaram as redações do anteprojeto do Código Penal, de um viés punitivista do Estado.

Contudo, a necessária diferença entre o Direito Penal Material e o Processo Penal devem constituir os limites do direito de punir estatal. Na perspectiva processual, a instrumentabilidade constitucional é barreira, mais que suficiente, para não se usurpar as garantias individuais.

Em suma, a noção de instrumentalidade tem como conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pautando-se pelo valor dignidade da pessoa humana submetida a violência do ritual judiciário.

Ou seja, para realizar o processo penal "*somente através das garantias mínimas como o "in dúbio pro reo", "nula pena sine judicio"; "nula poena sine cimine; nullum crimen sine lege; nulla Lex sine necessitate; nulla necessitae sine injuria; nula injuria sine actione; nulla actio sine culpa; nulla culpa sine judicio; nullum judicium sine accusatione; nullla accusatio sine probatione; nulla probatio sine defensione*"[15].

Conclui-se ainda que qualquer tentativa, ainda no âmbito de política criminal, de dar aplicação a sanha punitivista através de um simbolismo emergencial do Direito Penal, não poderá em suas previsões matérias processuais por ser violadoras, por si só, das garantias constitucionais das quais o processo penal guarda vinculação.

REFERÊNCIAS

"interface", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, https://dicionario.priberam.org/interface [consultado em 01-11-2018].

ARAUJO, Antonio Carlos e outros. *Teoria Geral do Processo*. 20º Ed. Malheiros. 2004; pag. 41.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. Vol. I. 4.ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959 p. 13.

CIRINO, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal*. 2º Ed.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos, 3ª. Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.10.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Alguns Perigos do Constitucionalismo Contemporâneo no Processo Penal*. Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, Síntese, v. 13, n. 75, p. 34-53, ago./set. 2012.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, V.1 2º Tir. 4º Ed. Lumem Juris. Rio de Janeiro. 2009; pag. 26 e SS.

_____., Aury. *Direito processual penal*, Fls. 33 / Aury Lopes Jr. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014. 1. Processo penal – Brasil I. Título. II. Série.

MEZGUER. *Tratado de derecho penal*, 2. ed. Madrid, 1946, v. 1, p. 27-28.

PRADO, Geraldo. *A relação entre o Direito Penal e o Processo Penal no projeto do novo Código Penal: considerações gerais.* Acesso em 1º nov 2018: <http://www.geraldoprado.com/Artigos/Geraldo%20Prado%20-%20A%20rela%C3%A7%C3%A3o%20entre%20o%20DP%20e%20o%20Processo%20Penal%20no%20projeto%20do%20CP%202013.pdf>

STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais.* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

---

[1] "interface", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, https://dicionario.priberam.org/interface [consultado em 01-11-2018].

[2] Lopes Jr., Aury. Direito processual penal, Fls. 33 / Aury Lopes Jr. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014. 1. Processo penal – Brasil I. Título. II. Série.

[3] STRECK, Lenio Luiz. As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[4] Fls. 35 da obra citada;

[5] Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3

[6] Tratado de derecho penal, 2. ed. Madrid, 1946, v. 1, p. 27-28

[7] LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, V.1 2º Tir. 4º Ed. Lumem Juris. Rio de Janeiro. 2009; pag. 26 e SS.

[8] Antonio Carlos Araujo e outros. Teoria Geral do Processo. 20º Ed. Malheiros. 2004; pag. 41.

[9] ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. O processo criminal brasileiro. Vol. I. 4.ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959 p. 13

[10] FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos, 3ª. Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.10

[11] GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Alguns Perigos do Constitucionalismo Contemporâneo no Processo Penal.Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, Síntese, v. 13, n. 75, p. 34-53, ago./set. 2012.

[12] http://www.geraldoprado.com/Artigos/Geraldo%20Prado%20-%20A%20rela%C3%A7%C3%A3o%20entre%20o%20DP%20e%20o%20Processo%20Penal%20no%20projeto%20do%20CP%202013.pdf

[13] "Conduzir veículo automotor em via pública sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano em potencial a segurança. Pena: de 1 a 3 anos, sem prejuízo da responsabilização por qualquer outro crime cometido. Parágrafo primeiro: A infração poderá ser demonstrada mediante qualquer meio de prova em direito admitido"

[14] LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

[15] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal. 2º Ed

www.conteudojuridico.com.br

O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE DA ORIGEM À APLICAÇÃO CONFUSA NA SEARA TRABALHISTA

JOÃO BOSCO DE ALMEIDA REZENDE: Graduado em Licenciatura em História pela Universidade Federal de Sergipe (UFS); professor da Rede Estadual de Educação; e Estudante do Curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS)

Resumo: o presente trabalho tem como escopo abordar o princípio da razoabilidade e a confusão entre este e o postulado da proporcionalidade no Direito. A partir da hipótese de que, apesar da origem dessa confusão remeter ao direito constitucional, os reflexos se fizeram sentir em outros campos do direito, como é o caso da seara trabalhista. Para tanto o presente estudo foi elaborado através da pesquisa bibliográfica e exploratória, enveredando não só pela doutrina de constitucionalistas e especialistas do direito do trabalho, mas também pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

Palavras-chaves: princípio; razoabilidade; proporcionalidade; direito constitucional; direito do trabalho.

Sumário: 1. Introdução – 2. Princípio da razoabilidade – 2.1 Origem – 2.2 O caminho para uma definição – 2.3 O princípio da razoabilidade no direito do trabalho – 2.3.1 Na doutrina – 2.3.2 Na jurisprudência do TST – 3. Considerações Finais – 4. Referências

1 - Introdução

Apesar da diversidade de questões a serem suscitadas acerca do princípio da razoabilidade, o presente estudo objetiva apresentá-lo, identificar as suas distinções em relação ao postulado da proporcionalidade bem como examinar a sua aplicação pelo Tribunal Superior Trabalho.

Como meio para subsidiar este trabalho, engendrou-se uma pesquisa de duplo caráter: bibliográfico e exploratório. O aspecto bibliográfico no caso em tela corresponde ao propugnado por Antônio Joaquim Severino como sendo "a pesquisa cuja realização se desenvolve por meio do registro disponível advindo de estudos anteriores em livros, artigos, teses, dentre outros documentos impressos – jurisprudência"[1].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No tocante à dimensão exploratória, conforme Antônio Carlos Gil preceitua-a como "a modalidade de pesquisa cujo objetivo precípuo é aperfeiçoar ideias ou deslindar intuições, possibilitando a apreciação dos mais diversos aspectos do objeto – o princípio da razoabilidade no Direito do Trabalho"[2]. Vale ressaltar o caráter complementar entre as pesquisas bibliográfica e exploratória na medida em que ambas enveredam pelo levantamento bibliográfico.[3]

2 – Princípio da Razoabilidade

Após a apresentação do objetivo e da metodologia responsáveis por alicerçar a construção do presente trabalho, faz-se necessário delinear o roteiro a partir do qual o objeto de estudo – postulado da razoabilidade – foi abordado: origem, conceito, diferenciação em relação à máxima da proporcionalidade, e sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho.

2.1 – Origem

A origem histórica do princípio da razoabilidade, segundo Luís Roberto Barroso[4], remonta à Inglaterra do século XIII, mais precisamente, à *Magna Charta Libertarum* de 1215. Esse pacto resultou de um acordo entre os barões ingleses e o Rei João Sem Terra para limitar o poder deste último.

A relevância dessa carta não reside somente por historicamente representar um antecedente do constitucionalismo, mas também por trazer à luz a cláusula "*law of the land*". Essa cláusula, ao limitar o poder real por meio da garantia do devido processo legal aos súditos, trouxe a matriz do princípio da razoabilidade cuja consagração ocorreria séculos depois na Constituição dos Estados Unidos[5].

No entanto, Virgílio Afonso da Silva, ao discorrer sobre o tema, discordou do egrégio constitucionalista, apontando três equívocos: a nomenclatura, o momento histórico de eclosão e o poder criador – a natureza do ato constitutivo.

O primeiro correspondeu à constatação, corroborada por Willis Santiago Guerra Filho, de que no direito anglo-saxão o princípio da razoabilidade recebeu a denominação de teste da irrazoabilidade ou "*teste Wednesbury*". O motivo para a atribuição desse nome remeteu ao segundo equívoco visto que o princípio em comento se originou concretamente de uma decisão proferida pelo judiciário britânico no ano de 1948: a decisão "*Wednesbury*".[6]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Além das divergências de nome e cronológica, nota-se que os dois aludidos constitucionalistas discordaram acerca do ato criador responsável por externar o supracitado princípio: ao invés de uma constituição ou qualquer outro documento legislativo dá-lhe concretude, coube a uma decisão judicial materializá-lo.

Um possível caminho para elucidar esses posicionamentos destoantes envolve o estudo e/ou a perscrutação da definição inicialmente atribuída ao princípio da razoabilidade. Em outros termos, faz-se necessário que se perscrute como os dois supracitados doutrinadores bem como outros estudiosos da ciência jurídica identificaram os elementos constitutivos das primeiras definições de razoabilidade.

2.2 – O caminho para uma definição

Conforme visto nos primeiros parágrafos, Barroso salientou a relação embrionária entre a razoabilidade e o devido processo legal. Semelhante relacionamento, na fase de concretização desse princípio, externou-se em dois momentos: um aspecto "puramente processual" cuja abrangência incidia sobre o processo na seara penal ao garantir aos réus a citação, a ampla defesa, o contraditório e os recursos; na sequência houve a ampliação do devido processo legal com a inclusão do "controle de mérito" do judiciário sobre, em determinadas situações, a discricionariedade exercida pelo legislativo.[7]

Assim sendo, percebe-se que, para o autor do Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, o conteúdo do princípio da razoabilidade consistia em examinar a constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos do direito estadunidense.

Entendimento corroborado por Pedro Lenza ao defini-lo, a partir da lição expositiva de Coelho a respeito da doutrina de Karl Larenz, como "regra interpretativa aplicável a todo o ordenamento normativo pátrio".[8] Cabe ressaltar que os dois autores concebem a razoabilidade como sinônimo de proporcionalidade, pois ambas, segundo eles, possuem um conteúdo intercambiável: "justiça, adequação de medidas, rejeição aos atos eivados pelo capricho e/ou pelo arbítrio, uso da razão, senso comum"[9].

Em perspectiva diversa da esposada anteriormente pelos aludidos doutrinadores, Virgílio Afonso da Silva, ao explanar sobre o teste "*Wednesbury*", formulou-o nestes termos: "quando uma decisão se revela de modo irrazoável, ao ponto de nenhuma autoridade razoável tomá-la, abre-se a possibilidade para a corte intervir"[10]. Em tal formulação, nota-se que a intervenção da corte limita-

se somente ao controle de razoabilidade da medida/ato, olvidando examinar a sua desproporcionalidade.

O professor de Direito Constitucional da USP evidencia essa limitação do princípio da irrazoabilidade através do estudo de decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos para intervir em medidas que passaram pelo teste "*Wednesbury*". O fundamento para a intervenção da Corte residia na desproporcionalidade das medidas, apesar de serem admitidas como razoáveis.[11] Com isso, o catedrático uspiano defendeu a separação entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Enveredando por caminho análogo ao percorrido por Afonso da Silva, Humberto Bergmann Ávila lecionou que "a razoabilidade, ao contrário do que o princípio da proporcionalidade faz, não se refere a uma relação de causalidade entre meio e fim"[12]. Vale lembrar que ambos os autores ressaltam, como outra diferença dos postulados, a aplicabilidade da proporcionalidade no controle das restrições aos direitos fundamentais, ou seja, para evitar que medidas estatais restritivas a direitos fundamentais se tornem desproporcionais para a coletividade.[13]

A respeito da distinção sobre a aplicação dos princípios em comento, Marcelo Novelino preleciona que:

> No postulado da proporcionalidade existe uma relação de causalidade entre *meio* e *fim*, exigindo-se dos poderes públicos a escolha de medidas adequadas, necessárias e proporcionais para a realização de suas finalidades. Por seu turno, a razoabilidade "*determina que as condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos sejam consideradas na decisão*", aplicando-se a situações nas quais se manifeste um conflito entre o geral e o individual, norma e realidade regulada por ela ou critério e medida.[14]

2.3 – O princípio da razoabilidade no Direito do Trabalho

A partir da exposição das principais diferenças entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, resta saber como ambos foram abordados pela doutrina e jurisprudência na seara trabalhista. É relevante lembrar, antes de prosseguir, a advertência feita por Maurício Godinho Delgado sobre a necessidade de que os princípios gerais, ao serem aplicados ao ramo trabalhista, sejam adequadamente compatibilizados tanto principiologicamente quanto em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

termos de regramento com a área "justrabalhista", a fim de evitar choques entre a diretriz geral e aquilo que é específico da nova seara.[15]

2.3.1 – Na doutrina

No âmbito doutrinário trabalhista, o estudo e aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade padecem dos mesmos problemas identificados nos parágrafos anteriores deste estudo. A título de ilustração tem-se a obra *Direito do Trabalho Esquematizado* elaborada por Ricardo Resende o qual incidiu nos mesmos equívocos cometidos por Luís Roberto Barroso tanto no tocante à origem – direito norte-americano – quanto ao conteúdo – necessidade e adequação – do postulado da razoabilidade[16]. Cabe frisar que esse autor leciona haver uma íntima ligação entre o sobredito princípio e a máxima da proporcionalidade.

A confusão na qual incorre Resende pode ser constada ao observar como outros doutrinadores trabalhistas definem os sobreditos princípios: Maurício Godinho e Alice Monteiro de Barros. O primeiro ao mencionar que há uma associação entre proporcionalidade e razoabilidade, caracteriza este último como possuidor de um duplo comando: positivo e negativo. Positivamente, devem-se avaliar as condutas humanas a partir da verossimilhança, prudência, sensatez e ponderação. Já a dimensão negativa envolve um olhar incrédulo e cético em relação às condutas que, apesar de verossímeis, revelem-se carentes de sensatez.[17]

Essa conceituação proposta pelo Ministro do Tribunal Superior do Trabalho assemelha-se, em certa medida, à definição de irrazoabilidade – teste "*Wednesbury*" – exposta por Virgílio Afonso da Silva. A semelhança, em apertada síntese, é verificada na aproximação entre os binômios razoável-irrazoável e sensato-insensato.

No tocante à segunda doutrinadora, Alice Monteiro de Barros ao discorrer a respeito da composição do princípio da proporcionalidade enfatiza seu desdobramento em três máximas – adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito – aplicáveis a uma relação entre meio e fim.[18] Tal entendimento coaduna-se aos posicionamentos tanto de Novelino quanto de Humberto Ávila.

Considerando as definições dos dois derradeiros autores, percebe-se que inexiste sinonímia ou ligação íntima entre proporcionalidade e razoabilidade a ponto de confundirem- se. No entanto, em alguns julgados do Tribunal Superior

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

do Trabalho é possível vislumbrar uma possível e aparente confusão entre os postulados em estudo.

2.3.2 – Na jurisprudência do TST

Com o propósito de exemplificar o supracitado problema, analisou-se o acórdão atinente ao processo TST-RR-398-48.2011.5.15.0056 no qual a recorrente, Valéria Cristina Marques, através de recurso de revista – convertido em agravo de instrumento – requer a reforma de julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região favorável à recorrida, PLANTAR S.A. – Planejamento, Técnica e Administração de Reflorestamento. A questão suscitada no agravo envolve o pagamento de horas "*in itinere*"[19] à reclamante/recorrente que foi denegado, com fulcro na súmula 90 do TST e em previsão constante em norma coletiva da categoria, pelo TRT.[20]

A parte recorrente invoca em favor de seu direito os seguintes fundamentos, examinados a partir do princípio da razoabilidade: artigo 58 da CLT que atribui às horas "*in itinere*" o peso de direito indisponível, bem como o princípio da valorização social do trabalho insculpido no artigo 1º, inciso IV da Constituição Federal.[21]

Ao decidir o agravo favoravelmente ao recorrente, o Tribunal Superior do Trabalho alega que "*o Tribunal Regional, ao considerar válida norma coletiva que não observa os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, violou o art. 58, § 2º, da CLT*"[22]. Nota-se em semelhante alegação que os dois postulados foram tomados praticamente como sinônimos.Não obstante os princípios aplicados no entendimento do TST, percebe-se que o princípio da razoabilidade norteou a interpretação da egrégia corte por estes motivos: o postulado da razoabilidade destina-se a situações nas quais há conflito entre o individual e o geral, enquanto que a proporcionalidade se refere a uma relação de causalidade entre os meios e fins – típica de medidas do poder público; a proporcionalidade liga-se à ponderação entre direitos fundamentais em choque, que não era objeto do julgado.

3 – Considerações Finais

Diante do exposto, vislumbra-se que a confusão conceitual presente no Direito Constitucional concernente à distinção entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade manifesta-se no Direito do Trabalho tanto nos ensaios de seus doutrinadores, quanto na fundamentação dos julgados de seus tribunais. Tal situação evidencia a necessidade por parte de todos os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

operadores do Direito de empreender esforços para maior precisão técnico-conceitual.

4 – Referências

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Medeiros Editores, 2005.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. Atualizada por José Cláudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista (convertido em Agravo de Instrumento) TST-RR-398-48.2011.5.15.0056. Recorrente Valéria Cristina Marques. Recorrida: PLANTAR S. A. – Planejamento, Técnica e Administração de Reflorestamento. Relator: Ministro Walmir Oliveira da Costa. Brasília, 4 de março de 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. São Paulo: LTr, 2016.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 7 ed. Rev., atual.e ampl. São Paulo: Método, 2015. Versão Digital.

GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19 ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. Versão digital.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9 ed ver e atual. São Paulo: Método, 2014. Versão digital.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho Esquematizado**. 4 ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. Versão digital.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23 ed. Rev e atualizada. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. "O proporcional e o Razoável". **Revista dos Tribunais**, n. 798, 2002, p 23-50.

[1] SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23 ed. Rev e atualizada. São Paulo: Cortez, 2007, p. 122.

[2] GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 41.

[3] SEVERINO, op. cit., 2007, p. 122.

[4] BARROSO, 2009, p. 256

[5] Segundo leciona Luís Roberto Barroso as emendas 5ª e 14ª não apenas positivaram o princípio da razoabilidade como também o transformaram em fundamento da Suprema Corte norte-americana.

[6] SILVA, Virgílio Afonso da. "O proporcional e o Razoável". **Revista dos Tribunais**, n. 798, 2002, p. 29.

[7] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 256.

[8] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19 ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 184 (versão digital).

[9] BARROSO, op. cit., p. 258. No tocante ao conteúdo, LENZA elencou o seguinte: necessidade, adequação e proporcionalidade, os quais guardam correspondência com as ideias de justiça, vedação às obrigações, restrições e sanções superiores à necessidade e ao interesse público (op. cit., p. 184-5).

[10] SILVA, op. cit., p. 29

[11] Ibid., p. 29-30.

[12] ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Medeiros Editores, 2005, p. 110.

[13] SILVA, op. cit., p. 24. A esse tipo de controle, o autor chama-o de restrição das restrições.

[14] NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9 ed ver e atual. São Paulo: Método, 2014, p. 436 (Versão digital).

[15] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 196.

[16] RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho Esquematizado**. 4 ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014, p. 90 (versão digital). O autor afirmou que "*o núcleo da aplicação do princípio da razoabilidade é a conjugação das ideias de adequação e de necessidade*".

[17] DELGADO, op. cit., p. 197-8.

[18] BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. Atualizada por José Cláudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2016, p. 121. Segundo a autora, através de seu atualizador, "*em síntese, a sanção deverá submeter- se a uma **adequada** e **razoável** proporção entre meio e fim*".

[19] Segundo a doutrina as horas "*in itinere*" correspondem ao tempo em que o empregado está à disposição do empregador, sendo transportado para o local de trabalho de difícil acesso ou não abrangido pelos serviços de transporte. GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 7 ed. Rev., atual.e ampl. São Paulo: Método, 2015, p. 497 (Versão Digital).

[20] BRASIL, BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista (convertido em Agravo de Instrumento) TST-RR-398-48.2011.5.15.0056. Recorrente Valéria Cristina Marques. Recorrida: PLANTAR S. A. – Planejamento, Técnica e Administração de Reflorestamento. Relator: Ministro Walmir Oliveira da Costa. Brasília, 4 de março de 2015, p. 4.

[21] Ibid., p. 5.

[22] Ibid., p. 12.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

BÔNUS PENAIS

EFRAIM GONÇALVES ROCHA: acadêmico do curso de direito no centro universitário católica do tocantins (unicatólica)

WELLINGTON GOMES MIRANDA

(Orientador)

RESUMO: Este trabalho objetiva estudar os Bônus Penais no ordenamento jurídico brasileiro. Para isto estudaremos um breve histórico do surgimento do direito penal e das penas, bem como os tipos de pena e os regimes de cumprimento, por fim, faremos uma estudo sobre os bônus penais, tais como as permissões de saída, a saída temporária, a remição a detração e o livramento condicional. Para chegar ao objetivo, utilizaremos método de pesquisa bibliográfica, com consultas em doutrinas, artigos especializados, e jurisprudências sobre a temática.

PALAVRAS CHAVE: Direito Penal. Lei de execução Penal. Bônus Penais.

ABSTRACT: This paper aims to study the Penal Bonuses in the Brazilian legal system. For this we will study a brief history of the emergence of criminal law and penalties, as well as the types of penalties and the regimes of compliance. Finally, we will study the criminal bonuses, such as exit permits, temporary exit, redress the distortion and the conditional release. To reach the objective, we will use a bibliographic research method, with consultations on doctrines, specialized articles, and jurisprudence on the subject.

KEY WORDS: Criminal Law. Criminal Enforcement Law. Penalty Bonus.

Sumário: Introdução – 1. Das penas. 1.1. Finalidades. 1.2. Histórico. 1.3. Dos presidio. 1.4. Tipos de penas e regimes de cumprimento. 2. Da lei de execução penal. 3. Bônus penais. 3.1. Permissões de saída. 3.2. Saídas temporária. 3.3. Remições. 3.4. Detrações. 3.5. Livramentos condicional. 3.6. Incidentes de execução penal. 4. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Têm-se que O Brasil, desde que se tornou independente, só se utilizou da expressão Direito Criminal uma única vez: em seu Código Criminal do Império, de 1830.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em todos os outros Códigos passou a adotar a expressão Direito Penal, sendo o conceito de Código Penal o conjunto de normas, condensadas num único diploma legal, que visam tanto a definir os crimes, proibindo ou impondo condutas, sob a ameaça de sanção para os imputáveis e medida de segurança para os inimputáveis, como também a criar normas de aplicação geral, dirigidas não só aos tipos incriminadores nele previstos, como a toda legislação penal extravagante, desde que esta não disponha expressamente de modo contrário.

Assim, o Estado-juiz, diante da infração penal, tem o dever de apresentar uma sentença embasada em provas lícitas e consistentes, respeitando, acima de tudo, o devido processo legal, devendo alcançar a verdade processual, se possível se aproximando da verdade real. Provas consistentes alicerçam a sentença e trazem à população um sentimento de legitimidade.

Depois da sentença cabe ao condenado cumprir as penas impostas pelos crimes cometidos. Desta forma, como a pena possui uma finalidade ressocializadora, existem formas de atenuação das penas, os chamados bônus penais, que servem de estimulo ao condenado, para que fique livre da pena e não venha a cometer mais infrações. Assim, o objetivo deste trabalho se concentra no estudo destes bônus penais existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Quanto ao Método de Abordagem, utilizado neste trabalho, será o método Hipotético indutivo, com técnica de análise e terá como base pesquisas bibliográficas, com o estudo do posicionamento jurisprudencial e doutrinário nacional, bem como da legislação, com a finalidade de compreender os abarcamentos do tema, assim quanto ao nível de pesquisa esta será exploratória, que são aquelas que habitualmente envolvem levantamento bibliográfico e documental, entrevistas não padronizadas e estudos de caso, com a finalidade de desenvolver e esclarecer os conceitos e ideias.

A revisão de literatura, se dará por meio de análise de documentação Indireta com pesquisas em legislações, artigos especializados e jurisprudências, sobre o tema procurando sedimentar os conceitos e conhecimentos adquiridos. Em relação aos procedimentos técnicos de coleta de dados, foram utilizadas as pesquisas bibliográfica, pois a ciência que já foi produzida e testada, denominada como ciência-disciplina, está disponível nos livros.

1 DAS PENAS

1.1 Finalidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade. Para efetivar essa proteção utiliza-se da cominação, aplicação e execução da pena.

A pena não é a finalidade do direito penal. É apenas um instrumento de coerção de que se vale para a proteção desses bens, valores e interesses mais significativos da sociedade. Não se admite, portanto, a criação de qualquer tipo penal incriminador onde não se consiga apontar, com precisão, o bem jurídico que por intermédio dele pretende-se proteger.

Assim, o Direito Penal objetivo é o conjunto de normas editadas pelo Estado, definindo crimes e contravenções, isto é, impondo ou proibindo determinadas condutas sob a ameaça de sanção ou medida de segurança, bem como todas as outras que cuidem de questões de natureza penal, estejam ou não codificadas.

O Direito Penal subjetivo – é a possibilidade que tem o Estado de criar e fazer cumprir suas normas, executando as decisões condenatórias proferidas pelo Judiciário. É o próprio *IUS PUNIENDI* Mesmo nos crimes de ação penal privada, o Estado não transfere o seu *ius puniendi* ao particular. O que este detém é o *ius persequendi* ou o *ius accusationis*, ou seja, o direito de vir a juízo e pleitear a condenação de seu agressor, e não o direito de executar, por si só a sentença condenatória.

Ressalta-se que muitos doutrinadores têm escrito sobre as finalidades da pena, partindo de diversas teorias que norteiam o direito penal dos Países que as seguem, tais como Beccaria, Jhon Roward.

1.2 Histórico

O Direito Penal, assim como o próprio Direito, de uma forma geral, surge da necessidade de se criar uma ficção jurídica para a proteção e preservação da vida em sociedade. Nos primórdios, conforme especulam os historiadores, os primeiros homens eram nômades extrativistas. Sempre em mudança conforme determinado pelas condições climáticas, não havia espaço para propriedade privada nem o desenvolvimento da agricultura. (COTRIM, 2005).

Com o surgimento do fogo, a melhoria das condições climáticas e o desenvolvimento de técnicas de plantio, foi permitido ao homem finalmente fixar-se em lugar certo e começar a constituir níveis de organização social, as chamadas comunidades.

Assim sendo, passou a ser necessário um conjunto de regras para regular esta nova vida em sociedade e, dessa forma, tem surgimento o Direito e a ideia adotada pelos teóricos de que todos os seres implicitamente e em prol da sociedade resolvem abrir mão de parte de suas liberdades individuais em nome de um Estado que, em contrapartida, garantirá a segurança da sociedade como um todo, através de um conjunto de regulamentos e sanções impostas a quem porventura infrinja essas regras postuladas (COTRIM, 2005).

Se voltarmos ao contexto histórico social, podemos relatar que os delitos se desenvolveram desde momento da convivência do homem em sociedade. A evolução da criminalidade vem acompanhando o ser humano desde os povos primitivos sendo comuns os crimes contra a vida, a integridade física e prática de violências sexuais, e com o surgimento da propriedade privada, evoluiu-se para os crimes contra o patrimônio, contra o Estado, contra a organização do comércio e contra as divindades, e até os dias atuais, onde se inicia a tipificar condutas como fraude através de meio virtual e até crimes ambientais praticados por pessoas jurídicas.

Portanto, na medida em que há evolução da sociedade, ocorre concomitantemente evolução da criminalidade e por efeito, a evolução que acarretam tais condutas.

Inicialmente, a pena de prisão não exercia a função de condenação principal ao violador da norma, servindo apenas como meio de custódia de natureza cautelar, meramente processual.

Isto ocorria porque era utilizada para aguardar o julgamento final, que, em regra, condenaria a uma pena de morte ou penas corporais. Rogério Greco, em seu livro "Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas", retrata estes antecedentes históricos da pena de prisão: Na antiguidade, a prisão, a exemplo do que acontecia na China, no Egito e na Babilônia, era um lugar de custódia provisória e tormento.

Ali, o acusado era submetido a interrogatórios cruéis, em que o uso da tortura era constante. Procurava-se arrancar do acusado a confissão que o levaria à condenação, a qual, como já dissemos, poderia ser apenas corporais, aflitivas, ou mesmo à sua morte, levada a efeito através das mais variadas formas. Entretanto, para os monges da época as prisões eram os locais de cumprimento de suas penitências religiosas.

Comenta Dotti que nesta época, para redimir a culpa, o infrator deveria sujeitar-se à penitência para aproximar-se de Deus.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> A igreja via no delito a expressão do pecado e para redimir a culpa do infrator deveria sujeitar-se à penitência que poderia aproximá-lo de Deus: quoties inter hominis fui, minor homo redei. Daí então se cumprir o internamento em prisão de conventos: destrusio in monasterium (DOTTI, 1998, p.33).

Neste sentido, Prado defende que:

> Em verdade, esse sistema penitenciário visava a organização do caos existente nos estabelecimentos prisionais da época. Consistia em uma tentativa de sistematização da execução da pena privativa de liberdade, com vistas a superação de inúmeros problemas (promiscuidade, fuga, rebeliões, higiene deficitária, entre outros). Apesar de simbolizar um efetivo avanço, são muitas as objeções feitas a esse sistema, que, colocado na segregação e no silêncio, não proporcionava a reinserção social do condenado (PRADO, 2006, p.543).

Desta forma, surge o nome penitenciária, que hoje representa os locais onde se cumprem as penas. O século XVIII foi marcado por uma sociedade que vivia uma situação de terror e desigualdades, por meio de um processo penal inquisitivo, secreto, sem possibilidade de defesa ou acesso as provas que estavam sendo produzidas.

A tortura era um meio oficial utilizado pelo Estado para obter a confissão, que era compreendida como rainha das provas. Os juízes, sempre parciais, julgavam com desigualdade os processos que envolviam ricos e pobres, com penas indeterminadas, que ficavam ao critério do julgador.

As leis existentes eram confusas, escritas de maneira rebuscadas, o que impedia a compreensão. Era permitido o uso da analogia para que se pudesse condenar alguém. O caos reinou, até que surgiram pensadores iluministas que se colocaram contra todo esse sistema

1.3 Dos presídios

Quanto a evolução dos presídios, é necessário voltar na antiguidade, onde não havia a privação de liberdade, porém segundo Bitencourt (2017) o encarceramento de delinquentes existiu desde tempos imemoráveis, mas não tinha caráter de pena e se repousava em outras razões.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É necessário ressaltar que durante esse tempo, havia o uso frequente de tortura e assim, a privação da liberdade era uma "espera" para esse fim, de acordo com Bitencourt (2017, p.588): "a prisão foi sempre uma situação de perigo, um incremento ao desamparo e, na verdade, uma antecipação da extinção física do indivíduo."

Podemos destacar inicialmente, que não é uma nova discussão o aumento da criminalidade no Brasil, temos que este é um dos países com o maior índice de criminalidade do mundo. As mortes violentas nos principais centros urbanos brasileiros superam as taxas de nações que atualmente se encontram em guerra.

O primeiro estabelecimento penitenciário construído no Brasil foi a "Casa de Correição do Rio de Janeiro", cuja construção foi determinada pela Carta Régia de 1769. A penitenciária, contudo, só veio a ser inaugurada quase 60 anos depois, em 1834.

Antes das penitenciárias propriamente ditas, o que vigorava até então em nosso país eram as chamadas cadeias públicas, que remontavam ao período colonial: cadeias geralmente ligadas à Câmara Municipal, de responsabilidade do município e instaladas no mesmo prédio em que a Câmara.

Considere-se ainda as palavras de Marcos Rolim:

> Desde os primórdios, nossas prisões misturaram ladrões e assassinos, mulheres e homens, loucos e mendigos e também adolescentes. Aqui, as prisões foram concebidas para os miseráveis, expressando seletividade radical, cujas raízes remontam às Ordenações Filipinas, que traziam definições penais distintas a depender da procedência social de vítimas e autores. Assim, por exemplo, a regra nº 38 (do que matou sua mulher por flagrante em adultério) assinalava: "Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar assim a ela como o adúltero, salvo se o marido for peão e o adúltero fidalgo ou nosso desembargador, ou pessoa de maior qualidade". (ROLIM, 2006).

Com a proclamação da Independência, em 1822, a situação altera-se, ao menos legalmente, conforme podemos apreender da leitura do artigo 179 § 21 da Constituição de 1824. As cadeias serão seguras, limpas, e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias, e natureza dos seus crimes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em 1831, com o advento do Código Criminal, mais alterações podem ser percebidas, e o trabalho passa a ganhar relevância no cumprimento da pena, a exemplo do que vinha ocorrendo nos EUA e Europa.

Destarte, a pena, que apenas existe por conta do crime. Para Guilherme de Souza Nucci, a pena é a sansão imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cujo objetivo é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes.

A pena é um sansão penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, mediante uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na privação de um bem jurídico, com finalidade de retribuição punitiva ao delinquente, promovendo a sua readaptação social e prevenindo novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

Segundo Michel Foucault, a pena será o sinal de que, caso o sujeito pratique determinado delito, o mesmo terá consciência que será punido de acordo com a lei vigente. Essa ideia faz com que o homem pense antes de agir, pois uma ação pode causar reações indesejáveis. “Os que abusam da liberdade pública serão privados da sua; serão retirados direitos civis dos que abusarem das vantagens da lei e dos privilégios das funções púbicas [...]".

Conforme complementa Foucault, a pena é uma mecânica de sinais, dos interesses e de duração. O condenado poderia ser útil para a sociedade se fosse visto como "uma espécie de propriedade rentável: um escravo posto a serviço de todos", ou seja, após a prisão toda a sociedade poderia estar usufruindo de um “objeto” que receberá como pena o papel de “maquina” de produção para uma sociedade.

O Estado possui a função de proteção dos bens jurídicos penais da sociedade, mediante aplicação de sanções penais aos infratores, assim como, de forma preventiva, através da intimidação dos demais indivíduos da sociedade diante do risco de também sofrerem a sanção. A aplicação das sanções corresponde à sistematização e os critérios objetivos da ciência penal, ou seja, adstrito à norma, evitando assim o arbítrio e a subjetividade ilimitada que foram tão presentes em épocas passadas.

O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos: geral e especial, que também se subdividem em outros dois, o negativo e positivo. O geral negativo significa o poder intimidativo que ela representa a toda sociedade, destinatária da norma penal. O geral positivo demonstra a e reafirma a existência e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

eficiência do direito penal. No aspecto especial positivo significa a intimidação ao autor do delito para que não torne a cometer novamente o delito, recolhendo-o ao cárcere, quando preciso e evitando a prática de outras infrações penais. O especial positivo consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena.

1.4 Tipos de Penas e Regime de cumprimento.

No Brasil existem três tipos de pena: a privativa de liberdade, a restritiva de direito e a pecuniária. As penas privativas de liberdade são aquelas em que o indivíduo perde a liberdade, podendo ficar em regime de reclusão ou detenção. A reclusão deve ser cumprida em regime fechado (estabelecimento penal de segurança máxima ou média), semiaberto (colônia agrícola, industrial ou similar) e aberto (trabalha ou estuda de dia e casa de albergado à noite e nas folgas). A detenção é cumprida em regime semiaberto ou aberto.

As penas restritivas de direitos são as seguintes: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana, prestação pecuniária e perda de bens e valores. A pena pecuniária é a multa. A pena envolve a reafirmação da ordem jurídica, sem exclusivismos. Deve ficar claro que esta é uma necessidade social, indispensável para a real proteção de bens jurídicos, missão primordial do Direito Penal.

De igual modo, deve ser a pena, sobretudo em um estado constitucional e democrático, sempre justa, adstrita à culpabilidade do autor do fato punível. A teoria da pena contém uma realidade muito complexa, não podendo ser reduzida em um único ponto de vista.

Segundo Teles (2006, p. 20), "antes da constituição do Estado, considerado o detentor do poder de punir, a sociedade já se organizava em grupos. Porém, apenas existiam famílias, clãs e tribos, com nível muito baixo de organização social". Esses grupos, ou também como eram chamados preconceituosamente de "clãs" ou "bandos", estabeleciam regras que visavam regular a conduta de seus membros, procurando dessa forma garantir o bem estar comum.

Segundo muitos autores, a época da vindita privada é considerada o marco inicial na evolução da pena (OLIVEIRA, 2011, p.14). Nessa fase, onde inexistia a figura do Estado, aquele que produzisse estrago na vida de alguém seria punido com sua própria vida ou a de seus familiares. A punição sempre era imposta como vingança, prevalecendo à lei do mais forte.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Na visão de Antônio Carlos Wolkmer, as regras que eram criadas pelos clãs eram direcionadas para a proteção própria ou de quem fazia parte do grupo, baseando-se no princípio do parentesco de modo que a pena era um mecanismo de defesa privado, uma vingança individual (SILVA, 2010, p. 3).

É nessas punições, que na verdade representavam nada mais que uma vingança a ser exercida pela vítima ou por seus familiares, que afirma Oliveira (2011, p.15):

> Vivendo o homem primitivo em sua própria comunidade, ligado apenas por vínculos sanguíneos, nela sentia-se ele protegido e seguro. Assim, esse vínculo de sangue deu origem à vingança de sangue, entendida como uma espécie de dever sagrado em que um membro de uma dada família teria de matar um membro de outra família caso um de seus componentes tivesse sido vítima de homicídio. Desta forma, se a agressão partisse de um grupo, desvinculado desses laços de sangue, então a retaliação adquiria grandes proporções, dando início a uma verdadeira guerra entre grupos.

Além disso, uma regulamentação encontrou-se fundada na vingança privada, que seria a Lei de Talião, também dita "Pena de Talião". Os primeiros indícios dessa lei foram encontrados no Código de Hamurabi. Essa Lei era conhecida pela máxima "olho por olho, dente por dente" e a mesma era usada como um instrumento moderador de pena, o qual consistia em aplicar ao delinquente ou ofensor o mal que ele causou ao ofendido, na mesma proporção.

Tal lei representava bem como era baseada a pena na época da vingança privada, onde os indivíduos usavam a vingança como uma reação natural, instintiva e até mesmo como direito de punir àquele que infligisse dano a sua família.

Quanto a vingança pública, Como já falado, com o rompimento das amarras da vingança divina e da vingança privada, surge à vingança pública. Na decorrência de uma sociedade um pouco mais organizada, especialmente politicamente, a figura do Chefe passa a surgir e ter grande importância no centro das comunidades.

Segundo Pacheco (2007, s. p): "a pena, portanto, perde sua índole sacra para transformar-se em uma sanção imposta em nome de uma autoridade pública, a qual representava os interesses da comunidade em geral".

Já conforme Sabrina Duraes Veloso Neto:

> Neste tipo de vingança a repressão criminal tem como objetivo proporcionar a segurança do soberano ou monarca através da aplicação da pena de cunho intimidatório, que ainda continua com traços marcantes de crueldade e severidade (NETO, 2013, p.1).

Neto ainda acrescenta, "essa fase tinha como finalidade, principalmente, assegurar o poder do soberano sobre os súditos, através da aplicação de penas caracterizadas com elevado requinte de crueldade" (NETO, 2013, p.1).

Já no entendimento de Maquiavel, os fins justificam todos os meios, o caráter da pena além de assegurar a ordem social, reafirma o poder absoluto do soberano, que, segundo o mesmo, deveria exercê-lo mesmo que, para tanto, fosse necessário ser cruel.

Justamente por causa disso que o adjetivo "maquiavélico" foi criado, ou seja, para se alcançar um objetivo deve-se usar qualquer meio, qualquer método, qualquer ferramenta. Cesare Becaria em sua obra "Dos Delitos e Das Penas", afirma que o principal motivo de se criar as penas foi o aumento populacional.

Segundo ele:

> Ninguém fez gratuitamente o sacrifício de uma porção de sua liberdade visando unicamente ao bem público. Tais quimeras só se encontram nos romances. Cada homem só por seus interesses está ligado às diferentes combinações políticas deste globo; e cada qual desejaria, se fosse possível, não estar ligado pelas convenções que obrigam os outros homens. Sendo a multiplicação do gênero humano, embora lenta e pouco considerável, muito superior aos meios que apresentava a natureza estéril e abandonada para satisfazer necessidades que se tornavam cada dia mais numerosas e se cruzavam de mil maneiras, os primeiros homens, até então selvagens, se viram forçados a reunir-se. Formadas algumas sociedades, logo se estabeleceram novas, na necessidade em que se ficou de resistir às primeiras, e assim viveram essas hordas, como tinham feito os indivíduos, num contínuo estado de guerra entre si. As leis foram as condições que reuniram os homens, a princípio independentes e isolados sobre a superfície da terra (BECARIA, 2002, p.16).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com o aumento populacional evidente que as intrigas entre a sociedade foram surgindo, fazendo que a sociedade passasse a viver em um estado de guerra, o que leva o Estado a utilizar de meios necessários para não somente reprimir, mas também prevenir a criminalidade. O tempo passa e cada dia o Estado toma para si o papel de controlar e aplicar às sanções às pessoas consideradas culpadas de delitos praticados dentro da sociedade (BECARIA, 2002).

Assim, a imposição da pena pública, nos tempos da Realeza, se dava aos crimes de *perduelio* e *parricidium*. O *perduelio* consiste na traição ou conspiração política contra o Estado, quanto ao *parricidium* à doutrina diverge quanto ao significado primitivo dado à palavra, mas acredita-se que corresponderia à morte de um homem livre

Felipe Machado Caldeira, professor de Direito Penal da UERJ, dá o seu ponto de vista sobra à evolução da pena, onde segundo ele, desde o início a pena surge em sua função muito mais que individual.

Ele acrescenta ainda que:

> [...] é uma ração social contra os elementos refratários às condições de vida coletiva; é a pena no interior do grupo, a pena interna, mas é uma defesa contra os inimigos do exterior a pena externa. Onde quer que exista um grupo organizado (família, clã ou tribo), encontramos estas duas formas de pena: a pena proteção, sob o aspecto exterior, e a pena expiação, sob o aspecto interior (CALDEIRA, 2009, p. 262).

Como já falado, com o surgimento da prisão legalizou-se a vingança contra o detentor do crime, a fim de estabelecer a justiça e proteger a sociedade contra outros possíveis afrontes por parte do criminoso.

Porém, no Brasil o sistema público encontra-se, como muitos dizem falido. Há pesquisas que mostram que o sistema penitenciário brasileiro há muito deixou de ser um instrumento eficaz, como afirma Carlos sendo o nosso atual sistema prisional é uma das mais sérias dívidas sociais que o Estado brasileiro e a sociedade, como um todo, tem.

2 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

No que diz respeito à Lei de execução penal, cumpre destacar que esta surgiu diante da necessidade de uma lei específica que regulasse a execução de penas no Brasil.

Assim, a execução penal é conceituada como sendo a fase deo processo penal onde são executados a sentença por meio de imposição de Pena (NUCCI, 2014).

Para Mesquita Junior (2007) a execução penal, também pode ser denominada execução criminal uma vez que pode atingir também a aplicação da medida de segurança. Ocorre que esta denominação conforme exposição de motivos da LEP, é equivocada uma vez que a medida de segurança não é uma espécie de sansão.

Destarte, existem discussões acerca da autonomia da execução penal, porém a Constituição da República Federativa de 1988, disserta em seu art. 24, compete à União, Estados e Distrito Federal legislar concorrentemente sobre Direito Penitenciário, cabendo à União as normas gerais e aos Estados a legislação suplementar. Assim, percebe-se que a Lei de execuções Penais possui ampla autonomia.

Nesta senda, apesar de possuir os princípios próprios na LEP, esta se relaciona diretamente ao Direito Penal, Processual Penal, Constitucional e Administrativo.

No mesmo sentido conforme leciona Nunes (2013), não existem dúvidas sobre a autonomia da LEP, uma vez que preenche todos os requisitos de um ramo autônomo do direito, contudo emprega-se de forma subsidiária tanto o Direito Processual Penal como o Direito Penal e Constitucional.

Assim, quanto a execução Constitui pressuposto da execução a existência de sentença criminal que tenha aplicado pena, privativa de liberdade ou não, ou medida de segurança, consistente em tratamento ambulatorial ou internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (MARCÃO, 2011, p. 31).

Em complementação Avena (2015) disserta que este pressuposto de execução não é restrito apenas a existência de sentença condenatória ou absolutória imprópria, transitadas em julgado, como também se encontram sujeitas à execução as decisões homologatórias de transação penal dos Juizados Especiais Criminais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por fim quanto ao objetivo da execução a LEP dispõe que:

> Art 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Dessa forma, a execução da pena, abrange tanto o aspecto retributivo quanto preventivo da pena, buscando-se a prevenção individual positiva (ressocializar) e a negativa (quando recolhe o condenado para evitar novo delito). (NUCCI, 2014)

3 DOS BÔNUS PENAIS

3.1 Permissões de saída

No que tange as permissões de saída, esta é uma medida concedida pelo diretor do estabelecimento prisional, que deve ser acompanhada de escolta.

Esta permissão de saída, está prevista nos arts. 120 A 125 da LEP, e tem como beneficiários os condenados no regime fechado ou semiaberto, em casos de falecimento ou enfermidade grave do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão, ou ainda tratamento médico. (BRITO, 2013).

3.2 Saída Temporária

Em relação a saída temporária, esta é concedida pelo juiz da execução depois da oitiva do MP, e administração penitenciaria, quando preenchidos os requisitos do art. 123 da LEP, e será concedida no máximo de sete dias, podendo ser renovada por até quatro vezes ao ano, e ainda podendo ser revogada também quando preenchidos os requisitos do art. 125 da LEP, como punição por falta grave e prática de crime doloso (NUCCI, 2014).

Este bônus pode ser permitido aos condenados no regime semiaberto, entende-se que o Estado deve oportunizar os meios de cumprimento da pena, conforme a determinação legal, e sua finalidade no processo ressocializador, deixando assim, o condenado próximo a sociedade no seu cumprimento da pena, funcionando assim a saída temporária como uma readaptação do condenado ao ambiente que será novamente inserido (MARANHÃO, 2012, p.16)

3.3 Remição

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Conforme leciona o art. 126 da LEP, a remição admite que o preso, seja ele provisório ou condenado, em regime fechado ou semiaberto, por meio de trabalho ou estudo, consiga diminuir o tempo de encarceramento que fora disposto inicialmente na sentença.

Assim, a cada 3 (três) dias de trabalho ou 12 horas de estudo, o condenado terá desconto em um dia de sua pena, e se realizado os dois, em horários compatibilizados, terá remição de 2 dias de sua pena.

Imperioso lecionar que em caso de acidente de trabalho seja de forma culposa ou dolosa, não se contabiliza a remição ao tempo que permanecer afastado das atividades. Porém, será computado o tempo remido para a concessão do livramento condicional e do indulto, e tal remição será declarada pelo juiz da execução após oitiva do Ministério Público (MARCÃO, 2011).

Válido mencionar ainda a disposição prevista no art. 127 da LEP, que disciplina que no caso de falta grave, poderá o juiz revogar até 1/3 do tempo remido, sendo que para reiniciar a ter os dias remidos computados, será o marco inicial a data da infração, sendo esta redação atual advinda da Lei nº 12.433/11, pois na redação anterior o preso perdia todos os dias remidos.

A jurisprudência decide no mesmo sentido, veja-se:

> EMENTA EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. REMIÇÃO. PERDA DOS DIAS REMIDOS. APLICAÇÃO DO ART. 127 DA LEI N.º 7.210 /84. OFENSA À COISA JULGADA. NÃO-OCORRÊNCIA. INTERRUPÇÃO DO PRAZO PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS PELO CONDENADO. PROGRESSÃO DE REGIME. CABIMENTO. LIVRAMENTO CONDICIONAL, INDULTO E COMUTACAO DE PENAS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ILEGALIDADE. 1. A perda dos dias remidos em razão do cometimento de falta grave pelo sentenciado não ofende o direito adquirido ou a coisa julgada, já que o instituto da remição, como prêmio concedido ao apenado em razão do tempo trabalhado, gera, tão-somente, expectativa de direito, sendo incabível cogitar-se de reconhecimento de coisa julgada material. A própria Lei de Execução Penal estabelece nos arts. 50 e 127 que as faltas disciplinares de natureza grave impõem a perda dos dias remidos. 2. O cometimento de falta grave, embora interrompa o prazo para a obtenção do benefício da progressão de regime, não o faz para fins de concessão de livramento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> condicional, por constituir requisito objetivo não contemplado no art. 83 do Código Penal. Súmula n.º 441 desta Corte Superior. 3. Só poderá ser interrompido o prazo para a aquisição dos benefícios do indulto e da comutacao de penas, se houver expressa previsão a respeito no decreto concessivo da benesse. Precedentes. 4. Ordem parcialmente concedida, para restringir a interrupção da contagem do prazo de cumprimento da pena somente para fins de progressão de regime. (STJ - PETIÇÃO Pet 6863 SP 2008/0268068-9 (STJ) Jurisprudência. Data de publicação: 03/11/2010)

Por fim, interessante mencionar que a remição por estudo pode se dar de forma não presencial, bem como a concessão do "bônus" de 1/3 de remição pela conclusão do curso além da remição pelas horas de estudo.

Por fim, salienta-se que a autoridade administrativa do presidio terá a responsabilidade pelo registro, bem como emitirá extratos dos dias trabalhados aos condenados e ao juízo da execução, mensalmente, conforme art. 129 da LEP (BRITO, 2013).

3.4 Detração

Em relação a detração, este é um desconto na medida de segurança, ou na pena privativa de liberdade, do tempo já cumprido em regime de prisão provisória, ou internação, com o intuito de se evitar o *bis in idem* na execução da pena privativa de liberdade. Esta deve deduzida da execução da pena definitiva, desde que esta tenha relacionamento com a causa julgada (BRITO 2013). Por fim, salienta-se que pode ser aplicada a qualquer regime, e também na medida de segurança (ISHIDA, 2014).

3.5 Livramento Condicional

Em relação ao livramento condicional, este é a liberdade antecipada, mediante certas condições, conferida ao condenado que já cumpriu uma parte da pena imposta a ele.

No livramento o condenado só alcança esse benefício no curso da execução, tendo ele cumprido uma parcela da pena que lhe foi imposta. Diferente do "SURSIS" quando o condenado não chega sequer a iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade. O SURSIS em regra é concedido na sentença e o recurso

cabível é a apelação, sendo que o livramento é concedido pelo Juízo da execução, cabendo de sua decisão o recurso de agravo de execução

Assim, segundo estabelece o artigo 83 do CP, faz jus ao livramento condicional o condenado, mesmo por crime hediondo, que preencher os seguintes requisitos: a) comprovação de comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto; b) reparação, salvo efetiva impossibilidades de fazê-lo, do dano causado pela infração; c) cumprimento de mais de dois terços da pena, se o apenado não for reincidente específico em crime hediondo ou equiparado.

3.6 Incidentes de Execução Penal

No decorrer do processo de execução podem existir diversas alterações na pena do julgado. Ao dizer de Guilherme Nucci (2014) incidentes de execução são questões incidentes que devem ser decididas ao longo da execução penal implicando conversão, unificação, soma, redução ou extinção de pena ou medida de segurança. Assim, o incidente de execução no processo executório criminal pode ser traduzido como toda questão surgida durante a dinâmica da execução, portanto na fase executória rompendo a caminhada normal do processo e requerendo uma solução de natureza judicial.

CONCLUSAO

A situação atual do sistema penitenciário brasileiro é, notoriamente, caótica. A ressocialização do apenado não passa de mera utopia, aliás, ressocialização nunca antes alcançada (exceto em raras exceções). Sem falar que os presídios brasileiros são verdadeiras universidades do crime.

As penitenciárias e as cadeias em delegacias não passam de depósitos humanos, sem a mínima condição de salubridade, sem falar em dignidade humana, superlotação, uso de drogas, planejamento e organização de facções criminosas, transmissão de doenças.

O produto final de uma prisão deve ser a devolução à sociedade de pessoas preparadas para a convivência harmônica com os demais cidadãos. Nesse sentido, o Estado, que detém a responsabilidade de cuidar da ressocialização dos presos

Desta maneira, conclui-se que nesta parte que entram os bônus penais, como forma de atenuar as penas dos condenados, direcionando para um sistema

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de ressocialização, estabelecendo direitos e garantias que devem ser ofertadas ao apenado, bem como deveres, com o objetivo de que este cumpra a pena e também seja ressocializado, para que não volte a reincidir.

REFERENCIAS

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. 1.ed. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2017.

BRASIL. Código de Processo Penal, Titulo VII, Saraiva, 1941.

BRITO, Alexis de C. Execução Penal. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CALDEIRA, Felipe Machado. A evolução histórica, filosófica e teórica da pena. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, nº45, v.12, 2009.

COTRIM, Gilberto. História Global: Brasil e geral. São Paulo. Saraiva, 2005.

DOTTI, René Ariel. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal, 8 ed - São Paulo: Saraiva, 2010.

ISHIDA, Válter Kenji. Prática jurídica de execução penal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARCÃO, Renato Flávio. Lei de Execução Penal anotada. São Paulo: Saraiva, 2001.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa. Manual de execução penal – teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2007.

NETO, Sabrina Duraes Veloso. Fases da vingança. In: Web Artigos, 21 abri. 2013. Disponível em: http://www.webartigos.com/artigos/fases-da-vinganca/107274/. Acesso em: 03 out. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 14 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Helenice Bosco; CARDOSO, Janaina Corrêa. Tuberculose no sistema prisional de Campinas, São Paulo, Brasil. Disponível em: <http://journal.paho.org/uploads/1151186699.pdf>. Acesso em: 03 out. 2019.

PACHECO, Eliana Descovi. Evolução histórica do direito penal. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 39, mar. 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=3751> Acesso em: 03 out. 2019.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 6. ed. São Paulo: RT, 2006

RAMOS, João Gualberto Garcez. Curso de Processo Penal Norteamericano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ROLIM, Marcos. História das Prisões no Brasil. Disponível em: http://rolim.com.br/2006/index.php?option=com_content&task=view&id=848&Itemid=3 Acesso em: 03 out. 2019.

SILVA, J. A. Curso de direito constitucional positivo. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TELES, Ney Moura. Direito Penal Parte Geral: Arts. 1º a 120. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). Fundamentos de História do Direito. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

www.conteudojuridico.com.br

O DIREITO À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO/IMPRENSA VERSUS O DIREITO AO ESQUECIMENTO SOB A ÓPTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

PEDRO PAULO DA SILVA: Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

ADRIANO RIBEIRO CALDAS[1]\

(Orientador)

RESUMO: O presente estudo busca demonstrar em linhas gerais a necessidade da discussão do conflito existente entre o direito ao esquecimento e o direito de imprensa/informação no ordenamento jurídico brasileiro. Hoje vivencia - se uma maior facilidade de proliferação de notícias, seja por meio da imprensa profissional, como também através de pessoas comuns, que possuem a cada dia os meios de mídias mais modernas e sempre à suas mãos. Assim, neste artigo será tratado até onde essas manifestações e compartilhamentos de informações atuais e passadas, que fazem parte da história verdadeira de alguém pode colidir com seus direitos fundamentais e demonstrar que o direito à liberdade de expressão não deve ultrapassar a importância dos direitos da personalidade, privacidade, imagem e honra, bem como, também não deverá superar o direito ao esquecimento, além de analisar os casos já decididos pelos tribunais brasileiros e a aplicação do direito ao esquecimento tanto no que diz respeito à seara criminal, como na seara civil. Inicialmente este estudo analisará os conflitos entre regras e princípios e discutirá sobre a liberdade de expressão/imprensa e os direitos da personalidade, será apresentado ainda a casuística sobre o direito ao esquecimento, com decisões dos tribunais e os casos midiáticos.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana, Direito de informação, Direito de Imprensa. Direito ao Esquecimento, Liberdade de Expressão.

ABSTRACT: This study aims to demonstrate in general the need to discuss the conflict between the right to forgetting and the right to press / information in the Brazilian legal system. Today there is a greater ease of proliferation of news, both through the professional press, as well as through ordinary people, who have the most modern media every day and always at their hands. Thus, this article will deal with the extent to which these current and past manifestations and sharing of information, which are part of one's true story, may conflict with their fundamental rights and demonstrate that the right to freedom of expression should not go

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

beyond the importance of personality rights. , privacy, image and honor, as well as, should not surpass the right to forgetfulness, besides analyzing the cases already decided by the Brazilian courts and the application of the right to the forgetfulness as far as the criminal field, as in the civil field. Initially this study will analyze the conflicts between rules and principles and discuss about freedom of expression / press and personality rights, will also be presented the case series on the right to forget, with court decisions and media cases.

Keywords: Dignity of the Human Person, Right of Information, Right of Press. Right to Forget, Freedom of Expression.

Sumário: Introdução. 1. Conflito entre regras e princípios. 2. Direito ao esquecimento frente ao princípio da dignidade da pessoa humana: liberdade de expressão x direitos da personalidade. 3. Casuística sobre o direito ao esquecimento. 3.1 Decisões do STF, STJ e Tribunais. 3.2. Casos midiáticos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O direito ao esquecimento trata-se de um instituto jurídico que o indivíduo pode se valer para resguardar seus direitos e de não ter informações divulgadas ao seu respeito indefinidamente no tempo pela mídia, em razão de fatos pretéritos que podem acarretar violação a sua honra e intimidade e prejudicando a sua plena e saudável convivência social.

> O grande debate está entre a colisão dos direitos fundamentais de um lado, como a vida privada, a intimidade, honra e imagem do indivíduo e de sua família, e do outro o direito a liberdade de expressão e informação. Diante de um caso concreto qual dos tais direitos e princípios devem prevalecer e os critérios a serem utilizados na técnica de ponderação no conflito em questão.

A presente pesquisa tem por finalidade aprofundar o estudo sobre o tema em foco e analisar os casos já decididos pelos tribunais brasileiros e a aplicação do direito ao esquecimento tanto no que diz respeito à seara criminal, como na seara civil.

Dessa forma, a presente pesquisa foi desenvolvida através de artigos científicos, pesquisas bibliográficas, jurisprudências e doutrinas. Para uma melhor abordagem temática, o trabalho foi estruturado em três capítulos que discorrerão sobre o conflito entre regras e princípios e a técnica adotada para a resolução entre eles, o conceito e fundamentação, a casuística sobre o direito ao esquecimento e

sua repercussão nos tribunais e nos casos midiáticos. Analisando o posicionamento dos tribunais no tocante ao direito a intimidade e o direito à liberdade de expressão e informação.

Nesse contexto, o direito ao esquecimento vem ganhando espaço nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, pois se tornou de fundamental importância o seu estudo mais aprofundado à medida que diversas relações jurídicas foram surgindo com o avanço da tecnologia e o crescente desenvolvimento dos meios de informação. Avaliando o posicionamento dos tribunais no que diz respeito ao direito a intimidade e o direito à liberdade de expressão e informação é que se faz pertinente discorrer sobre os limites e parâmetros a serem observados para a aplicação do instituto ora analisado.

1.CONFLITO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

As normas jurídicas são gêneros e se dividem em regras e princípios, conforme Alexy (2008). É importante saber a diferença entre essas espécies, a fim de aplicar os critérios necessários para a resolução dos conflitos. Segundo, ÁVILA (2005):

> As regras jurídicas, como o afirmado, são normas cujas premissas são, ou não, diretamente preenchidas, e no caso de colisão será a contradição solucionada seja pela introdução de uma exceção a regra, de modo a excluir o conflito, seja pela decretação de invalidade de uma das regras envolvidas. (ÁVILA, 2005, p. 30).

Pode-se perceber que duas regras não coexistem quando contraditórias e são aplicadas de acordo com o que está escrito em seu texto. Novelino (2016) afirma que os conflitos podem ser decididos com o emprego dos critérios hierárquico, o cronológico e o critério da especificidade.

Portanto, se existe um caso e há um conflito entre regras jurídicas em que uma é hierarquicamente superior e outra inferior, mais nova e especifica, aplica-se a regra hierarquicamente superior. Todavia, se há conflito entre uma regra jurídica que é mais específica e outra mais nova, entende-se que prevalece a mais especifica, como aduz Alexy (2008). As regras, assim como os princípios, também são instrumentos para a aplicação do direito no caso concreto, mas ambos possuem aplicações diferentes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Os princípios possuem fundamental importância para a hermenêutica jurídica contemporânea, constituindo fontes basilares e norteadoras para aplicação do direito. É espécie do gênero norma jurídica e possui elevada carga de normatividade na atual fase pós-positivista. Diversos juristas, entre eles, Novelino (2016), Alexy (2008), Ávila (2005), apresentam grande influência no que diz respeito ao debate sobre os princípios no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, ALEXY (2008):

> Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fálicas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2008, p. 90)

Segundo o autor acima mencionado, as regras e princípios estruturam uma teoria dos direitos fundamentais e atuam como normas jurídicas para regular, limitar, ordenar e aplicar de forma justa o direito de acordo com o caso concreto.

A principal distinção está presente no modo de aplicação dessas categorias. Diante de um conflito entre os princípios deve-se adotar o sistema da ponderação, pois mesmo que ambos sejam válidos não se pode anular um em detrimento do outro, e sim adequando o modo mais correto, justo e proporcional de aplicação às particularidades do caso em análise.

Nota-se que não há uma precedência absoluta entre os princípios em questão, pelo contrário, deverá ser avaliado aquele de maior peso em determinando momento, o que não anula a possibilidade de que a posteriori o mesmo princípio venha a ceder quando em colisão com outros. O autor Alexy (2008) sintetiza a solução para o conflito entre princípios por meio da aplicação da lei de colisão:

> Portanto, se isoladamente considerados, ambos os princípios conduzem a uma contradição. Isso significa, por sua vez, que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária. (ALEXY, 2008, p. 96)

Logo, percebe-se que somente diante das circunstâncias fáticas é possível identificar essa relação de sopesamento, em que um princípio terá precedência sobre outro. Constituindo-se como um parâmetro generalizado para os magistrados quanto a aplicação no âmbito judicial de casos semelhantes e apresentados reiteradamente, pois em condições distintas o resultado da ponderação poderá ser de maneira diversa.

Em contrapartida, Novelino (2016) afirma que os críticos desse sistema de ponderação defendem a ideia de que esse método incentiva o poder discricionário dos juízes que poderão dar margens a um alto grau de subjetivismo e decisões arbitrárias. Todavia, no atual sistema processual é primordial que as decisões judiciais sejam devidamente fundamentadas, com a exteriorização clara e objetiva dos argumentos que levaram ao resultado.

Os princípios possuem valores que devem ser preservados e muitas vezes entram em colisão com outros princípios e direitos fundamentais, como, por exemplo, os direitos da personalidade e a liberdade de expressão. Assim, na aplicação do direito no caso em concreto devem-se fazer as valorações adequadas e aplicar os critérios devidos, de modo que não gere prejuízos aos interesses em conflito e seja adotada a solução mais adequada sob a óptica dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Hodiernamente, como aduz Filho (2014), a colisão entre direitos fundamentais, enquanto princípios que são, ganham ainda mais importância em razão da era digital e da hiperinformação na qual vivemos, pois, a privacidade e intimidade do cidadão estão frequentemente sendo violadas e causando prejuízos à sua dignidade humana.

Assim, é possível elencar como um desses conflitos entre os direitos fundamentais o uso indevido das mídias que veiculam informações, fatos e imagens

dos indivíduos sem autorização ou até mesmo eternizando fatos que acarretam grave ofensa à honra, intimidade e imagem, podendo causar transtornos psíquicos, ou, ainda, impedir que o indivíduo tenha o seu convívio em sociedade prejudicado. Nesse sentido, WOMMER, CECHINN E FILHO:

> Maneira que tais informações são transmitidas através da mídia para a sociedade, onde muitas vezes a imprensa, fazendo uso de forma absoluta de seu direito à liberdade de imprensa acaba por colidir com outros direitos muito importantes ao ser humano como o direito à privacidade, intimidade e à imagem, ferindo a dignidade inerente aos seres humanos (s.d. p. 03).

Diante disso, Filho (2014) preleciona que é possível destacar que os meios de comunicação são um dos principais causadores de danos aos direitos da personalidade, pois muitas vezes transcendem a esfera privada do indivíduo, discorrendo fatos e notícias de modo indefinido no tempo e propaga tanto informações boas quanto ruins que ultrapassam a atualidade da notícia.

Com a nova realidade social e os mais acessíveis meios de informação, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem, não resta dúvida da importância do sistema da ponderação no que diz respeito à colisão entre a liberdade de informação e a vida privada do indivíduo, de forma que não acarrete prejuízos à dignidade humana

2.DIREITO AO ESQUECIMENTO FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: LIBERDADE DE EXPRESSÃO X DIREITOS DA PERSONALIDADE

A aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana independe das circunstâncias concretas e é inerente a toda e qualquer pessoa, seja em razão da idade, sexo, cor ou condição social, devendo ser observado e respeitado de forma a inibir qualquer tentativa de ofensa ao núcleo de integridade física e moral do ser humano.

O Estado possui, além do dever de respeitar e proteger, também a obrigação de promover condições que facilitem e removam os obstáculos que impedem as pessoas de viverem com dignidade e, com isso, revela o caráter multifacetado do postulado da dignidade humana, em razão de que impõe limites a atuação do Estado, mas também uma ação positiva e concreta de proporcionar uma vida digna para todos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É inegável, portanto, a sua ligação com os direitos fundamentais, especialmente no tocante aos direitos da personalidade, pois estes emanam diretamente do respectivo postulado da Dignidade Humana, mantendo-se indissociáveis. Dessa forma, se são negados os direitos da personalidade que são inerentes à pessoa humana, estar-se-ia, na realidade, negando a própria dignidade. Nesse sentido, aduz SARLET (2001):

> [...] é precipuamente com fundamento no reconhecimento da dignidade da pessoa por nossa Constituição, que se poderá admitir, também entre nós e apesar do Constituinte neste particular, a consagração – ainda de modo implícito – de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade [...] situa-se o reconhecimento e proteção da identidade pessoal (no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual), concretizando-se – entre outras dimensões – no respeito pela privacidade, intimidade, honra, imagem, assim como o direito ao nome, todas as dimensões umbilicalmente vinculadas à dignidade da pessoa (SARLET, 2001, p.85).

Ademais, os direitos da personalidade são indispensáveis para a própria proteção da dignidade da pessoa humana. Segundo Bonavides, estão inseridos nos direitos fundamentais de primeira geração, ou seja, àqueles que abrangem os direitos civis e políticos considerados como direitos negativos, pois dizem respeito a uma abstenção estatal na esfera privada das pessoas.

Além da previsão dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002, com capítulo próprio destinado a esses direitos, a Constituição Federal de 1988 já os consagrou com o status de direitos fundamentais, conforme art. 5º, inciso X, vejamos:

> 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:
>
> [..] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Para Diniz (2015) a privacidade está voltada aos elementos externos da pessoa humana, tendo como exemplos a escolha do modo de viver e os hábitos; a intimidade, a seu turno, abrange elementos internos do viver, como segredos, situações de pudor, sendo possível a intimidade estar incluída na privacidade. Logo, é possível perceber que a intimidade é algo particular e reservado a vida de um indivíduo e na seara do direito ao esquecimento pode haver a violação de ambos os direitos da personalidade, tanto a intimidade como a vida privada.

O direito a honra e a imagem são distintas. A honra protege a reputação do indivíduo diante da sociedade, a sua boa fama contra fatos inverídicos que causem prejuízo a sua dignidade. Possui previsão ainda no Pacto San José da Costa Rica em seu artigo 11 que preleciona que toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

O direito a imagem, segundo Filho (2014), é um bem personalíssimo, emanação de uma pessoa, através da qual se projeta, identifica-se e individualiza-se no meio social. É o sinal sensível da sua personalidade, destacável do corpo e suscetível de representação através de múltiplos processos, tais como pinturas, esculturas, desenhos, cartazes, fotografias, filmes. Dessa forma, a exteriorização da imagem sem autorização poderá ocasionar o dever de reparar o dano, pois é direito fundamental e assegurado constitucionalmente.

Nesse contexto, surge o direito ao esquecimento, em um momento necessário como ferramenta capaz de zelar pela segurança e proteção desses direitos da personalidade. Não possui ainda previsão legislativa, mas o judiciário brasileiro já discutiu alguns casos sobre a aplicação ou não do direito ao esquecimento no Brasil, que serão abordados no capítulo seguinte.

O surgimento desse instituto visa proteger a memória individual dentro do cenário da Sociedade da Informação, conforme prevê o Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, tendo em vista que os fatos pretéritos não deveriam ser eternamente lembrados, impedindo de serem veiculadas informações que ocorreram no passado e que causem lesão aos direitos da personalidade do indivíduo. Vejamos:

> ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> parcela importante do direito do ex detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Em contrapartida, temos o direito à informação da imprensa e a liberdade de expressão, que também são amplamente assegurados no constitucionalismo vigente, pois decorrem de um Estado Democrático de Direito, além do respaldo no ordenamento jurídico internacional, pois está previsto também em documentos legislativos internacionais, como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos:

> Artigo 19 - "Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras".

Logo, o controle e a repressão de tais direitos geram a censura e tal prática é um retrocesso, tendo em vista os avanços sociais alcançados pela humanidade ao longo do tempo.

O artigo 220 da Constituição Federal preleciona que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, vejamos:

> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Acrescente-se a isso o fato de que a Constituição também salvaguarda os direitos a vida privada do indivíduo e, consequentemente, acarreta a colisão entre esses direitos, daí surge o chamado direito ao esquecimento que, pela importância e constante mudança da vida em sociedade merece destaque de uma tutela especifica para essas relações.

Corroborando com a importância da liberdade de informação jornalística, a Constituição Federal de 1988 no artigo 220, § 1º ainda prevê que nenhuma lei

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social. Diante disso, nota-se a fundamental relevância da liberdade de informação/ imprensa para a sociedade, sendo uma conquista de um estado democrático. Todavia não há direito absoluto, e diante do conflito existente entre os princípios é necessário utilizar-se da técnica de ponderação.

Além disso, o referido direito deve atuar em conformidade com determinados parâmetros para que não ultrapasse a esfera privada e assim viole os direitos da dignidade humana. A Constituição Federal de 1988 prevê princípios que também devem ser respeitados quando da atuação da liberdade de informação jornalística e também a atuação dos meios de comunicação social eletrônica.

Há limites constitucionais impostos que deverão ser observados, pois a finalidade deve ser estritamente legal, pautada na promoção do desenvolvimento nacional e regional e, não menos importante, o respeito aos valores e direitos das pessoas, assim como da família.

3. CASUÍSTICA SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO.

3.1 Decisões do STJ, STF e Tribunais

No Brasil, os tribunais já se posicionaram quanto ao direito ao esquecimento. Entre os casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça destacam-se os Recursos Especiais 1334097 e o 1335153, ambos julgados pela 4ª Turma.

O primeiro é mais conhecido como a "chacina de candelária", em que um dos responsáveis foi absolvido das acusações. Todavia, um programa da rede globo chamado linha direta veiculou pelo respectivo meio de informação o nome do indivíduo e reforçando a ideia de que fora indiciado pelo crime, em flagrante afronta ao direito ao esquecimento, uma vez que já foi inocentado das acusações e devido ao desrespeito a sua imagem pleiteou indenização sobre o fato em questão.

Gonçalves (2016) explica que em primeira instância foi negado o pedido e após a apelação foi reformada a sentença para atribuir a indenização devida. Posteriormente, em sede de recurso especial o STJ manteve o entendimento de reconhecer o direito ao esquecimento e a consequente violação dos direitos da personalidade do autor, pois a relação entre o fato e o nome do indivíduo não mais deveria existir, pois ofenderia claramente a sua dignidade.

O segundo é o famoso caso da Aída Curi, que foi violentada sexualmente e assassinada no Rio de Janeiro no ano de 1958, conforme Gonçalves (2016). O

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mesmo programa linha direta mencionado no parágrafo anterior trouxe à tona toda a história novamente da vítima, expondo os fatos, as fotos e gerando mais sofrimento para a família, em razão disso propuseram uma demanda indenizatória para que fossem ressarcidos pelos danos morais e materiais ora sofridos, pois diante do seu direito ao esquecimento argumentam que foram violados os direitos personalíssimos da família e da imagem da vítima.

Ademais, devido à grande importância e relevância do assunto o STF tratou o direito ao esquecimento como tema de repercussão geral nº 786 em que o Ministro Dias Toffoli assim dispõe:

> Entendo que as matérias abordadas no recurso extraordinário, além de apresentarem nítida densidade constitucional, extrapolam os interesses subjetivos das partes, uma vez que abordam tema relativo à harmonização de importantes princípios dotados de status constitucional: de um lado, a liberdade de expressão e o direito à informação; de outro, a dignidade da pessoa humana e vários de seus corolários, como a inviolabilidade da imagem, da intimidade e da vida privada.
>
> Assim, a definição por este Supremo Tribunal das questões postas no feito repercutirá em toda a sociedade, revelando-se de inegável relevância jurídica e social. Manifesto-me, portanto, pela existência de repercussão geral da matéria constitucional versada no apelo extremo.

Percebe-se que a matéria deve ser regulada, pois gera inúmeras dúvidas quanto a sua aplicação e o poder legislativo deve estar sempre atento para a constante evolução social e a necessidade de estabelecer parâmetros e limites para as novas relações que vão surgindo. Além disso, o judiciário possui papel concretizador dos direitos em conflito e a aplicação do direito ao esquecimento deve se ater aos elementos casuísticos abordados no caso concreto para que não fuja aos limites da razoabilidade e da proporcionalidade.

Diante dos principais casos analisados acima podemos observar que o indivíduo defende o seu direito de não ter notícias ao seu respeito eternizado pelos meios de comunicação, pois como no caso do Recurso Especial nº 1334097 o autor foi inocentado das acusações e ter que novamente lidar com todo o abalo psicológico sofrido anteriormente geram prejuízos incontáveis na sua esfera privada, pois mesmo que tivesse sido condenado é direito do indivíduo também

poder reconstruir a sua vida sem que fatos pretéritos atinjam a sua plena inserção no meio social.

É importante destacar não só os casos em que o indivíduo foi absolvido das acusações, mas também aquele que foi condenado e já cumpriu a sua pena e está em liberdade para sua plena inserção social. Todavia, os veículos de informação e a imprensa continuam a propagar seu nome atrelado a prática de um crime que já passou e que já não deve mais nada a justiça. Dessa forma, violando o seu direito ao esquecimento e que se vê prejudicado mais uma vez sendo condenado por algo que já pagou e tendo que lidar com toda a revolta social que antes sofrera com a condenação, tornando ainda mais difícil o seu direito de recomeçar. Corroborando com esse entendimento, SANTOS (2010) comenta:

> A constituição da República de 1988, em seu artigo 5°, inciso XLVII, b, vem assegurar que, "não haverá penas de caráter perpétuo", mas apesar de não existirem penas privativas de liberdade ou restritivas de direitos, com essa característica, o que se facilmente é percebido é que a estigmatização daquele que já cumpriu sua pena, é sim uma forma de perpetualização da sanção, quando não lhe é oferecida uma estrutura para que, ao retornar ao convívio social tenha a chance de demonstrar sua recuperação e seja extinto o estigma de ex-presidiário. E é justamente no direito que aquele que já cumpriu a pena que lhe foi imposta tem, de não ter que carregar esse estigma de criminoso para o resto de sua vida, que se funda o direito ao esquecimento. (SANTOS, 2010.)

Imagine o quanto deve ser difícil conviver com os olhares de uma sociedade preconceituosa e que não acredita na ressocialização do condenado em razão de uma conduta que ele praticou no passado e que infringiu a norma penal. Soma-se a isso que a mídia social não se deixa esquecer um fato pretérito em que o indivíduo já foi punido e cumpriu sua pena e de forma reiterada e exacerbada veicula e atrela indefinidamente no tempo a prática do crime. Ora, torna-se extremamente difícil de superar e de ter um convívio social harmonioso se essa sociedade é constantemente relembrada do crime cometido.

Tal fato pode ocasionar sérios riscos ao processo de ressocialização, que é um dos objetivos importantes quando da aplicação da pena, como por exemplo: transtornos psicológicos e de comportamento, dificuldade para convivência em sociedade; segregação do indivíduo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Bitencourt apud Sánchez (2012) trata sobre a ressocialização do condenado e destaca a preocupação não só com a prevenção especial em si, mas em evitar os efeitos dessocializadores da pena, vejamos:

> O debate sobre a prevenção especial, destaca Feijoo Sánchez, na atualidade está muito mais preocupado em evitar os efeitos dessocializadores da pena privativa de liberdade (v.g., como contato com criminosos perigosos, o estigma da pena, a perda de oportunidades de trabalho, isolamento social etc.), do que propriamente com a ressocialização a qualquer preço do delinquente encarcerado. Dito graficamente, "... os aspectos preventivo-especiais não são levados em consideração por um setor dominante da doutrina como legitimadores da pena, mas sim como delimitadores de sua execução como fim de evitar os efeitos negativos da pena privativa de liberdade". Essa tendência é decisiva para a diversificação das espécies de pena e para a humanização do regime de cumprimento, em prol da garantia dos direitos fundamentais, especialmente o valor da dignidade humana. (BITENCOURT APUD SÁNCHEZ, 2012, p. 61).

Logo, a exploração ilimitada e extemporânea da informação acerca de um crime já punido torna dificultoso o processo da ressocialização, pois enquanto for estigmatizado, em razão das informações sobre a sua condenação, a sua possibilidade de voltar a um convívio social normal estará prejudicada e dificultará a sua recuperação. O direito ao esquecimento vem para limitar essa publicidade do crime e do criminoso e assegurar os direitos da personalidade do indivíduo que se vê prejudicado pelo uso ilimitado do direito à informação jornalística. Neste sentido, tal instituto possui ferramentas aptas a auxiliar na ressocialização do indivíduo.

O caso da Aída Curi reforça ainda mais a ideia de que a liberdade de expressão/imprensa não deve ser absoluta, mas deve ter seus limites estabelecidos quando afronta a vida privada e os direitos da personalidade dos envolvidos. É certo de que não se pode censurar, entretanto é necessário respeitar a dignidade das pessoas sem que isso prejudique os interesses da coletividade.

O STJ indeferiu o pedido no segundo caso sob o argumento de que não houve abalo moral na veiculação da notícia vários anos depois e que já estava enraizada e divulgada no meio público, como informa Gonçalves (2016). E isso, consequentemente, gera uma total insegurança jurídica diante do instituto do

direito ao esquecimento, pois o abalo moral sofrido pela família da vítima deve ser constatado no caso concreto e não ser simplesmente indeferido ser qualquer respaldo jurídico e distante das particularidades do caso.

Além disso, é pertinente ressaltar que não só a própria vítima pode se valer do direito ao esquecimento quando em vida, mas também a família da vítima em se tratando de morto, pois o Código Civil de 2002, no artigo 12, prevê a legitimidade dos parentes em linha reta ou colateral até o 4º grau e do cônjuge sobrevivente de requerer medida protetiva para se fazer cessar ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Ademais, o judiciário brasileiro, diante dos casos apresentados, devem também analisar se é direito da família do preso pleitear o direito ao esquecimento, pois se uma vez atingidos em sua honra e imagem é cabível a reparação dos danos proporcional ao agravo. Em contrapartida deve-se atentar para as particularidades e também que não se pode pleitear direito alheio em nome próprio, salvo nos casos previstos em lei, conforme dispõe o código de processo civil de 2015.

Logo, percebe-se a controvérsia diante dos fatos julgados e a premente necessidade de ser amplamente discutido e regulamentado. Ambos os casos mencionados acima possuem aspectos semelhantes, mas decididos de forma diversa, um a favor da aplicação do direito ao esquecimento e o outro contrariamente.

É necessário analisar se há o interesse público atual sobre a informação a fim de que o direito a liberdade de expressão não seja mitigado injustamente. Nessa perspectiva, entende MENDES, COELHO, BRANCO:

> Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária. (MENDES, COELHO, BRANCO, 2007, p. 374).

O STJ, recentemente, por meio da 3ª Turma julgou dia 08/05/2018 o Resp 1.660.168-RJ em que se discutia o caso de determinada pessoa que foi envolvida em várias acusações de fraude e foi inocentada das acusações. Todavia, ao digitar seu nome nos sites de busca as notícias associadas ao seu nome estavam ligadas ao seu suposto envolvimento com as fraudes. Em razão disso, ajuizou uma ação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

contra o Google pedindo a desindexação das notícias relacionadas às suspeitas de fraude nos resultados de busca da empresa mantidas pela empresa e para fundamentar a sua pretensão utilizou o direito ao esquecimento como seu principal argumento, conforme informativo nº 628.

De acordo com o posicionamento do STJ os sites de busca, como o Google, não têm responsabilidade pelos resultados de busca que serão apresentados. A pessoa que foi prejudicada deverá direcionar a responsabilidade contra os sites que divulgam a notícia.

Entretanto, em situações excepcionais é necessária a intervenção judiciária para determinar essa quebra do vínculo entre o nome da pessoa e os sites de buscas atrelados a notícia desabonadora apontada nos resultados responsáveis pela disponibilização do conteúdo indevido na internet.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, entre outros, também já enfrentou o tema no processo nº 0001227-03.2015.8.26.0001:

> EMENTA.RECURSO INOMINADO Ação cominatória para excluir da internet matéria jornalística veiculada há mais de quinze anos Veracidade das informações Direito de liberdade de expressão versus o Direito ao esquecimento Reportagem que não se refere a fatos genuinamente históricos, tampouco desperta interesse público atual Comprovação nos Autos de que o autor vem sofrendo prejuízos causados pela matéria ainda exposta nos dias atuais, impedindo a sua ressocialização plena Direito ao esquecimento que deve prevalecer, eis que no caso em tela está diretamente ligado ao princípio basilar da dignidade da pessoa humana Sentença mantida Recurso improvido. (SÃO PAULO, 2015).

Assim, diante das situações e particularidades do caso concreto deve-se analisar e ponderar os direitos e princípios ora em conflito. Atentando-se ao direito à intimidade e ao esquecimento, além da proteção aos dados pessoais que poderão preponderar sobre o direito à liberdade de expressão/imprensa. Com o intuito de que é necessário resguardar a vida privada e o direito das pessoas envolvidas de viverem sem que os fatos desabonadores de suas condutas sejam corriqueiramente veiculados e relembrados pelos meios de comunicação e sistemas de busca, que podem até ocasionar a dificuldade de superação daquele momento.

3.2. Casos midiáticos

A mídia possui papel relevante para a veiculação de informações, notícias, fatos, atualidades, opiniões, manifestações e etc. Todavia, a sua exploração exagerada pode ocasionar a colisão dos direitos fundamentais das pessoas envolvidas, pois as notícias são disseminadas pela mídia em uma velocidade impressionante.

Se determinada pessoa comete algum crime, cumpre a sua pena e volta para o meio social e a informação sobre o caso é divulgada, não é possível medir a proporção que isso tomará, senão constatar que ela é responsável por reavivar casos que deveriam ser esquecidos, pois trazer à tona novamente todos aqueles fatos só gerariam prejuízos a intimidade, a vida privada e o direito do indivíduo de não ter notícias ao seu respeito eternizadas pela mídia e que não possuem interesse para a coletividade. Além de levar em consideração todos os transtornos e sofrimentos que isso poderia ocasionar ao convívio com outras pessoas e o seu bem-estar social. Nesse contexto, SANTANA e CRUZ:

> Ainda que culpado, o sujeito não pode ser condenado mais de uma vez pelo mesmo crime - tendo em vista que a estigmatização causada pela mídia é considerada mais uma forma de punição- além de que, todas as penas, zelando a dignidade da pessoa humana, não podem existir eternamente. Mesmo aquele que erra não pode ser penalizado para sempre e não pode ser submetido a tratamento degradante, seja pelo Estado ou pelos particulares. (SANTANA e CRUZ, 2016, p. 12).

Nota-se que a atuação da mídia influencia sobremaneira a vida do indivíduo e por atingir pessoas indeterminadas poderá apresentar-se de forma benéfica, mas também prejudicial para aqueles que têm a sua vida exposta por meio dela, por essa razão que o direito ao esquecimento vem para resguardar os direitos fundamentais da personalidade daqueles que se sentirem lesados, conforme fundamenta os artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002 que salvaguarda a vida privada da pessoa natural como inviolável e a responsabilização daqueles que lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade.

Não resta dúvida que o direito ao esquecimento é bastante polêmico, pois põe em análise o conflito entre o direito da liberdade de expressão e por outro lado os direitos da personalidade. Dessa forma, o caso concreto deve ser avaliado pormenorizadamente. Nesse sentido, estabelece Schreibe (2013):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> De um lado, é certo que o público tem direito a relembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha direito de apagar os fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a vida, por um acontecimento pretérito. (...). Se toda pessoa tem direito a controlar a coleta e uso dos seus dados pessoais, deve-se admitir que tem também o direito de impedir que dados de outrora sejam revividos na atualidade, de modo descontextualizado, gerando-lhe risco considerável. O direito ao esquecimento (diritto alUoblio) tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização, evitando-se que seja perseguido por toda a vida pelo crime cuja pena já cumpriu. (Schreibe, 2013, p. 170)

Existem casos veiculados pela mídia e que também possuem sua relevância para o estudo do direito ao esquecimento e como exemplo é pertinente mencionar o caso da apresentadora Xuxa Meneghel, que participou do filme Amor Estranho Amor de 1982 onde sua personagem tinha relações sexuais com um garoto de 12 anos, antes de se tornar uma famosa apresentadora de programas infantis, de acordo com Filho (2018).

A apresentadora tentou retirar todas as imagens que vinculava o seu nome as palavras “sexo” e “pedofilia”. Entretanto, acabou não conseguindo, pois o STJ tem o posicionamento no sentido de que ela deveria pleitear a exclusão do conteúdo nos próprios sites que disponibilizam a notícia e não dos sites de pesquisa.

O que de certa forma afronta irrefutavelmente os seus direitos da personalidade e da dignidade humana, pois o que não pode é impedir a veiculação de informações daquilo que é de interesse público, o que contrariamente não se observa uma vez que as palavras atreladas a autora da ação causam prejuízos tanto na sua esfera pessoal como também profissional, o que pode acarretar diversos prejuízos a sua honra e boa fama e consequentemente o direito de uma reparação como forma de uma lídima justiça.

Trata-se de questões que envolvem a vida privada, a intimidade e imagem de pessoas que não devem ter seus direitos prejudicados por conta de fatos passados e expostos de maneira geral e ilimitada, indefinidamente no tempo.

Além do caso acima, outros podem ser analisados sob o viés do direito ao esquecimento. Casos emblemáticos, como, por exemplo, o caso Nardoni, do Goleiro

Bruno, ou mesmo da Suzana Von Richthofen. O papel da impressa, como característica do direito à liberdade expressão, é informar com responsabilidade e não ser tendenciosa, o que muitas vezes acontece.

O caso da Suzana Von Richtofen foi um dos que mais chocaram o país na época, aduz Leite (2019). Pois pelo fato de os pais não aceitarem seu relacionamento amoroso com o namorado ela resolveu planejar com Daniel, seu namorado, a morte dos seus pais. O cerne da questão é se a autora do delito também teria direito ao esquecimento em razão do crime e dos fatos que aconteceram no seu passado.

Devemos ter como direcionamento que nosso estado democrático de direito põe a salvo os direitos individuais e coletivos de forma indistinta e sem discriminação, seja em razão de raça, cor, etnia e etc. Logo, todas as pessoas são sujeitos de direitos e deveres independente de qualquer fato desabonador de sua conduta.

Diante disso, surge o direito ao esquecimento para dar amparo àqueles que estão sendo prejudicados quanto à vida, nome e intimidade expostos indevidamente pela mídia em razão de fatos do seu passado, ainda que estes sejam verdadeiros, mas não dá o direito para a mídia veicular tais informações sempre que achar conveniente, explorando isso por tempo indeterminado e prejudicando até a ressocialização do condenado.

Importante também levar em consideração que a veiculação ilimitada dos fatos também afeta terceiros, como exemplo do irmão da Suzana Von Richtofen, Andreas. Encontrando-se no direito de pleitear o esquecimento, após todos esses anos desde a data do crime, poderá valer-se do instrumento, como um direito da sua personalidade, para se ver resguardado da violação quanto a sua vida privada e sua intimidade.

Podemos ainda mencionar outro caso midiático que repercutiu bastante que foi o da atriz Daniella Perez. Segundo Leite (2019), ela foi protagonista da novela "Corpo e Alma", transmitida pela Rede Globo e foi assassinada por seu colega de trabalho Guilherme de Pádua. O rapaz contou com o auxílio de sua esposa, Paula Thomaz, na execução do crime.

Leite (2019) menciona que Guilherme de Pádua, não possuindo uma vida pregressa de crimes, cumprido sua pena, e saldando sua dívida com a justiça, continua por influência de Glória Perez, mãe de Daniela, tendo seu nome vinculado ao crime cometido no passado. Ele cita o fato que ocorreu no episódio do julgamento do casal Nardoni, em que Glória Perez, se aproximou da mãe de Isabela

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e fez lembrar que ela já tinha passado por uma situação parecida, e isso em rede nacional num programa de TV, violando o direito, que tem Guilherme de Pádua, de ser esquecido, para que consiga levar uma vida sem essa constante condenação por parte da sociedade.

Dessa forma, não é razoável que após ter cumprido a sua pena o autor do fato seja incessantemente punido pela sociedade por esse crime cometido no passado, violando, assim, o seu direito de imagem, de ter uma vida digna, e não menos importante a sua honra, por ter sempre vinculado o seu nome ao cometimento deste brutal fato. Destoando dos limites impostos a liberdade de expressão/imprensa quando adentram a esfera privada do indivíduo e ultrapassam aquilo que não é de interesse público e coletivo.

Nesse contexto, a veiculação desenfreada sobre os fatos poderá até prejudicar a ressocialização do indivíduo que se vê a mercê da mídia que o prejudica ao voltar para o pleno convício em sociedade, afrontando o princípio da dignidade da pessoa humana, e desrespeitando os direitos à imagem, à vida privada, e à honra daquele.

Logo, diante do caso concreto é pertinente sopesar os direitos em conflito, em razão também de não sacrificar o princípio da liberdade de expressão e informação da imprensa em detrimento sempre do direito à privacidade e intimidade se há uma repercussão social e interesse público em questão.

Há, sim, uma relevante preocupação no que diz respeito à exibição de fotos e vídeos da vida íntima de Daniela Perez e de sua família, pois o modo e a finalidade de uso dessas imagens devem sempre observar determinados parâmetros já que conservam o direito à imagem que se apresenta como atributo irrenunciável da dignidade da pessoa humana.

Diante dos casos analisados é possível mencionar que os Tribunais não descartam a possiblidade do direito ao esquecimento, entretanto não deve ser deferido de forma absoluta, pois os elementos do caso concreto que indicarão se o direito ao esquecimento se verificará ou não.

CONCLUSÃO

O direito ao esquecimento visa resguardar os direitos da personalidade, que decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana, quando ameaçados pela aplicação demasiada do direito de liberdade de expressão/imprensa. É um instituto

recente que carece de regulamentação e aplicação pelo interprete de maneira razoável e proporcional com base no caso em concreto.

Não é defendida a ideia da censura, mas sim uma técnica de ponderação quando houver a colisão entre tais princípios. O direito ao esquecimento é aceito em nosso ordenamento jurídico brasileiro, como foi possível observar com o deferimento em alguns casos, entretanto o judiciário deverá analisar minuciosamente as particularidades e circunstâncias apresentadas para que não haja aplicações desmedidas de um direito em detrimento do outro.

O papel da mídia é crucial para o desenvolvimento de uma sociedade mais democrática e livre, que é previsto constitucionalmente, por essa razão deve ser um parâmetro a ser utilizado como ponderação na análise in concreto. Todavia não é permitido que o desempenho da sua função social agrida direitos inerentes a dignidade humana, à honra, imagem e privacidade de uma pessoa acarretando transtornos que prejudiquem o seu direito de ter uma vida digna.

Dessa forma, a divulgação exacerbada de fatos pretéritos, tanto daqueles que foram condenados, como absolvidos e após o decurso de um longo tempo, de notícias sem interesse para a coletividade ou inexistente o interesse público, pode sim ocasionar danos morais e materiais aos envolvidos, pois de certa forma estariam impedindo o seu direito de recomeço, fazendo com que tais informações sejam veiculadas indefinidamente no tempo e sempre relembrando a sociedade de algo que se pretende que seja esquecido.

Percebe-se que há necessidade de um aprofundamento do estudo do tema, uma efetiva legislação da matéria a fim de que proporcione mais segurança jurídica para os envolvidos no conflito e, além disso, promover a lídima justiça para aqueles que têm seus direitos ameaçados. É certo que nem sempre o direito ao esquecimento há de prevalecer, mas o interprete do direito deverá balizar sua decisão de forma que respeite a unidade constitucional e os mandamentos de otimização.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Disponível em: <http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3657/alexy-robert-teoria-dos-direitos fundamentais.pdf>. Acesso em: 04 out.2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral.** 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** P. 563.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1998. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br/legislacao/. Acesso em 06 out. 2019.

BRASIL. Sítio eletrônico do Dizer o Direito. Disponível em: https://www.dizerodireito.com.br/2018/09/informativo-comentado-628-stj.html. Acesso em: 22 out.2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1334-097-RJ, 4º Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Acórdão. 28 de maio de 2013. Brasília, DF, 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29381336&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 22 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1335.153-RJ, 4º Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Acórdão. 28 de maio de 2013. Brasília, DF, 2013. Disponível em https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/516378067/recurso-especial-resp-1631329-rj-2016-0267808-7/inteiro-teor-516378075?ref=juris-tabs. Acesso em 22 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. (...) RE 1.0010.606/RJ. Relator: Min. Dias Toffoli. Recorrente: Nelson Curi e outro (A/S). Recorrida: Globo Comunicação e Participações S/A. Rio de Janeiro Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4623869&numeroProcesso=833248&classeProcesso=ARE&numeroTema=786#. Acesso em: 22 out.2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código civil. Diário Oficial da

República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm >. Acesso em: 06 out. 2019.

BRASIL. DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992**.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Diário Oficial da

República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 31 out. 2019.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n. 531. In: JORNADA DE DIREITO CIVIL, 6, 2013, Brasília, DF. Enunciados.Brasília: CJF, 11-12 mar. 2013. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justicafederal/centro-de-estudos judiciarios-1/publicacoes 1/jornadascej/vijornadadireitocivil2013 web.pdf. Acesso em 22 out. 2019.

BRASIL. Sítio eletrônico do Observatório do Marco Civil da Internet. Disponível em: http://www.omci.org.br/jurisprudencia/81/liberdade-de-expressao-e-direito-ao-esquecimento/. Acesso em: 21 out.2019

Da Cruz, A., & Santana, E. (2016). **O Direito ao Esquecimento: Os Reflexos da Mídia no Processo de Ressocialização**. Revista Paradigma, 24(1). Recuperado de http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/566

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf . Acesso em: 05 out. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1.

FILHO, Evilásio Almeida Ramos. **Direito ao Esquecimento** *Versus* **Liberdade de Informação e de Expressão: A Tutela de um Direito Constitucional da Personalidade em face da Sociedade da Informação**. Disponível em: <http://portais.tjce.jus.br/esmec/wp-content/uploads/2014/12/Direito-ao-Esquecimento-vs-Liberdade-de_Informa%C3%A7%C3%A3o.pdf >. Acesso em: 04 out.2019.

FILHO, Lindenbergh Silva de Oliveira. **Direito ao Esquecimento na Sociedade de Informação**.Disponível em:http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51821/direito-ao-esquecimento-na-sociedade-da-informacao. Acesso: 30 out.2019.

GONÇALVES, Henrique Hiroyuki Tanaka. **A Problematização Social do Direito ao Esquecimento em face à Sociedade da Informação**. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/14605/1/2016_HenriqueHiroyukiTanakaGoncalves_tcc.pdf>. Acesso em: 22 out. 2019.

LEITE, Alana Sheilla Brito. Direito ao esquecimento: Eternização do crime e do criminoso. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/direito-ao-esquecimento-eternizacao-do-crime-e-do-criminoso/. Acesso em: 31 out.2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 11ª. ed. São Paulo: Editora Juspodium, 2016.

SANTOS, Raphael Alves. **O direito ao esquecimento dos condenados, após o cumprimento da pena**. Revista eletrônica Jurisway, 2010. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4135> Acesso em: 26 nov.2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WOMMER, Gabriela Ferrari; CECCHIN, Raquel; FILHO, João Telmo de Oliveira. **Colisão de direitos fundamentais: liberdade de imprensa x direitos da personalidade**. Disponível em: <https://www.imed.edu.br/Uploads/Joaotelmodeoliveirafilho2(%C3%A1rea%203).pdf>. Acesso em: 04 out. 2019.

---

[1]Orientador, possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC (2000) e pós-graduação em Direito Processual pela Universidade Federal do Piauí - UFPI (2002). Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Ocupante de cargo efetivo de Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Professor da Faculdade Santo Agostinho em Teresina/PI.

*E-mail:*adriano.unifsa@gmail.com

www.conteudojuridico.com.br

A JUSTIÇA E O ADVOGADO

CARIEL BEZERRA PATRIOTA: Graduado em Direito pela UFPE. Pós-graduação em Processo Penal pela Universidade de Coimbra em parceria com o IBCCRIM; Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Única.

Resumo: o artigo se volta à análise da relação estreita entre o conceito de justiça e as profissões jurídicas da advocacia. Palavras-chaves: justiça. Ética. Advocacia.

Sumário: Introdução. 1. O conceito de ética profissional e a advocacia. 3. O advogado legal, isto é, leal com a justiça. 4. O advogado justo: a justiça como sentido e horizonte ético da Justiça com que colaboram os advogados. Conclusão. Referência bibliográfica.

Introdução

A justiça, parte muito importante da ética, não se circunscreve ao mero âmbito da ética; necessita encarnar-se, concretizar-se, institucionalizar-se no direito. Assim sendo, ética e direito devem colaborar *interdisciplinarmente*. Neste contexto, é proposta a busca de um caminho que evite, por um lado, cair no abismo das ocasiões solenes dos profissionais (inaugurações, homenagens, jubilações), e por outro, cair no ceticismo de considerar que o advogado não tenha nada a ver com a justiça.

Dessa forma, sobre a justiça, não só procedimental, mas também sobre a justiça material em geral e em concreto, é possível debater racionalmente e chegar a conclusões razoáveis ainda que nunca imóveis nem imutáveis. Para uma sociedade mais pacífica e justa, é sabido que nem tudo depende dos profissionais da advocacia, mas estes podem contribuir de várias formas, desde sua competência para tal até a lealdade necessária, não apenas com seus clientes, mas também com o conjunto de normas e institutos que chamamos Direito (também Justiça, com maiúscula).

1. O conceito de ética profissional e a advocacia

As *profissões* se distinguem dos *ofícios* por duas razões principais: primeiro porque se supõe que o profissional não sabe fazer somente as coisas de sua profissão, mas também sabe dar razão de porque deve fazer as coisas assim e não de outra maneira. Segundo porque, ao profissional, uma vez adquiridos os conhecimentos básicos para seu exercício, é

indispensável que ele continue se renovando, se atualizando, e pondo em dia suas habilidades.

Assim sendo, a primeira obrigação de um *profissional* é ser competente em resolver os assuntos de sua competência. Ele deve isso não apenas aos clientes e usuários dos seus serviços profissionais, mas também à profissão e aos colegas com quem comparte o compromisso profissional. A isso se acrescenta a questão da prática profissional e o que ela significa para o conjunto da vida humana e para sociedade, em uma compreensão global – pois, é nestes últimos dois níveis que se situa a *ética profissional*, que consiste em perceber, desde dentro, a razão última a serviço da qual está a profissão.

Aplicando isto à prática da advocacia, percebe-se que ela se caracteriza por cinco elementos constitutivos:

a) Baseia-se no conjunto de conhecimentos do Direito, tanto no que ele tem de corpus normativo de uma sociedade, como nos critérios interpretativos de sua aplicação.

b) Ao conjunto de conhecimentos, devem-se acrescentar as destrezas necessárias para executar os diferentes tipos de atuações que supõe o exercício prático da advocacia, incluindo-se também possibilidades de especialização e de divisão social do trabalho.

c) A terceira característica consiste no fato de que o bom profissional não é meramente o que repete rotineiramente o que aprendeu a fazer uma vez e por isso segue repetindo. Se não renova continuamente seus conhecimentos e cultiva suas habilidades, converte a profissão em mero ofício rotineiro. Dessa forma, ele deve ter condições de abordar, também, os casos novos que lhe possam ser apresentados. O bom profissional é, portanto, aquele que está em condições de inovar e resolver casos extraordinários.

d) Para fazer isso, é necessária a prática profissional, isto é, aqueles bens que só se podem alcançar mediante o exercício profissional bem feito. O profissional em sentido pleno conhece o sentido que tem essa prática em seus elementos constitutivos: a defesa, o assessoramento, a representação, todo o serviço da segurança jurídica e os direitos de seus clientes no marco institucionalizado da justiça em que ele desempenha seu papel.

e) Para realizar plenamente todas as dimensões da sua prática profissional, deve ter uma concepção do que significa o exercício da advocacia para a sociedade e para o conjunto da vida humana. É mais fácil perceber esse

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

quesito quando se descreve essa prática em relação aos bens e serviços que ela proporciona à sociedade.

Percebe-se, portanto, que os três primeiros elementos definem o profissional da advocacia como "advogado competente", que tem os conhecimentos necessários para tal. Não é razoável que alguém possa ser um profissional ético se é incompetente.

Nos dois últimos elementos constitutivos, são abordadas as concepções local e global da advocacia. A local especifica o que é a própria prática e o que está em jogo na mesma, tratando do advogado enquanto *homem de leis*. A compreensão global diz respeito à influência da prática da advocacia à convivência social – e é nesse ponto que se tem em conta a contribuição que a profissão de advogado pode e *deve* fazer à justiça.

2. Justiça e direito: o advogado competente em questões de justiça

O profissional da advocacia, para ser plenamente profissional e ser ético no exercício de sua profissão, tem que *começar* por ser competente como advogado. Isso é possível quando ele se compromete a se manter em dia e a melhorar as próprias capacidades e conhecimentos.

Nas sociedades complexas, há uma necessidade de conhecer com inteira precisão as normas jurídicas e os procedimentos estabelecidos, o que é impossível de ser feito pelos *leigos* em Direito. Estes, portanto, recorrem aos advogados para que os assessorem, representem, defendam em temas legais, ou simplesmente para que facilitem o encaixe do quadro jurídico vigente. Isso demonstra que a atuação competente dos advogados contribui para que as relações dentro da sociedade se desenvolvam em razão da Justiça, mas é preciso ter em mente que a competência profissional, por si só, não converte o advogado em um profissional *justo*.

Nesse ponto é importante ter em mente que há uma ambivalência na palavra *justiça*, assim como há na palavra *direito*. Direito se refere a um sistema normativo, enquanto direito faz alusão à atuação em conformidade com a justiça. Esta, por sua vez, quando grafada com letra minúscula, se refere à virtude, já com a maiúscula alude ao sistema institucional denominado Administração da Justiça, ou simplesmente "Justiça". A primeira e mais básica contribuição que deve prestar um advogado à justiça, é ser bom conhecedor e desempenhar de forma correta o conjunto da Administração da Justiça. Dessa forma, o advogado deve lidar com a *justiça* e com a *Justiça*. É claro que não compete ao advogado transmitir ou administrar a justiça, isso é papel do juiz. Mas o ideal de justiça é tanto para juízes, como para advogados, e para todos, irrenunciável, ainda que nas sociedades complexas, esteja obsuro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3. O advogado legal, isto é, leal com a justiça

Além das habilidades no manejo dos procedimentos, o advogado deve, ainda, ser *legal*, profundamente leal com a legalidade vigente. Da mesma forma em que há ações que contaminam o meio ambiente e ameaçam o equilíbrio ecológico, há também formas de atuar que contaminam profundamente o ambiente social e que contribuem para converter a vida social em uma selva onde impera a lei dos mais fortes.

Certamente a lei não pode ser considerada reveladora da justiça, mas também não cabe prescindir completamente da lei na hora de dizer em que consiste, de fato, a justiça: as leis são o ponto de encontro entre o direito de cada um e o direito de todos os demais.

A ética em geral, mas muito mais a Ética das profissões jurídicas, em relação com a lei, tem que fugir de dois extremos. Por um lado está a glorificação da lei como expressão final da *vontade geral* (Rousseau), e de outro lado está a lei como mero dado fático daquilo que os poderes públicos impõem a seu arbítrio. Nesse contexto, Hart assinala a diferença fundamental entre as normas jurídicas e as morais: as primeiras são suscetíveis de mudança deliberada, enquanto as segundas não o são. Assim, diante de qualquer norma jurídica cabe a pergunta: "isso é legal, mas é ético?".

4. O advogado justo: a justiça como sentido e horizonte ético da Justiça com que colaboram os advogados

É sabido que a Ética nunca se reduz à legalidade. A justiça a todos afeta e todos estão obrigados a praticá-la. A justiça é a virtude (princípio ou valor) que consiste na disposição habitual a atuar dando a cada qual o que lhe corresponde em direito (*Suum ius*, em latim).

Antigamente, se considerava que a ordem moral que atribuía a cada qual o que lhe correspondia em direito era tão objetivo, racional e independente de apreciações subjetivas, que via essa ordem como algo natural, como *direito natural*. Hoje, embora exista um certo consenso acerca dos direitos humanos como núcleo irrenunciável daquilo a que toda pessoa em toda sociedade tem direito e que lhe deve ser reconhecido, esse consenso não chega a poder estabelecer normas claras para articular uns direitos com outros, e garanti-los. Na Ética atual se escreve muito sobre justiça, mas não o suficiente para aclarar sobre as concretizações aplicáveis às atuações profissionais.

A maneira de entender a relação entre moral e direito depende da maneira que se entende a moral e o direito em separado, e da maneira que se concebe a relação, real e desejável, entre os dois. Hortal Alonso propõe uma noção global de direito, com um sistema de normas com suficiente

vigência social para regular uma convivência aberta aos ideais sociais dessa sociedade; além de uma maneira de conceber a moral o mais *racional* possível.

Conclusão

Em seu ato acadêmico de despedida, Hans Kelsen falou sobre justiça, citando a passagem da histórica bíblica em que Jesus é conduzido a Pilatos. Segundo o autor, por trás da pergunta de Pilatos sobre o que seria a verdade, seguido do sangue derramado por Cristo, se cometeu uma *injustiça*. Assim, o que ocorre em *nível ético* com a justiça e o Direito é que se encontram em um profundo ceticismo acerca da possibilidade de conseguir se aproximar da verdade em questões de justiça.

Referência bibliográfica

ALONSO, Augusto Hortal. *Justicia, profesiones y profesión de abogado* em Grande Yáñez, Miguel (Coord.). JUSTICIA Y ÉTICA DE LA ABOGACÍA. 1ª ed. Madrid: DYKINSON, 2007. P. 100-120.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A MULHER TRANSEXUAL COMO VÍTIMA DO CRIME DE FEMINICÍDIO

BRUNA CRISTINA VIEIRA DE SOUZA: Bacharelanda do Curso de Direito pela UNIFSA

ROGÉRIO SARAIVA XEREZ

(Orientador) [i]

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo apresentar um estudo sobre o Feminicídio, em especial a possibilidade de as mulheres transexuais figurarem como sujeitos passivos do crime. Para tanto, foram utilizados como fonte a literatura e jurisprudência atual sobre o tema. Assim desenvolveu-se uma análise dos principais aspectos do crime de homicídio, com ênfase na sua forma qualificada conhecida por Feminicídio. Buscou-se especialmente no trabalho demonstrar que as mulheres transexuais podem ser vítimas do crime de Feminicídio, sem atingir a segurança jurídica desta qualificadora. A metodologia utilizada no trabalho em questão foi a pesquisa bibliográfica sobre o tema, através de artigos jurídicos, revistas jurídicas, doutrinas, jurisprudência e normas constitucionais e infraconstitucionais. Por fim, procurou-se com decisões judiciais ratificar a teoria que as mulheres transexuais figuram sim vítimas do crime de Feminicídio. Verificou-se que tal entendimento apesar de sustentação jurídica ocorre a passos lentos, havendo ainda, no meio jurídico, relutância em aceitar que as mulheres transexuais possam figurar no polo passivo desta qualificadora.

Palavras-chave: Feminicídio, Transexuais, Vítima.

ABSTRACT: This study aimed to explore the Femicide theme, especially the possibility of transgender women being passive subjects of crime. The work developed an analysis of the main aspects of homicide crime, emphasizing its qualified form known as Femicide, based on the literature and current jurisprudence on the subject. Work especially focus to demonstrate that transgender women might be victims of the crime of Femicide, without achieving the legal certainty of this qualifier. Through a bibliographical research in legal articles, legal journals, doctrines, jurisprudence and constitutional and infraconstitutional norms the study developed its methodology. Finally, we sought to ratify the theory that transgender women do appear to be victims of the Femicide crime, with court decisions. It was possible to verify that this legal support occurs slowly, and there is still a reluctance, in the legal environment, to accept that transgender women can figure as passive subject of this qualifier.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Keywords: Femicide, Transsexuals, Victim.

Sumário: 1. Introdução. 2. Homicídio e suas espécies. 2.1. Homicídio simples. 2.2. Privilegiadoras, Qualificadoras e Majorantes do homicídio. 2.2.1. Homicídio privilegiado. 2.3. Homicídio em sua forma qualificada. 2.4. Homicídio na forma culposa. 3. O crime de Feminicídio. 3.1. Feminicídio e Transexualidade. 4. Transgêneros, transexuais e travestis. 4.1. Mulheres transexuais como vítimas do Feminicídio. 5. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A identidade de gênero de uma pessoa corresponde à maneira como o indivíduo se reconhece com relação ao seu gênero, podendo não ter relação com seu sexo biológico ou sua orientação sexual. O livre exercício da identidade de gênero está embasado nos direitos constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, além do direito da personalidade, não sendo admitida qualquer discriminação ou exclusão de direitos e proteção perante a lei.

Nos últimos anos, os estudos de gênero levantaram muitas questões a respeito da concepção do que é gênero e como esse termo pode abranger e romper vertentes que sempre estiveram enraizadas na cultura social, indo além da atribuição de se ser homem ou mulher. Considerando as modernas concepções do gênero, amparadas no discurso de Scott quando afirma que o gênero se tornou "uma maneira de indicar as construções sociais". (1989, P.7), o estudo discutiu sobre a nova proposição de como os diferentes papéis de gênero dão voz e direitos a novas classificações de sujeitos sociais.

Esclarece-se desde já que a intenção aqui é de explorar um recorte social específico: a mulher transexual, e relacionar o tema a um assunto preocupante e lamentável: a violência contra as mulheres, sendo a mais grave destas, o crime de homicídio. Neste sentido, o presente artigo busca demonstrar com sustentação na literatura e jurisprudência, que diante das novas classificações, a mulher transexual também pode ser protegida através da possibilidade de figurar como pólo passivo em um crime tão grave como o homicídio. Assim foi pressuposto apresentar inicialmente a concepção do crime de homicídio, cometido contra as mulheres, configurando como Feminicídio.

Para levantar esta discussão, o presente trabalho inicia com algumas considerações sobre o crime de homicídio, e suas principais características. Conceituaram-se suas elementares, definiu-se a sua consumação e foi abordado o crime de homicídio com suas respectivas classificações, qualificadora do crime de Feminicídio que foi explorado no segundo tópico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No terceiro tópico passa-se então ao estudo sobre o gênero, com ênfase na transexualidade, conhecendo e conceituando suas peculiaridades, para então analisar a possibilidade de as mulheres transexuais figurarem como vítimas do crime de Feminicídio. Pelo exposto, pretende-se com o presente artigo destacar a possibilidade jurídica de ter como vítima, sujeito passivo do crime de Feminicídio, a mulher transexual, como forma de assegurar tratamento igual as diferentes representações do gênero feminino.

2. HOMICÍDIO E SUAS ESPÉCIES

Define-se o Crime de Homicídio, como "a morte de um ser humano provocada por outro ser humano" (Fernando Capez, p.21). É a eliminação da vida de uma pessoa praticada por outra.

Tal crime encontra-se previsto no Código Penal Brasileiro, que foi criado através do decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, pelo então presidente Getúlio Vargas, e permanece em vigor até os dias atuais, embora tenha sofrido, no ano de 1984, uma reforma em sua parte geral e, no decorrer dos anos, também em sua parte especial.

O estudo aprofunda essa temática expondo o delito homicídio em suas classificações, bem como as particularidades de cada categoria.

2.1. Homicídio Simples

O supracitado crime localiza-se na Parte Especial do Código Penal Brasileiro de 1940, incluso no "Título I: Dos crimes contra a pessoa" em seu "Capítulo I: Dos crimes contra a vida" no artigo 121 que dispõe: "Homicídio Simples: matar alguém: pena de reclusão, de seis a vinte anos".

Define-se Homicídio simples, como a anulação da vida humana extrauterina, cometida por outra pessoa (COUTO, 2016). Caso se trate da vida humana endo-uterina, muda-se o bem jurídico tutelado e consequentemente a transgressão, tratando-se nesse caso do crime de aborto, assim como quando se define o suicídio, que é a eliminação da própria vida pelo sujeito ativo.

O homicídio é um delito de ação livre, ou seja, admite diversos meios de execução, podendo ser praticado tanto por ação quanto pela omissão do agente. O tipo não exige do sujeito ativo, nenhuma situação ou característica especial, sendo assim considerado um crime comum, ou seja, que pode ser praticado por

qualquer pessoa. Quanto ao sujeito passivo, utiliza-se a mesma regra supracitada: qualquer pessoa após o nascimento e que permaneça viva pode matar ou ser morta.

A conduta típica prevista no artigo 121 do Código Penal é "matar alguém", sendo indispensável que exista nexo causal entre a conduta do agente e o resultado por ela produzido. Dentro do mesmo tipo, apresentam-se os elementos subjetivos, que podem ser o dolo, que é a vontade de matar (animus necandi) e a culpa (quando o agente der carga ao resultado, por imprudência, negligência ou imperícia).

Importante ressaltar que o crime de homicídio, sendo plurissubsistente, cabe perfeitamente a tentativa e atinge sua consumação com a morte da vítima, que de acordo com a Lei 9434/97 (Lei que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências) e aqui é tomada pela referência do seu artigo terceiro, quando especifica que o fim da vida se dá com a morte encefálica.

Consoante Rogerio Sanches Cunha:

> Podendo a execução do crime ser fracionada em vários atos (delito plurissubsistente), a tentativa mostra-se perfeitamente possível quando o resultado morte não sobrevém por circunstancias alheias à vontade do agente. Admite-se a forma tentada, inclusive no crime cometido com dolo eventual, já que equiparado, por lei, ao dolo direto (Art.18, I, do CP). (CUNHA, p.73).

Encima do previsto no artigo 121 do Código Penal, conclui-se que o homicídio simples vem especificamente articulado apenas ao conceito inicial do fato de matar alguém, ficando o entendimento que sua classificação requisita que, a forma como esta vida foi suprimida, não tenha utilizado meios mais elaborados como do uso de veneno, fogo, explosivos, tortura, ou que tenha submetido a vítima a intenso e prolongado sofrimento.

2.2. PRIVILEGIADORAS, QUALIFICADORAS E MAJORANTES DO HOMICÍDIO

Ao se conceber o crime de homicídio como delito passível de penalidade jurídica, há que se considerar suas particularidades e estas devem ser cuidadosamente apuradas, aplicando-se, caso seja necessário, o que o código penal brasileiro nomeia como privilegiadoras, qualificadoras e majorantes. Os termos aqui devem ser entendidos como particularidades técnicas que devem ser considerados quando imputada a penalidade cabível ao respectivo crime.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em um breve entendimento jurídico, a privilegiadora seria para dosimetria de pena, o critério utilizado pelo ordenamento jurídico para reduzir ou atenuar a pena. A qualificadora representaria as circunstâncias de fato, subjetivas ou objetivas, que qualificam o delito de homicídio, podendo aumentar a pena-base do homicídio doloso. A majorante também incide aumento na pena, inclusive podendo superar o limite da pena base, mas apenas pode ser instituída na terceira fase da aplicação penal.

2.2.1 Homicídio privilegiado

O crime de homicídio embora esteja configurado como um delito grave, recebe análise diferenciada partindo de alguns pressupostos específicos, onde o sujeito ativo pode se beneficiar mediante aspectos, nomeados de privilegiadora pela jurisprudência brasileira. Assim então nomeado de homicídio privilegiado. Esta modalidade do crime de homicídio, encontra-se prevista no Código Penal, em seu artigo 121, parágrafo primeiro:

> Caso de diminuição de pena
>
> § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Tal artigo prevê em seu texto três hipóteses em que o homicídio terá sua pena diminuída. Todas elas dizem respeito a pessoa do agente, possuindo assim natureza subjetiva. Primeiramente, fala-se do motivo de relevante valor social, que diz respeito a um interesse da coletividade. Em um segundo momento, destaca-se o relevante valor moral, que se relaciona ao sujeito ativo, considerando um motivo nobre que não causa reprovação. Por fim, tem-se o domínio de violenta emoção, em que o agente se encontra totalmente dominado, não sendo apenas influenciado.

Para Pantolfi "há circunstâncias que tornam o ato mais grave, e consequentemente aumentam o "quantum" da pena a ser aplicada; como há também circunstâncias que o privilegiam, o que abranda a combinação de penas. " (PANTOLFI, 2018). Essas diferentes e específicas atribuições designam se cabe ou não aceitar a existência de circunstâncias que podem atenuar a pena, privilegiadoras.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para configurar-se a privilegiadora é necessário também que o crime tenha ocorrido logo após injusta provocação da vítima, conforme ensinamentos de Cunha (v.8, p.75):

> A provocação trazida pelo parágrafo em comento não traduz, necessariamente, agressão, mas compreende todas e quaisquer condutas incitantes, desafiadoras e injuriosas. Pode, inclusive, ser indireta, isto é, dirigida contra terceira pessoa ou até contra um animal. (CUNHA, 2010. p. 75)

É importante ressaltar que, caso o homicídio privilegiado seja reconhecido, a pena será obrigatoriamente reduzida e tal privilégio será incomunicável, conforme o artigo 30 do Código Penal.

2.3. Homicídio em sua forma qualificada

O homicídio qualifica-se mediante as circunstâncias objetivas e subjetivas utilizadas pelo agente no momento da prática do crime. As qualificadoras objetivas relacionam-se aos meios utilizados na execução, enquanto as subjetivas tratam das possíveis motivações.

Destaca-se que o homicídio qualificado, em todas as suas formas, é considerado hediondo, conforme a Lei 8.072 de 1990. O crime hediondo é aquele considerado de extrema gravidade, que apresenta motivos ainda mais repugnantes, recebendo assim tratamento diferenciado e mais rigoroso em comparativo a outros crimes e infrações penais. Nesse sentido, Souza explicita:

> A Lei nº. 8.072/1990 trouxe um rol específico de crimes em seu artigo 1º: latrocínio (artigo 157, parágrafo 3º, in fine); extorsão qualificada pela morte (artigo 158, parágrafo 2º), extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (artigo 159, caput e parágrafos 1º e 2º); estupro (artigo, 213, caput, e sua combinação com o artigo 223, caput, e parágrafo único); epidemia com resultado morte (artigo 267, parágrafo 1º); envenenamento de água potável ou de substancia alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (artigo 270, combinado com o artigo 285), todos do Código Penal, e o genocídio (artigos 1º, 2º e 3º da Lei 2.889/56), tentados ou consumados.
>
> Foi acrescentado poucos anos depois:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Portanto, a Lei nº. 8.930/1994 incluiu no rol dos crimes hediondos o homicídio simples executado em atividade típica de grupo de extermínio e o homicídio qualificado, em todas as suas hipóteses, (SOUZA, 2014, P.15)

Esta modalidade de crime geralmente repercute no clamor público de forma muito intensa e ascende discussões ardorosas. Os fatos relacionados a esta modalidade são articulados a práticas que a sociedade recrimina, reprova e julga reproduzindo a prática jurisprudencial, que segundo Silva:

> Entendem-se como crimes hediondos aqueles considerados de extrema gravidade que, devido a sua natureza, recebem tratamento diferenciado, com mais rigor em relação às demais infrações penais. Como já dito, são, também, insuscetíveis de graça, indulto ou anistia. Os crimes hediondos afetam, ainda, a dignidade da pessoa humana e agem em desrespeito aos valores coletivos. (SILVA, 2018, p.1)

Esses valores citados por Silva representam o anseio coletivo pelo gozo de um direito primeiro e essencial, teoricamente assegurado pela legislatura pátria: o direito à vida. E a forma grotesca como esse direito repercute quando é interrompido afeta não somente a vítima, mas toda uma sociedade.

2.4. Homicídio na forma culposa

O homicídio culposo é aquele em que o agente age com imprudência, negligência ou imperícia, deixando de empregar atenção ou diligência do que era capaz, provocando através de sua conduta o resultado lesivo morte previsto ou previsível, porém que não era aceito ou desejado (SANCHES, 2016).

Por imprudência, entende-se que o agente agiu de maneira afoita e sem os cuidados necessários, enquanto que na negligencia há uma omissão, uma ausência de precaução. Por fim, na imperícia o criminoso tem falta de aptidão técnica para o exercício de arte ou profissão, não possuindo um conhecimento especifico (SANCHES, 2016).

Para se configurar um crime de homicídio culposo é indispensável que exista uma aferição da previsibilidade do agente. Caso o fato escape totalmente a sua previsibilidade, o resultado não poderá lhe ser atribuído, mas sim o caso fortuito ou força maior. Importante ressaltar também que, não cabe a tentativa no homicídio culposo. Nesse sentido, ensina Cleber Masson:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> "Lembre-se que o crime culposo (salvo em relação à culpa imprópria) é incompatível com a tentativa. Com efeito, é impossível conceber a não produção de um resultado naturalístico indesejado por circunstâncias alheias à vontade do agente. O dolo da tentativa, como se sabe, é idêntico ao dolo da consumação. E no crime culposo não há dolo. (MASSON, 2018, p.74).

O homicídio culposo, conforme o Código Penal determina, terá sua pena aumentada de um terço caso o agente cause o crime por desleixo, desídia no exercício de uma profissão. Também ocorrerá esse aumento, caso o agente após o cometer o crime não preste socorro imediato à vítima, não procure diminuir as consequências do seu comportamento ou fuja para evitar sua prisão.

Diferentemente do homicídio doloso, no culposo há a possibilidade da aplicação do perdão judicial, que é uma causa de extinção de punibilidade, baseado no fato de que penalizar o agente seria desnecessário já que o próprio crime cometido o pune, conforme leciona Rogerio Sanches:

> Perdão judicial é o instituto pelo qual o juiz, não obstante a prática de um fato típico e antijurídico por um sujeito comprovadamente culpado, deixa de lhe aplicar, nas hipóteses taxativamente previstas em lei, o preceito sancionador cabível, levando em consideração determinadas circunstancias que concorreram para o evento. Em casos tais, o Estado perde o interesse de punir. (CUNHA, 2016, p.89).

Conclui-se assim que a intencionalidade não é aferida ao homicídio culposo sendo a culpa atribuída inconscientemente e as causas que conduziram à sua prática são atribuídas a negligência, imprudência ou imperícia. Esta concepção assim o difere do homicídio doloso, pois neste a intenção de matar aparece como qualificadora. É nesta última classificação que se encontra a tipologia selecionada como objeto do estudo: o Feminicídio.

3 O CRIME DE FEMINICÍDIO

O crime de Feminicídio originou-se em uma proposta do Grupo Especial Contra Violência Doméstica contra a mulher (GEVID) do Ministério Público de São Paulo, baseando-se no fato de que o número de mulheres assassinadas no Brasil apresentava enorme crescimento e a legislação da época era insuficiente para regular o assunto. Uma comissão parlamentar mista de inquérito sobre a violência contra a mulher (CPMI–VCM) foi instaurada para verificar as políticas de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

enfrentamento à violência contra as mulheres, nos 26 Estados brasileiros e no Distrito Federal, de março de 2012 a julho de 2013. No relatório final apresentado consta mais de mil páginas e está disponível para acesso ao público no site do Senado, onde em sua conclusão apresentou diversas recomendações direcionadas a entes e órgãos, para prevenir e combater tamanha violência contra a mulher

O Feminicídio conceitua-se como o assassinato de uma mulher pela condição de ser mulher (MASSON, 2018). O homicídio contra a mulher, em razão apenas justificada no sexo feminino, por ela pertencer a esta categoria. Tornou-se crime de homicídio na modalidade qualificada pela Lei 13.104/2015, que incluiu o inciso VI ao parágrafo 2º e o parágrafo 7º, apart.121 do Código Penal brasileiro.

Suas motivações mais comuns, de acordo com artigo produzido pela ONU Mulheres, são: o ódio, o desprezo ou o sentimento de perda do controle e da propriedade sobre as mulheres, comum em sociedades marcadas pelo machismo, onde há uma desigualdade cultural explícita entre homens e mulheres.

O parágrafo segundo do artigo supracitado é uma norma penal explicativa interpretativa que indica em quais casos considera-se que há razões da condição do sexo feminino (MASSON, 2018).

A primeira, diz respeito a violência doméstica e familiar, quando o homicídio for resultante de, ou juntamente com violência doméstica e familiar, praticada por cônjuge ou qualquer outro familiar da vítima. Por fim, a segunda, que diz respeito ao menosprezo ou discriminação a condição de mulher, onde o Feminicídio como um crime de ódio a mulher, onde o criminoso trata a mulher como um ser inferior. Nesse sentido, pontua Eleonora Menicucci, ministra chefe da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência (SPM-PR):

> "Trata-se de um crime de ódio. O conceito surgiu na década de 1970 com o fim de reconhecer e dar visibilidade à discriminação, opressão, desigualdade e violência sistemática contra as mulheres, que, em sua forma mais aguda, culmina na morte. Essa forma de assassinato não constitui um evento isolado e nem repentino ou inesperado; ao contrário, faz parte de um processo contínuo de violências, cujas raízes misóginas caracterizam o uso de violência extrema. Inclui uma vasta gama de abusos, desde verbais, físicos e sexuais, como o estupro, e diversas formas de mutilação e de barbárie. "

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Consoante o Mapa da Violência 2015 (Cebela/Flacso), entre 1980 e 2013, 106.093 brasileiras foram vítimas de assassinato. Somente em 2013, foram 4.762 assassinatos de mulheres registrados no Brasil – ou seja, aproximadamente 13 homicídios femininos diários. Demonstrou também que esse número crescendo cada vez mais, já que segundo o mesmo, de 2003 a 2013, o número de vítimas do sexo feminino aumentou de 3.937 para 4.762, ou seja, mais de 21% na década.

Diante de tantas constatações, o Congresso Nacional aprovou a Lei De Feminicidio que enquadra o crime como uma qualificadora do Homicídio e também em crime Hediondo, apresentando maior pena e também as denominadas causas de aumento, para quem o comete.

Dentre as causas de aumento, está previsto na lei que a pena será aumentada de um terço até metade se no momento do crime a vítima estiver grávida ou nos três meses posteriores ao parto, o que demonstra uma reprovabilidade maior da conduta. A segunda causa de aumento, refere-se ao crime cometido contra a vítima menor de catorze anos, maior de sessenta, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental.

Tais condições demonstram uma fragilidade maior do sujeito passivo, o que torna mais abominável o crime, diante da covardia do sujeito ativo, e consequentemente aumenta sua pena. Na terceira causa de aumento, o legislador incriminou de maneira mais severa quando o Feminicídio é cometido na presença física ou virtual de descendente ou ascendente da vítima, fundamentando-se no intenso sofrimento causando a aqueles que presenciaram e também o quanto tal fato irá gerar graves transtornos psicológicos (MASSON 2018).

Por fim, a quarta e última causa de aumento diz respeito ao crime cometido concomitantemente com o descumprimento das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006), em seus incisos I, II e III do caput do art.22 (incluído pela Lei nº13.771, de 2018). Nesse sentido, pontua a Lei nº 11.340:

> **Art.** 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:
>
> I –Suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> II - Afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
>
> III - Proibição de determinadas condutas, entre as quais:
>
> a) Aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
>
> b) Contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
>
> c) Frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

Sendo assim, justifica-se a causa de aumento no fato do assassino já ter sido penalizado em outra lei e ainda assim descumpri-la e cometer o crime de Feminicídio, o que demonstra desprezo do mesmo pelas leis e pela punibilidade.

3.1 Feminicídio e transexualidade

O referido crime, como conceituado anteriormente, caracteriza-se como o homicídio contra a mulher em razão do sexo feminino. No entanto, o leque de sujeitos passivos que podem compor esse tipo de crime é mais extenso do que se imagina. Neste sentindo, leciona Cezar Roberto Bitencourt:

> "O substantivo mulher abrange, logicamente, lésbicas, transexuais e travestis, que se identifiquem como do sexo feminino. Além das esposas, companheiras, namoradas ou amantes, também podem ser vítimas desse crime filhas e netas do agressor, como também mãe, sogra, avó ou qualquer outra parente que mantenha vinculo familiar com o sujeito passivo". (BITENCOURT, 2019, p.100).

Portanto, é necessário desmistificar a ideia de que apenas a esposa ou companheira do sujeito ativo poderia ser vítima de Feminicídio. Comumente, o sujeito passivo deste crime é uma pessoa do sexo feminino, devendo o crime ser cometido por razão de sua condição de gênero ou em situação de violência doméstica ou familiar, segundo ensinamentos de Bitencourt: "Via de regra, uma mulher, ou seja, pessoa do sexo feminino, e que o crime tenha sido cometido por razões de sua condição de gênero, ou que ocorra em situação caracterizadora de violência doméstica ou familiar". (BITENCOURT, 2019, p. 100).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Um ponto bastante polêmico e que merece um maior destaque, é a inclusão de mulheres transexuais como vítimas de Feminicídio, ainda na visão de Bitencourt vejamos:

> "No entanto, uma questão, outrora irrelevante, na atualidade mostra-se fundamental e precisa ser respondida: quem pode ser considerada mulher para efeitos da tipificação da presente qualificadora? Seria somente aquela nascida com anatomia de mulher ou também quem foi transformado cirurgicamente em mulher, ou algo similar? " (BITENCOURT, 2019, p.100).

Assim, neste momento, antes de adentrar no mérito do artigo, faz-se necessário conceituar a transexualidade. Inicialmente considerada um transtorno, os indivíduos que não apresentavam adequação de sexo/gênero eram considerados doentes pela Associação Americana de Psiquiatria e pela Organização Mundial da Saúde, estando a transexualidade diagnosticada em seus instrumentos avaliativos, DSM e CID, desde 1980. Avaliada assim como distúrbio, precisava constar nesta Classificação Estatística Internacional de Doenças, e ser apresentada mediante um código que a tipificasse como doença diagnosticada, para que tivesse validade legal (BENTO, 2012).

O comitê responsável por reformular o Manual de Diagnóstico e Estatística dos Transtornos Mentais (DSM-IV) em 1994, substituiu o diagnóstico de "Transexualidade" pelo de "Transtorno de Identidade de Gênero" (BENTO,2012). A transexualidade passou a ser considerada, pela Organização Mundial da Saúde (OMS), como sendo "uma incongruência acentuada e persistente entre o gênero experiente de um indivíduo e o sexo atribuído ao mesmo" (CID 11).

Segundo os princípios de Yogyakarta, que versam sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, o modo como a identidade de gênero de uma pessoa deve ser entendida vai além de aspectos físicos e visíveis que ela queira modificar (pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos, ou outros), inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos"(YOGYAKARTA, 2007).

O direito à readequação de gênero está prescrito legalmente, já que está embasado nos direitos constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, além do direito da personalidade, não sendo admitida qualquer discriminação ou exclusão de direitos e proteção perante a lei.Neste sentido, antes de explanar a possibilidade da inclusão das mulheres transexuais, como vítimas de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Feminicídio, além de apresentar jurisprudências nesse sentido, faz-se necessário conceituar a transexualidade.

Quando um indivíduo repele sua identidade genética, inclusive sua própria anatomia de gênero, o que leva o mesmo a um desejo de redesignação sexual ou feminilização/masculinização, é caracterizado como transexual.

Conforme conceitua Jaqueline Gomes de Jesus, em seu livro Orientações sobre Identidade de Gênero:

> "Cada pessoa transexual age de acordo com o que reconhece como próprio de seu gênero: mulheres transexuais adotam nome, aparência e comportamentos femininos, querem e precisam ser tratadas como quaisquer outras mulheres. Homens transexuais adotam nome, aparência e comportamentos masculinos, querem e precisam ser tratados como quaisquer outros homens. " (JESUS, p. 15, 2012).

Sendo assim, é evidente que o respeito ao homem transexual e à mulher transexual, nasce a partir do momento em que ocorre uma aceitação em todas as esferas da vida do mesmo, seja familiar, social, profissional, cível e jurídica.

4. TRANSGÊNEROS, TRANSEXUAIS E TRAVESTIS

Antes de fazer a explanação desses termos, e, consequentemente a diferenciação dos seus conceitos, é necessário distinguir orientação sexual e identidade de gênero. Um dos complexos entraves para o entendimento desse tema é justamente sua subjetividade em relação a seus conceitos, entender a construção desse novo sujeito social, que reivindica sua inclusão na esfera dos direitos, requer uma definição melhor construída, justamente para pautar sua reivindicação por amparo legal.

Trazendo o foco para o sujeito do estudo concorda-se aqui com Araújo e Penna ao sintetizar: "A identidade de gênero diz respeito à percepção subjetiva de ser masculino ou feminino, ao senso de pertencimento a um ou outro gênero. ". Aqui se reivindica o direito de a mulher transexual ser reconhecida a partir dessa identidade de gênero que adotou, do gênero a qual se sente pertencer.

O autor resume ainda que "A orientação sexual está relacionada ao afeto, desejo. Trata-se do sexo do indivíduo ao qual a pessoa se sente atraída". E se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

estende diferenciando importantes aspectos para atender as atuais classificações de orientação sexual:

> A identidade sexual refere-se a duas questões diferenciadas: por um lado, é o modo como a pessoa se percebe em termos de sua orientação sexual, ao sexo das pessoas que elege como objetos de desejo e afeto; por outro lado, é o modo como ela torna pública, ou não, essa percepção de si em determinados ambientes e situações. A orientação sexual não é uma escolha livre e voluntária; porém, sua publicização o é. Assumir-se como gay, lésbica ou bissexual, seja perante amigos e familiares, seja em contextos mais públicos, representa uma afirmação de pertencimento e uma tomada de posição crítica diante das normas sociais (ARAÚJO, PENNA, 2014, p. 136)

Atualmente, são reconhecidos os seguintes tipos de orientação sexual: homossexualidade, heterossexualidade, bissexualidade, assexualidade e pansexualidade de acordo com o Manual de Comunicação LGBT, que baseado na "definição contida nos Princípios de Yogyakarta, princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero" sintetiza:

> Basicamente, há três orientações sexuais preponderantes: pelo mesmo sexo/gênero (homossexualidade), pelo sexo/gênero oposto (heterossexualidade) ou pelos dois sexos/gêneros (bissexualidade). (...) (pansexualidade) termo polêmico que se refere a pessoas cujo desejo sexual é abrangente, podendo se dirigir inclusive a objetos. (ABGLT, 2010, p. 12)

É importante enfatizar que a orientação sexual não designa necessariamente uma identidade de gênero, pois esta última independe da percepção afetiva do sujeito para com os outros e está sim voltada da percepção dele em relação a si mesmo, corresponde à maneira como o indivíduo se reconhece com relação ao seu gênero, podendo não ter relação com seu sexo biológico ou sua orientação sexual, corresponde à forma como o indivíduo se identifica. Segundo Jaqueline Gomes de Jesus:

> "Sexo é biológico, gênero é social. E o gênero vai além do sexo: O que importa, na definição do que é ser homem ou mulher, não são os cromossomos ou a conformação genital,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> mas a auto percepção e a forma como a pessoa se expressa socialmente. " (JESUS, p.06, 2012).

Com tanta complexidade na inferência de aspectos ligados a sexualidade de cada um, muitos termos novos aparecem para designar diferentes sujeitos, formados nesse processo de reconhecimento identitário social, que de acordo com Jesus, em relação à expressão de gênero, podem ser classificados:

> Cisgênero Conceito "guarda-chuva" que abrange as pessoas que se identificam com o gênero que lhes foi determinado quando de seu nascimento. Transgênero Conceito "guarda-chuva" que abrange o grupo diversificado de pessoas que não se identificam, em graus diferentes, com comportamentos e/ou papéis esperados do gênero que lhes foi determinado quando de seu nascimento. (JESUS, 2012, p. 15)

Inclui-se no termo transgênero um grupo diversificado de pessoas, que se expressam socialmente e se reconhecem divergentemente do órgão sexual de nascimento. Podemos ainda, classificar os transgêneros como transexuais e travestis. Já as travestis, que preferem ser tratadas no feminino, expressam uma feminilização, no entanto mantém o órgão original de nascença. Para Larissa Pelúcio, as travestis são:

> " Pessoas que nascem com o sexo genital masculino [...] e que procuram inserir em seus corpos símbolos do que é socialmente sancionado como feminino, sem, contudo, desejarem extirpar sua genitália, com a qual, geralmente, convivem sem grandes conflitos" (PELUCIO, 2006, p.3-4,).

Portanto, as mesmas apresentam uma "ambiguidade", assumindo ambos os gêneros, mas sem apresentarem maiores conflitos em relação ao gênero biológico. Feita essa distinção sobre as formas de expressão de gêneros, é possível identificar com clareza a posição ocupada pelos transexuais.

4.1. Mulheres transexuais como vítimas do Feminicídio

A lei 13.104/2015 conceitua o Feminicídio como o assassinato de uma mulher por razões da condição de sexo feminino, e, embora, a palavra gênero não conste nesse conceito, a definição deve ir muito além de um conceito biológico ou do sexo de nascimento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Conforme ensinamentos de Sanematsu:

> "Para entender o que é o feminicídio é necessário compreender o que é a violência de gênero, já que o crime de feminicídio é a expressão extrema, final e fatal das diversas violências que atingem as mulheres em sociedades marcadas pela desigualdade de poder entre os gêneros masculino e feminino e por construções históricas, culturais, econômicas, políticas e sociais discriminatórias. " (PRAZO, SANEMATSU, 2017, p-10).

A Mulher transexual, adota nome, possui aparência e comportamentos femininos, possuindo, portanto, a condição do gênero que define o sujeito passivo do crime de Feminicídio. No entanto, torna-se necessário um critério jurídico, para cumprimento da segurança jurídica indispensável no Direito, qual seja um registro oficial, que, nitidamente expresse o sexo feminino da vítima, podendo assim, ser considerada sujeito passivo do Feminicídio. Neste sentido dispõe Cezar Roberto Bitencourt:

> "Na atualidade, com essa diversificação dos espectros sexuais, para fins penais, precisa-se mais do que simples critérios biológicos ou psicológicos para definir-se o sexo das pessoas, para identifica-las como femininas ou masculinas. Por isso, quer nos pareceres que devemos nos socorrer de um critério estritamente jurídico, por questões de segurança jurídica em respeito à tipicidade estrita, sendo insuficiente simples critérios psicológicos ou biológicos para definir quem pode ser sujeito passivo desta novel qualificadora". (BITENCOURT, 2019, p.103).

Em mesmo sentido, Rogério Greco traz as circunstâncias especiais onde a mulher transexual passa a ser considerada pessoa do sexo feminino para o mundo jurídico, podendo então se tornar vítima do crime de Feminícidio, vejamos:

> "Aqui pode ocorrer que a vítima tenha nascido com o sexo masculino, havendo tal fato constado expressamente de seu registro de nascimento. No entanto, posteriormente, ingressando com uma ação judicial, vê sua pretensão de mudança de sexo atendida, razão pela qual, por conta de uma determinação do Poder Judiciário seu registro original vem a ser modificado, passando a constar, agora como pessoa do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> sexo feminino. Somente a partir desse momento é que poderá, segundo nossa posição, ser considerada como sujeito do feminicídio. Assim, concluindo, das três posições possíveis, somente este último nos traz a segurança necessária para efeitos de reconhecimento do conceito de mulher" (GREGO, 2019, 44).

O Feminicídio é uma norma penal incriminadora, e sua interpretação deve ser feita da forma mais restrita possível. Uma ampliação indevida, considerando critérios subjetivos, afrontaria o princípio da legalidade, podendo ocorrer uma condenação arbitrária, sem o devido enquadramento no expressamente previsto em lei.

Percebe-se, de acordo com a doutrina majoritária, que há exigência de uma formalidade jurídica para que a mulher transexual possa ser considerada sujeito passivo do crime de feminicídio, que seria a modificação do registro de nascimento que faça constar a qualidade de sexo feminino, preservando assim a segurança jurídica do referido tipo penal.

Aqui deve ser lembrado o projeto de Lei do Senado, nº 191/2017, de autoria do Senador Jorge Viana (PT/AC), que propôs a alteração do artigo 2º da Lei Maria da Penha (lei 11.340/2006), garantindo às mulheres oportunidades para viver uma vida sem violência, independente da identidade de gênero, encontra-se em tramitação, tendo sido aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ dia 22/05/2019.

Por outro lado, nota-se que a jurisprudência, mesmo admitindo se tratar de questão complexa, já vem se posicionando no sentido de amparar essas mulheres, respeitando a condição de feminilidade das mesmas, a maneira como elas se comportam perante a sociedade, mostrando-se favorável à aceitação dessas mudanças sociais de gênero, resguardando a proteção jurídica cabível nas demandas que lhes são apresentadas.

A título de exemplo, recentemente, mais precisamente em 08 de agosto de 2019, a 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, manteve denúncia do Ministério Público, no processo 20180710019530RSE, contra réus por tentativa de Feminicídio contra mulher transexual.

Nesta ocasião, os réus interpuseram recurso alegando que a vítima se tratava de mulher transgênero e, biologicamente, portanto, não pertencia ao sexo feminino. Ao analisar o referido recurso, os Desembargadores entenderam que há

indícios suficientes de que o crime foi motivado por ódio à condição de transexual da vítima, caracterizando menosprezo e discriminação ao gênero feminino adotado por ela, admitindo, portanto, que o sujeito passivo do crime de feminicídio deve abarcar a mulher transexual, julgando improcedente o recurso.

Vejamos o entendimento do Desembargador relator Waldir Leôncio Lopes Junior em seu voto:

> "(...) Não se pode deixar de considerar a situação de dupla vulnerabilidade a que as pessoas transgêneros femininas, grupo ao qual pertence a ofendida, são expostas "por um lado, em virtude da discriminação existente em relação ao gênero feminino, e de outro, pelo preconceito de parte da sociedade ao buscarem o reconhecimento de sua identidade de gênero"
>
> A questão é complexa e a jurisprudência, sobre a figura do feminicídio, ainda está em construção, notadamente quando se trata de crime cometido por razões de característica do sexo feminino, envolvendo menosprezo ou discriminação à condição de mulher, fora do contexto da violência doméstica e familiar. Para os Tribunais pátrios, a amplitude que se deve dar ao sujeito passivo do tipo penal do feminicídio é tema ainda mais recente, revelando o ineditismo da matéria. Na espécie, a inclusão da qualificadora do feminicídio decorreu do fato de o crime ter sido praticado (fl. 2B), "por ódio à condição de transexual de Jéssica", uma vez que, enquanto os acusados
>
> Assim, malgrado os fatos descritos na denúncia não se tratarem de violência praticada no âmbito doméstico e familiar, a imputação do feminicídio se deveu ao menosprezo ou discriminação à condição de mulher trans da ofendida (inciso II do §2º-A do art. 121 do CP), extraídos da conduta delitiva preconceituosa atribuída aos réus. Diante disso, os indícios da presença da qualificadora estão, em tese, fundamentados no acervo probatório. "

Outra questão que merece destaque a respeito do que se tem entendido nos tribunais quanto ao reconhecimento das mulheres transexuais, como vítimas de crimes antes cometidos somente contra mulheres de sexo biológico feminino, é o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que se discute no processo de Conflito de Jurisdição nº: 0032035-86.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, no Voto nº: 17979, onde o Juiz ISSA AHMED, afirmou:

> "De acordo com Maria Berenice Dias, "No que diz com o sujeito passivo, ou seja, a vítima da violência há a exigência de uma qualidade especial: ser mulher. Assim, lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros, que tenham identidade social com o sexo feminino estão sob a égide da Lei Maria da Penha". Nesse sentido já se pronunciou esta Corte de Justiça, ao decidir pela aplicação das medidas protetivas da lei em comento a indivíduo biologicamente do sexo masculino, mas com nome social feminino, que sofreu agressões de ex-companheiro. Colha-se trecho do v. acórdão de lavra da Excelentíssima Desembargadora Ely Amioka: "Assim é que a Lei nº 11.340/06 não visa apenas a proteção à mulher, mas sim à mulher que sofre violência de gênero (...). Tem-se que a expressão "mulher", contida na lei em apreço, refere-se tanto ao sexo feminino quanto ao gênero feminino. O primeiro diz respeito às características biológicas do ser humano (...) enquanto o segundo se refere à construção social de cada indivíduo (...). " No caso em exame, muito embora a vítima seja biologicamente do sexo masculino, sua identidade está assentada no gênero feminino, tanto que ostenta nome social deste gênero. Dessa forma, em prestígio ao princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser reconhecida sua identificação com o gênero feminino e a consequente vulnerabilidade no relacionamento amoroso, compatível com a ratio legis invocada, em razão da dominação do gênero masculino sobre o feminino, fazendo incidir, na apuração supostas lesões sofridas, a Lei n. 11.340/06.

Importante ressaltar ainda, no que diz respeito ao reconhecimento da condição de gênero adotado pela mulher transexual, Raquel Dodge, à época Procuradora Geral da República, em parecer da ADPF 527/DF, proposta pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais ao Supremo Tribunal Federal, onde manifestou-se favorável ao reconhecimento de manifesta violação aos direitos da dignidade da pessoa humana e da personalidade, ao manter essas mulheres presas em estabelecimento prisional incompatível com

sua identidade de gênero, e que as mesmas deveriam cumprir pena somente em unidade prisional feminina, conforme se ver:

> EMENTA: PROCESSO CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. ART. 102, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONCEITO DE "CLASSE". REVISITAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACESSO DE GRUPOS VULNERÁVEIS E MINORIAS À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. CABIMENTO. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL NA INTERPRETAÇÃO DE ATO NORMATIVO FEDERAL. LESÃO A PRECEITOS FUNDAMENTAIS. CONTRARIEDADEÀ JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIABILIDADE DA ADPF. PARÂMETROS DE ACOLHIMENTO DA PESSOA TRANSGÊNERO NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. NEGATIVA DE RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE DE GÊNERO. DIREITO À IDENTIDADE INVIDUAL E SOCIAL. DIREITOS DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA PROIBIÇÃO DE TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE, E DOS DIREITOS À IGUALDADE, À NÃO-DISCRMINAÇÃO, À SAÚDE E À SEGURANÇA PESSOAL DA PESSOA TRANSGÊNERO. CARACTERIZAÇÃO.
>
> 3. A manutenção de mulheres transexuais e de travestis identificadas socialmente com o gênero feminino em estabelecimento prisional incompatível com sua identidade de gênero contraria diversos preceitos fundamentais inscritos na Constituição Federal e em compromissos internacionais assumidos pela República Federativa do Brasil, em especial a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a não-discriminação, a saúde, a segurança pessoal e os direitos da personalidade da pessoa transgênero, justificando a imediata intervenção do Supremo Tribunal Federal para fazer cessar o quadro de violação de direitos humanos. - Parecer pelo conhecimento da ação e pelo deferimento da medida cautelar.
>
> ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 527/DF.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ao analisarmos o parecer proferido na ADPF 527/DF, demonstra-se o reconhecimento à condição de vulnerabilidade das mulheres transexuais devido à condição de gênero feminino por elas adotado, com intuito de amparo à essas mulheres que se encontram presas em estabelecimento prisional incompatível com essa condição de feminilidade assumida por elas perante o meio social, violando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da personalidade.

Portanto, é perceptível que, na doutrina majoritária o sujeito passivo do crime de feminicídio abrange também as mulheres transexuais vítimas de violência doméstica ou familiar, ou em situação de menosprezo e discriminação à condição de gênero feminino adotado por ela, desde que possua a mudança do registro civil constando a condição de sexo feminino da mesma.

Perceptível também nas decisões jurisprudenciais aqui demonstradas, a tendência dos julgadores em aceitar a possibilidade de amparo das mulheres transexuais no polo passivo do crime de feminicídio, sendo este cometido pela condição de gênero feminino que a vítima adota socialmente, devendo ser protegida juridicamente em patamar de igualdade à mulher biológica.

5. CONCLUSÃO

Com base no que foi apresentado, conclui-se que a lei 13.104/2015 e suas atualizações que tratam sobre o crime de Feminicídio são de extrema importância para consagrar a efetiva proteção para aquelas pessoas que são as principais vítimas do delito. O homicídio doloso contra mulher por razão das condições do sexo feminino encontra embasamento para sua aplicação no próprio princípio da isonomia, presente no art. 5º da Constituição Federal e se concretiza na igualdade material, já que a realidade atual do Brasil demonstra claramente que existe uma desigualdade de forças e cultural entre homens e mulheres.

O crime de Feminicídio, por caracterizar-se como o homicídio contra a mulher em razão do sexo feminino, pode incluir as mulheres transexuais em seu polo passivo. A identidade de gênero de uma pessoa corresponde à maneira como o indivíduo se reconhece com relação ao seu gênero, podendo não ter relação com seu sexo biológico ou sua orientação sexual.Nos casos em que a vítima, mesmo sendo do sexo masculino, tem sua identidade enraizada no gênero feminino, ostentando um registro oficial, nitidamente expressando o sexo feminino da vítima, poderá ser o sujeito passivo imputado no crime de Feminicídio.

Como demonstrado, já existem julgados no sentido de incluir as mulheres transexuais como vítimas do crime de Feminicídio, no entanto, tal avanço não está

ocorrendo no ritmo necessário para a atual conjuntura social, na qual os casos de preconceito e crimes sofridos pelas mulheres transexuais aumentam a cada dia, devendo os legisladores incluírem essas pessoas na proteção que lhes é devida pela condição de vulnerabilidade em que se encontram, desmistificando o conceito de mulher como sendo apenas aquela que nasce com o sexo biológico feminino, mas também aquela que para o mundo jurídico e social se comporta e apresenta como mulher detentora de todos os direitos inerentes à pessoa humana.

REFERÊNCIAS

Acórdão 1184804, 20180710019530RSE, Relator Des. WALDIR LEÔNCIO LOPES JÚNIOR, 3ª Turma Criminal, data de julgamento: 4/7/2019, publicado no DJe: 12/7/2019. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2019/informativo-de-jurisprudencia-n-396. Acesso em 30 de nov. de 2019.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 527/DF. Origem: DF ´DISTRITO FEDERAL. Relator: MIN. ROBERTO BARROSO. Redator do acórdão: MIN. ROBERTO BARROS0O (ADF-MC-Ref). Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5496473. Acesso em: 30 de nov. de 2019

ARAUJO. Luciane Marques de; PENNA, Lucia Helena Garcia. A relação entre sexo, identidades sexual e de gênero no campo da saúde da mulher. Revenferm UERJ, Rio de Janeiro, 2014 jan/fev; 22(1):134-8. Disponível em: http://www.facenf.uerj.br/v22n1/v22n1a21.pdf. Acesso em: 10 de nov. de 2019

BENTO, Berenice; PELUCIO, Larissa. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. Rev. Estud. Fem. Florianópolis, v. 20, n. 2, p. 559568, Aug. 2012. Disponível em: http://www.scielobr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-26X2012000200017&lng=en&nrm=iso>. Accessoem: 14 de nov. de 2019.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 19º edição. São Paulo, Saraiva, 2019

BRASIL, Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015. Lei Maria da Penha, Disponível em: http://www.planalto.gov.b.r/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm. Acesso om: 13 de jul. de 2019.

BRASIL, Lei nº 9434, de 04 de fev. de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm. Acesso em: 13 de jul. de 2019

BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto Lei nº 2848, de 07 de set. de 1940. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.htmlAcesso em: 10 de jul. 2019

CAPEZ. Fernando. Curso de Direito Penal. Vol. II – parte especial. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

COUTO, Rafael. Crimes contra a vida. Disponível em: https://rafaghovatto.jusbrasil.com.br/artigos/326167597/crimes-contra-a-vida. Acesso em 16 out. 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361). 8.ed. Salvador: JusPODIV, 2016.

DIRETRIZES NACIONAIS FEMINICÍDIO. Onumulheres.org.br, 2016. Disponível em:<http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_feminicidio.pdf/>. Acesso em: 16 de out. de 2019.

FEMINICIDIO: DOSSIÊ DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES. dossies.agenciapatriciagalvao.org.br, 2017. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/feminicidio/>. Acesso em: 01 de nov. de 2019

GREGO, Rogério. Curso de Direito Penal. 16º Edição. Rio de Janeiro: Imperius, 2019.

JESUS, Jaqueline Gomes de. Orientações sobre Identidade de Gênero: Conceitos e Termos. Brasília: Autor, 2012. Disponível em:http://pt.scribd.com/doc/87846526/Orientacoes-sobre-Identidade-de-Genero-Conceitos-e-Termos. Acesso em: 15 de nov. de 2019.

Manual de Comunicação LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais). ABGLT, UNAIDS, 2015. Disponível em: https://unaids.org.br/wp-content/uploads/2015/09/Manual-de-Comunica%C3%A7%C3%A3o-LGBT.pdf. Acesso em 14 de nov. de 2019.

MASSON, Cleber. Direito penal: parte especial. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PANTOLFI, Laís Macorin. Homicídio privilegiado qualificado. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65493/homicidio-privilegiado-qualificado>. Acesso em: 02 de out. de 2019.

PRADO, Débora; SANENATSU, Marina; MANG, Ligia. Feminicídio: #invisibilidademata. São Paulo: Instituto Patrícia Galvão, 2017.

PRINCÍPIOS DE YOGUAKARTA. 2007. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 21 de out. de 2019.

SILVA, Nathalia Christina Rosa da. Tráfico privilegiado: análise da hediondez do crime à luz da jurisprudência e a aplicação na execução pena. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/72934/trafico-privilegiado-analise-da-hediondez-do-crime-a-luz-da-jurisprudencia-e-a-aplicacao-na-execucao-pena/1. Acesso: 13 de out. de 2019

SOUZA, Laís Dalavia de. Lei de Crimes Hediondos: da escolha dos crimes e das suas implicações. 2014. 104 f. Dissertação (Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

STJ / TJSP; Conflito de Jurisdição 0032035-86.2018.8.26.0000; Relator (a): Issa Ahmed; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional VII - Itaquera - Vara do Juizado Especial Criminal; Data do Julgamento: 08/04/2019; Data de Registro: 10/04/2019. Disponível em:

https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/696767479/conflito-de-jurisdicao-cj-32035862018826000 0-sp-0032035-8620188260000 Acesso em: 24 de nov. de 2019.

WAISELFISZ, JulioJacobo. Mapa da violência 2015 homicídio de mulheres no Brasil. Brasília: OPAS/OMS, ONU Mulheres, SPM e Flacso, 2015 Disponível em:

Http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso: 20 de jul. de 2019.

[i] Professor, Mestre e Orientador deste artigo. Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/1311527371890806

www.conteudojuridico.com.br

UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: UM ESTUDO DE REVISÃO

MARCELO DE ALMEIDA COSTA: Bacharel em Direito, especialista em Penal e Processo Penal pela Faculdade Baiana de Direito, pós-graduado pela Universidade Católica do Salvador no curso de preparação para a carreira da Magistratura da EMAB, Analista Judiciário e Assessor do Desembargador Corregedor das Comarcas do Interior do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

RESUMO: A família sempre passa por inúmeras evoluções, seja na época de outrora, seja na época atual da pós-modernidade. A família atual gera conceitos e situações que a legislação não consegue prever. Entretanto, a sociedade evolui juntamente com as famílias, mas essa evolução não condiz com a da legislação. Por isso, outras modalidades vão surgindo sob as que existem atualmente, como no caso das uniões homoafetivas, que são consideradas verdadeiras uniões estáveis, porém com casais do mesmo sexo. Este artigo foi construído com base em materiais já publicados em outros artigos científicos, livros, entre outras fontes, ou seja, é uma revisão bibliográfica, que proporcionou embasamento teórico para elaboração do mesmo. Embora estejam regulados e reconhecidos legalmente, doutrinariamente e juridicamente os direitos dos companheiros na união estável, a lei não consegue evoluir no mesmo ritmo das famílias, haja vista que muitas mudanças ocorrem em curto espaço de tempo. A conclusão que fica é que só agora a Jurisprudência resolveu iniciar o processo de resolução de um problema que se arrasta por muitas décadas. Ainda é cedo para uma conclusão mais precisa, mas tudo indica que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não demora para ser legalizado no Brasil.

Palavras chaves: União estável homossexual; relações homoafetivas; direitos civis.

SUMÁRIO: Introdução; Evolução Histórica de União Estável; Conceito de União Estável; Breve histórico da homosexualidade no mundo; STF reconhece união estável para casais do mesmo sexo; Aspectos fundamentais na união estável homoafetiva; Os dados da união estável homoafetiva no IBGE; Conversão de União Estável em casamento; Principais projetos de lei em tramite no Brasil; Considerações Finais.

INTRODUÇAO.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O trabalho adiante exposto tem por objetivo analisar uma realidade social denominada "União Homoafetiva", cuja existência fática tornou-se forçoso reconhecer em decorrência da evolução ocorrida no seio da sociedade, que clama por um posicionamento efetivo dentro do ordenamento jurídico.

A Carta Magna de 1988 resguarda a família contemporânea sob as mais variadas formas que esta se apresenta: estabelecia através do matrimônio ou não, composta por ambos os progenitores e filhos ou de caráter monoparental, oriunda de laços sanguíneos ou por meio de adoção.

Percebe-se o cuidado com a valorização da pessoa em um significado diferente daquele codificado anteriormente. Estas novas formas de constituição de família, assim como o casamento, são baseadas no desejo de estar junto, cujo principal fator é a própria comunhão de vida.

A família sempre passa por inúmeras evoluções, seja na época de outrora, seja na época atual da pós-modernidade. A família atual gera conceitos e situações que a legislação não consegue prever.

Exatamente por isso, o judiciário tem que enfrentar constantemente fatos novos desta relação social. A Constituição Federal dispõe que a união estável será reconhecida como família. Diante disso, não há que se discutir sobre esse tipo de família, uma vez que o próprio Estado assegura sua formação.

Entretanto, a sociedade evolui juntamente com as famílias, mas essa evolução não condiz com a da legislação. Por isso, outras modalidades vão surgindo sob as que existem atualmente, como no caso das uniões homoafetivas, que são consideradas verdadeiras uniões estáveis, porém com casais do mesmo sexo.

Pode-se dizer que a regra maior da Constituição Federal é o respeito à dignidade humana (BRASIL, 1988), que implica dotar os princípios da igualdade e da isonomia de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas, no que se faz concluir que as mesmas regras da união estável devem ser utilizadas para a união homoafetiva.

No entanto, as uniões de pessoas do mesmo sexo até recentemente eram ignoradas pelo ordenamento jurídico pátrio que não assegurava aos parceiros direitos previdenciários, direitos sucessórios, direito ao benefício do seguro saúde ou qualquer outra garantia legítima em uma união estável tradicional.

Atualmente, embora ainda não haja lei formal para definir a matéria, houve um recente julgado do Supremo Tribunal Federal, que estabeleceu aos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

companheiros da relação homoafetiva duradoura e pública os mesmos diretos e deveres das famílias formadas por homens e mulheres.

Como cediço, as uniões homoafetivas são marcadas pelo preconceito, ligadas à marginalidade, característica daqueles que não têm preferências sexuais condizentes à moral e aos bons costumes. Por tratar-se de opção sexual que diverge da tradicional, ou seja, das uniões heterossexuais, as uniões homoafetivas são consideradas anormais, fora dos padrões morais.

Anormal porque a homoafetividade se distancia das regras tradicionais da família, que historicamente, é associada a casamento e concepção de filhos, necessariamente, o que faz supor sempre, uma relação heterossexual. A tradição fez com que se afastasse do conceito de família tudo o que lhe parecesse diferente ou considerado estranho, incomum, implicando na exclusão dessas diferenças calcadas no preconceito. As condutas conservadoras, que nos dias atuais ainda existem conceituam ou consideram a homoafetividade como algo doentio, uma anomalia dos tempos modernos, uma intolerância social.

Assim, a questão que norteia o presente estudo é: o direito como instrumento de dignidade da pessoa humana, deve legitimar as uniões homoafetivas?

O presente estudo analisará o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, sendo merecedora de proteção pelo Direito de Família como entidade familiar. A união homoafetiva sempre esteve presente na história da humanidade, porém nunca foi reconhecida pelo direito. O estudo se faz relevante, pois o conceito de família vem evoluindo, incluindo outras formas de entidades familiares, além da formada pelo casamento.

Um exemplo é a união estável e o da família monoparental formada por qualquer dos progenitores e seus descendentes, que passam a ser tidas como entidades familiares e merecedoras de proteção do Estado.

O estudo acerca desta temática é importante, pois a união homoafetiva no Brasil ainda esbarra no preconceito e na discriminação, fazendo-se necessária uma maior conscientização das pessoas, para fins de alteração no texto do Código Civil de 2002 reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA UNIÃO ESTÁVEL.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Conforme o Código Civil de 1916 e de acordo com o ideal social e moral da época, tinha-se como família apenas aquela resultante do casamento, sem dispensar o diploma qualquer atenção à união informal entre o homem e a mulher.

Desta forma, cita Venosa (2003, p. 35) que: "O legislador do Código Civil de 1916 ignorou a família ilegítima, fazendo apenas raras menções ao então chamado concubinato unicamente no propósito de proteger a família legítima, nunca reconhecendo direitos à união de fato. De acordo com o que preceituava o Art. 233 do CC/1916:

> Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal,
>
> função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casa l e dos filhos (art.240,247 e 251). (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962).
>
> Compete-lhe:
>
> I – a representação legal da família; (Redação dada
>
> pela lei 4.121, de 27.8.1962
>
> II – a administração dos bens comuns e particulares
>
> da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime m
>
> atrimonial adotado, ou do pacto antenupcial (arts.178, $9º, I, c, 274, 289
>
> , I e 331); (Redação dada pela lei 4.121, de 27.8.1962)
>
> III – o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique;
>
> (Redação dada pela lei 4.121, de 27.8.1962)
>
> IV – prover a manutenção da família, guardada as disposições dos art. 275e 277; (inciso V renumerado e alterado pela Lei nº
>
> 4.121, de 27.8.1962)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O doutrinador argumenta ainda que fora a sociedade que, em determinado momento histórico, instituíra o casamento como regra de conduta, fazendo surgir a problemática da união conjugal sem casamento. (VENOSA, 2003, p. 49).

As uniões não formalizadas pelo casamento eram consequentemente, discriminadas no meio social, bem como os filhos que dela sobreviessem, não sendo estes considerados legítimos.

Foi a Constituição Federal de 1988 que erigiu a união informal entre homem e mulher ao status de entidade familiar. Dispõe o art. 226, § 3º, da CRFB/88, in verbis:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> (...)
>
> § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

A união estável passou a ser modalidade de entidade familiar, de forma que o Estado passou a proteger relacionamentos outros além dos constituídos pelo casamento. Nesse sentido, leciona Rodrigues (2002, p. 284): "Assim, a família nascida fora do casamento, sempre que derive da união estável entre o homem e a mulher, ganha o novo status dentro do nosso direito".

Corrobora com o entendimento desse doutrinador Maria Berenice Dias (2007, p. 138): "A sacralização do casamento faz parecer que seja essa a única forma de constituir a família. Mas é à família, e não ao casamento, que a Constituição chama de base da sociedade, merecedora da especial atenção do Estado (CF227)".

Ainda nesse contexto, e pela mesma doutrinadora, tem-se a seguinte lição:

> A Constituição, ao garantir especial proteção à família, citou algumas entidades familiares, as mais freqüentes, mas não as desigualou. Limitou-se a elencá-las, não lhes dispensando tratamento diferenciado. O fato de mencionar primeiro o casamento, depois a união estável e, por último, a família monoparental não significa qualquer preferência nem revela escala de prioridade entre eles. Ainda que a união estável não se confunda com o casamento, ocorreu a equiparação das entidades familiares, sendo todas merecedoras da mesma proteção. (DIAS, 2007, p. 156-7).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Conceito de União Estável

União estável é a relação de convivência entre dois cidadãos que é duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição familiar, desde que não se evidenciem os impedimentos para o casamento dos conviventes, previstos no art.1531 do Código Civil, admitindo-se, no entanto, como convivente "pessoa casada separada de fato ou judicialmente".

Notemos que o Código Civil de 2002 (art. 1.723) não delimita prazo para a união estável, exigindo apenas que seja "pública, contínua e duradoura".

Não é necessário que morem juntos, isto é, podem até ter domicílios diversos, mas será considerada união estável, desde que existam elementos que o provem, como por exemplo, a existência de filhos. Na união estável prevalece o regime da comunhão parcial de bens, mas pode haver um contrato entre as partes sobre os bens dos companheiros com a mesma flexibilidade admitida no pacto ante-nupcial.

O art. 1724 demonstra que "as relações pessoais entre os companheiros deverão obedecer aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento, e educação dos filhos". E por último, o artigo 1726 do Código Civil preceitua que "a união estável pode converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil"

De acordo com Junqueira (2003, p. 149) a união estável "(...) é a união estabelecida entre o homem e a mulher, sem que haja a celebração do casamento".

O Novo Código Civil dispõe no art. 1723:

> É reconhecida como entidade familiar 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.
>
> § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso
>
> VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.
>
> § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Breve histórico da homosexualidade no mundo

Segundo narra Costa (1995), "a história da humanidade é repleta de paixão, amor e sexo. Relações amorosas entre homens e mulheres ou entre homens e outros homens muitas vezes chegaram até a decidir o destino de nações inteiras".

Na tradição ocidental, relatos de relações homossexuais são frequentes na Antiguidade Clássica e no que tange especificamente ao Império Romano. Não há indício de homofobia senão o surgido mais tarde, com o advento do cristianismo como culto único, após a expansão do Império Romano e a conversão religiosa maciça de povos bárbaros que formaram a nova cultura cristã ocidental, que aboliu de seu ordenamento canônico qualquer permissão a esse comportamento humano.

A igreja católica então se impõe de forma veemente, passando a condenar criminalmente o ato sexual entre homens e, durante o período Justiniano, a prática homossexual era tratada com mais rigor ainda.

Na Idade Média o ato sexual estava estritamente ligado à procriação, fruto do avassalador domínio que a igreja exercia sobre a sociedade, e qualquer outro ato sexual que fugisse a esse objetivo era entendido como pecado. O pensamento daquela época estava concentrado na Igreja Católica Apostólica Romana, e os pensadores naquele momento histórico eram representados por figuras como Santo Agostinho e São Thomás de Aquino, que reiteravam os ecoantes pecados praticados *secundun naturam* e *contra naturam,* na abominação dos atos sexuais extraconjugais, ou mesmo os conjugais quando os objetivos fossem apenas o prazer carnal.(COSTA, 1995)

Com a revolução industrial e o surgimento do capitalismo, o processo de urbanização se acelera, e a produção cultural é incrementada, fugindo do controle da igreja como era até então, estudos voltados à psique humana, trazidos por Freud, retiram de certa forma o caráter marginal que envolvia os indivíduos homossexuais.

Entre as décadas de 1910 e 1920 surge na Europa o ápice do movimento que pretendia a reforma da estruturas legais de punição a homossexuais, repercutindo na Rússia e Alemanha com a queda de suas leis anti- homossexuais. Já nas décadas de 1940 e 1950, o foco do movimento passa a ser os EUA, cuja maior luta era a construção de um espaço social mais "respeitável" para homens e mulheres gays. (SIMÕES, 2009).

STF reconhece união estável para casais do mesmo sexo

O Supremo Tribunal Federal, a corte constitucional do país, reconheceu às uniões homoafetivas, na data de 05/05/2011, o status de entidade familiar, estendendo a estas relações a mesma proteção destinada à união estável prevista no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal (CF), e no artigo 1723, do Código Civil. O artigo 1723 do Código Civil dispõe que: "É reconhecida como entidade familiar 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". Logo, retirando-se as expressões homem e mulher do dispositivo, o instituto da união estável passa a ser aplicado à união homoafetiva com todas as suas disposições, ou seja, sem restrições, inclusive a possibilidade de sua conversão em casamento, estando os demais órgãos do Poder Judiciário vinculados a esta decisão.

Os ministros do STF, ao julgarem a ADIn 4277 e a ADPF 132, reconheceram, por unanimidade, a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela PGR e pelo governador do RJ, Sérgio Cabral.

A ADIn 4277 foi protocolada na Corte inicialmente como ADPF 178. A ação buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Pediu, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Já na ADPF 132, o governo do Estado do RJ alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da CF. Com esse argumento, pediu que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do CC, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do RJ.

O ministro Ayres Britto argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. "O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica", observou o ministro, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF.

Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Aspectos fundamentais na união estável homoafetiva

Pode-se dizer que a regra maior da Constituição Federal é o respeito à dignidade humana (BRASIL, 1988), que implica dotar os princípios da igualdade e da isonomia de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas, no que se faz concluir que as mesmas regras da união estável devem ser utilizadas para a união homoafetiva.

No entanto, as uniões de pessoas do mesmo sexo até recentemente eram ignoradas pelo ordenamento jurídico pátrio que não assegurava aos parceiros direitos previdenciários, direitos sucessórios, direito ao benefício do seguro saúde ou qualquer outra garantia legítima em uma união estável tradicional.

Atualmente, embora ainda não haja lei formal para definir a matéria, houve um julgado do Supremo Tribunal Federal, que estabeleceu aos companheiros da relação homoafetiva duradoura e pública os mesmos diretos e deveres das famílias formadas por homens e mulheres.

Pois bem, o que muda então com esse novo entendimento? Os itens abaixo apontam o que realmente mudará após este novo entendimento (DIAS, 2011):

"a) comunhão parcial de bens: conforme o Código Civil, os parceiros em união homoafetiva, assim como aqueles de união estável, declaram-se em regime de comunhão parcial de bens;

b) pensão alimentícia: assim como nos casos previstos para união estável no Código Civil, os companheiros ganham direito a pedir pensão em caso de separação judicial;

c) pensões do INSS: atualmente, o INSS já concede pensão por morte para os companheiros de pessoas falecidas, mas a atitude ganha maior respaldo jurídico com a decisão;

O Ministério da Previdência Social, através da Portaria nº 513, de 9 de dezembro de 2010, assinada pelo ministro Carlos Eduardo Gabas, estabelece que, no âmbito do Regime Geral da Previdência Social, os dispositivos da Lei nº 8213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários devem

ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

d) planos de saúde: as empresas de saúde em geral já aceitam parceiros como dependentes ou em planos familiares, mas atualmente, se houver negação, a Justiça pode ter posição mais rápida;

Desde maio de 2010, a Agencia Nacional de Saude (ANS) determinou que as operadoras de planos de saúde devem aceitar como dependentes os companheiros homossexuais que vivem em união estável.

e) políticas públicas: os casais homossexuais tendem a ter mais relevância como alvo de políticas públicas e comerciais, embora iniciativas nesse sentido já existam de maneira esparsa;

f) imposto de renda: por entendimento da Receita Federal, os homossexuais já podem declarar seus companheiros como dependentes, mas a decisão ganha maior respaldo jurídico;

Nota técnica nº 47/2010/COGES/DENOP/SRH/MP – O companheiro homoafetivo pode ser incluído como dependente para efeito de dedução do Imposto sobre a Renda da Pessoa Fisica, desde que tenha vida em comum por mais de 5 (cinco) anos, conforme parecer PGFN/CAT nº 1503/2010, de 19 de julho de 2010, aprovado pelo ministro de Estado da Fazenda em 26 de julho de 2010.

Pode-se retroagir o lançamento até cinc anos através da declaração retificadora, Ressalta-se que os rendimentos e despesas devem ser declaradas pelo valor correspondente ao período de dependência. A dedução entretanto sera pelo valor total permitida pela Receita.

O cônjuge ou companheiro que passou a ter rendimentos próprios no curso do ano calendário e que apresenta declaração em separado não pode constar como dependente na declaração apresentada pelo outro cônjuge ou companheiro.

g) sucessão: para fins sucessórios, os parceiros ganham os direitos de parceiros heterossexuais em união estável, mas podem incrementar previsões por contrato civil;

O STF em decisão de novembro de 2011, ao tratar do direito sucessório reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada (STF, RE 646.721, Rel ministro Marco Aurelio, p. 11/11/2011). Assim as questões envolvendo o mesmo tema questionado obedecerão a decisão do STF, podendo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ser decididas nas mesmas Varas de origem. Decisões anteriores também poderão ser objeto de retratação na origem. As uniões homoafetivas aplicam-se nas mesmas regras sucessórias previstas no art. 1.790 do Código Civil, concernentes aos companheiros ou companheiras, que permitem participar da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

h) licença-gala: alguns órgãos públicos já concediam licença de até 9 dias após a união de parceiros, mas a ação deve ser estendida para outros e até para algumas empresas privadas;

i) adoção: a lei atual não impede os homossexuais de adotarem, mas dá preferência a casais, logo, com o entendimento, a adoção para os casais homossexuais deve ser facilitada."

Embora seja este o atual entendimento, ainda é notório o preconceito quanto à união estável homoafetiva, todavia, nada adiantará assegurar direitos a essa união enquanto a dignidade humana e a liberdade estão sofrendo discriminação.

No entendimento de Washington de Barros Monteiro (2008, p. 17): "Enquanto houver segmentos alvos da exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito".

Nas palavras de Cristiano Chaves (2010, p. 22):

> "Ainda que se conceitue família como uma relação interpessoal entre um homem e uma mulher, tendo por base o afeto, necessário reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, são cunhados também por um elo de afetividade. Os relacionamentos afetivos, independentemente da identificação do sexo do par – se formados por homens e mulheres, ou só por mulheres, ou só por homens – são alvos de proteção, em razão da imposição constitucional do respeito à dignidade humana."

Caso haja impossibilidade de se reconhecer os direitos de uma união estável homoafetiva, será um ato absolutamente discriminatório, pois, essas uniões são relacionamentos que surgem de um vínculo afetivo, gerando o enlaçamento de vidas com desdobramentos de caráter pessoal e patrimonial, estando a reclamar um regramento legal.

Conforme assevera Maria Berenice Dias (2010, p. 14):

> "Reconhecer como juridicamente impossíveis ações que tenham por fundamento uniões homossexuais é relegar situações existentes à invisibilidade e ensejar a consagração de injustiças e o enriquecimento sem causa. Nada justifica, por exemplo, deferir uma herança a parentes distantes em prejuízo de quem muitas vezes dedicou uma vida a outrem, participando na formação do acervo patrimonial. Descabe ao juiz julgar as opções de vida das partes, pois deve se cingir apreciar as questões que lhe são postas, centrando-se exclusivamente na apuração dos fatos para encontrar uma solução que não se afaste de um resultado justo."

Incabível, portanto, que as convicções subjetivas impeçam seu enfrentamento e vedem a atribuição de efeitos, relegando à marginalidade determinadas relações sociais, pois a mais cruel consequência do agir omissivo é a perpetração de grandes injustiças. (DIAS, 2010)

Nesta seara, e conforme o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter uma relação duradoura, pública e contínua, como se casados fossem, formando um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que pertencem, torna-se imperioso identificá-la como geradoras de efeitos jurídicos.

Em face do silêncio do constituinte e da omissão do legislador, deve o juiz cumprir a lei e atender à determinação constante do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (BRASIL, 2002, p. 225) e do artigo 126 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973, p. 573), não podendo deixar de julgar determinados casos por ausência de legislação. Foi exatamente isto que o STF fez, estendeu os efeitos da união estável aos casais do mesmo sexo na ausência de uma regulação própria.

Os dados da união estável homoafetiva no IBGE

Nunca havia sido realizado nenhum tipo de pesquisa referente às questões homoafetivas no Brasil, no entanto, o Censo Demográfico do ano de 2010, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), trouxeram novas perguntas com objetivo de estar mais atualizado em relação às mudanças da sociedade brasileira nos últimos anos.

Uma das novidades foi a inclusão da pergunta sobre a existência de cônjuge ou companheiro do mesmo sexo no domicílio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Tal questionamento teve por fundamento a nova concepção de família, onde traz a evolução da sociedade e como estão se comportando, atualmente, as convivências familiares.

A novidade elaborada pelo censo contribuiu para uma nova mentalidade, uma vez que trouxe a comprovação da mais nova forma de constituição de família, que é a união estável homoafetiva. Ainda não possuímos o resultado de tais pesquisas, mas a existência das mesmas já é um indicativo que o Estado brasileiro não é indiferente à esta união.

Além do mais, o instituto da união homoafetiva só será bem delineado se for bem estudado pelo Estado, desta maneira as futuras leis que regularão a matéria terão embasamento fático e maior potencial de efetividade.

Conversão de União Estável em casamento

Um casal que mantêm uma união estável, desde que não tenham impedimento para se casarem, podem transformá-la em casamento, bastando para isso comparecerem no Cartório do Registro Civil de sua residência apresentando os mesmos documentos necessários para o casamento. Decorrido o prazo de 15 dias após o pedido da habilitação, não tendo aparecido impedimento, os conviventes retornam ao cartório para retirar a certidão do registro da conversão da união estável em casamento.

Para marcar o casamento, é indispensável a presença dos pretendentes e de duas testemunhas maiores de 18 anos, conhecidas do casal.

As testemunhas deverão estar munidas de documento de identificação original não replastificado (R.G, RNE, CNH modelo atual Lei Federal 9503/97,com o prazo de validade em vigor, Carteira de exercicio profissional Lei Federal 6206/75 ou Passaporte dentro do prazo validade, que na hipótese de estrangeiro devera estar com prazo do visto não expirado).Se o estado civil for de separado judicialmente ou extrajudicialmente, divorciado ou viúvo, devera ser apresentada a certidão do casamento para correta identificação. Essas testemunhas vão atestar no momento da habilitação a inexistência de impedimentos para o casamento.No dia da celebração do casamento, será necessária também a presença de duas testemunhas (padrinhos), podendo ser as mesmas do dia da habilitação.

Se os nubentes não puderem assinar, será necessária a presença de três (3) testemunhas maiores de 18 anos, munidas de documento de identificação original não replastificado (R.G., RNE, CNH modelo atual Lei Federal 9503/97,com

o prazo de validade em vigor, Carteira de exercicio profissional Lei Federal 6206/75 ou Passaporte dentro do prazo validade, que na hipótese de estrangeiro devera estar com prazo do visto não expirado) na data da habilitação, pois uma assinará a rogo e duas atestarão a inexistência de impedimentos. Se este casamento for realizado fora da sede do cartório, serão necessárias no mínimo quatro testemunhas no momento da celebração.

O prazo de validade da certidão de habilitação são de 90 dias. Expirado esse prazo, os nubentes deverão habilitar-se novamente.

Pela lei civil vigente, qualquer dos nubentes querendo, poderá acrescer ao seu, o sobrenome do outro, vedada a supressão total do sobrenome de solteiro(a).

É dever do oficial do registro civil, esclarecer os nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento; bem como sobre os diversos regimes de bens.(artº 1548 e seguintes do Código Civil).

Sendo estrangeiros os nubentes, que não falem a língua nacional, deverá estar acompanhado de um Tradutor Público Juramentado com Registro na Junta Comercial, portando o original da Carteira de Registro no respectivo órgão.

Todos os documentos estrangeiros, deverão estar legalizados pelo Consulado ou Embaixada do Brasil, traduzidos por tradutor publico juramentado e registrados no Registro de Títulos e Documentos.

Os pedidos de conversão da união estável homoafetiva em casamento devem ser encaminhados ao juis da Vara de Registros Públicos ou da Vara de Família.

Principais projetos de lei em tramite no Brasil

Existem projetos de lei em trâmite na Câmara dos Deputados que visam regulamentar a união estável homoafetiva e que vedam expressamente direitos, como por exemplo, a adoção.

Abaixo, os projetos de lei:

a) Projeto de Lei nº. 7.018/2010: veda a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo;

b) Projeto de Lei nº. 4.508/2008: proíbe a adoção por homossexual;

c) Projeto de Lei nº. 1.151/1995: disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

d) Projeto de Lei 379/2003: institui o Dia Nacional do Orgulho Gay e da Consciência Homossexual.

Em relação ao Projeto de Lei nº. 7018/10, que veda a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo e que está em tramite na Câmara dos Deputados, tem por fundamento modificar a redação do artigo 42, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990).

Atualmente, a redação do parágrafo segundo dispõe da seguinte forma:

> *"Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.[...]§ 2º. Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família."* (Lei nº. 8.069, 1990).

Logo, como estão sendo aceitas, ainda que timidamente, as uniões estáveis homoafetivas, não existiria proibição para a adoção por pessoas do mesmo sexo nessa condição. Há, contudo, muita discussão e divergência.

Sem embargo, o texto do Projeto de Lei nº. 7018/2010 dispõe da seguinte forma:

> *"Art. 1º. Esta lei altera o parágrafo 2º do artigo 42 da Lei nº. 8.069, de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, para proibir a adoção por casais do mesmo sexo.Art. 2º. O parágrafo 2º do artigo 42 da Lei nº. 8.069, de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:*
>
> *Art. 42. [...][...]§ 2º. Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família, sendo vedada a adotantes do mesmo sexo.Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação".* (Projeto de Lei nº. 7.018, 2010).

Com efeito, se for aprovado o respectivo Projeto de Lei, fica a indagação sobre a aplicação do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988, p. 22), que dispõe: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Não seria esta uma distinção legal sem fundamento na efetivação da igualdade material?

Ademais, cai por terra todo o direito que se teria um casal estável gay, uma vez que ao mesmo tempo em que se dá direitos aos mesmos, se tira, pois a qualquer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

um seria permitido adotar uma criança ou adolescente, salvo aqueles casais do mesmo sexo.

Seria um retrocesso e uma falta de observância dos princípios emanados da Constituição brasileira, como por exemplo, o da igualdade e isonomia.

Considerações Finais

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), no tocante aos direitos e garantias fundamentais, visa resguardar um mínimo de dignidade aos cidadãos. Depois da vida, o bem mais precioso que o ser humano pode possuir é a família.

Embora estejam regulados e reconhecidos legalmente, doutrinariamente e juridicamente os direitos dos companheiros na união estável, a lei não consegue evoluir no mesmo ritmo das famílias, haja vista que muitas mudanças ocorrem em curto espaço de tempo.

Como exemplo, é o novo entendimento da jurisprudência brasileira aliada a recente decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à união estável homoafetiva, ou seja, do reconhecimento da união estável por pessoas do mesmo sexo.

A conclusão que fica é que só agora a Jurisprudência resolveu iniciar o processo de resolução de um problema que se arrasta por muito tempo. Ainda é cedo para uma conclusão mais precisa, mas tudo indica que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não demora para ser legalizado no Brasil.

Referências

ALVES, Magda. **Como escrever teses e monografias: um roteiro passo a passo**. 2ª reimpressão, Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo.** 3 ed. Lisboa: Edições 70. 2002.

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil de 1988**. Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 mar. 2012.
BRASIL. **Lei nº. 8.971, de 29 dez. 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e a sucessão.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 mar. 2012.
BRASIL. **Lei nº. 9.278, de 10 maio 1996. Regula o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 mar. 2012.
BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 jan. 2002. Institui o Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 mar. 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Lei nº. 5.869, de 11 jan. 1973. Institui o Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 mar. 2012.

BRASIL. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916.

BRANDÃO, D. V. C. **Parcerias homossexuais: Aspectos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRITO, F. de A. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**. São Paulo, 2000.

CAPPARELLI, J. C. **Manual sobre o matrimônio no direito canônico**. São Paulo: Paulinas, 1999.

CHAVES, Cristiano. **A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida**. Disponível em: <http://www.revistapersona.com.ar/9farias.htm> acessado em 02 de outubro de 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Separação e Divórcio**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 30 mar. 2014.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FEB. **Federação Espírita Brasileira**. Disponível em: <http://www.feb.org.br>. Acesso em: 10 mar. 2014.

COSTA, R.P. **Os onze sexos: As múltiplas faces da sexualidade humana**. 4.ed.São Paulo, 1995.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Separação e Divórcio**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 30 mar. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** São Paulo: Atlas, 2001.

GERBRASE, A.B. **Relações humanas: direitos e conquistas**. São Paulo, 2012.

SIMÕES, J.A. Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT. São Paulo, 2009.

www.conteudojuridico.com.br

A SITUAÇÃO DA MULHER GESTANTE, PUÉRPERA OU COM FILHO DE ATÉ 12 ANOS NO CONTEXTO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

LUISA CASTELO BRANCO DE ALMEIDA: Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais (Fajs), do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

RESUMO: O trabalho pretende analisar as dificuldades enfrentadas para o cumprimento da constrição intramuros da mulher gestante, puérpera ou com filho de até 12 anos e suas implicações não somente para a mãe, como também para o filho que carrega. Também busca soluções tanto para resgatar os direitos constitucionais dessas mulheres como para restaurar o poder estatal de punir e executar penas visando à redução da criminalidade e ressocialização do preso. Quanto à metodologia, será utilizada a referência literária e o exame de instrumentos normativos. A coleta de dados deu-se por meio de bancos oficiais do governo e de artigos científicos. O artigo aborda inicialmente a realidade estrutural das penitenciárias brasileiras, destacando as razões que impedem a acomodação digna de mulheres no exercício da maternidade e as peculiaridades do gênero nas prisões. No segundo capítulo, trata-se da criminalidade sob a ótica feminina. Já a terceira e última parte reúne os entendimentos jurisprudenciais mais recentes sobre o tema e possíveis medidas capazes de transformar a maneira de punir no país, ensejando a obtenção de melhores resultados na redução da criminalidade e no cumprimento de garantias constitucionais nas prisões brasileiras.

Palavras-chave: Gênero. Mulheres encarceradas. Maternidade. Prisão.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 A REALIDADE ESTRUTURAL DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. 1.1 Saúde materno-infantil. 2 A CRIMINALIDADE FEMININA E O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL. 2.1 Relação entre gênero e natureza dos crimes cometidos. 2.2 Fases da persecução penal. 2.2.1 Investigação, julgamento e execução da pena. 2.3 Medidas cautelares. 2.3.1 Prisões cautelares. 2.3.2 Medidas cautelares diversas da prisão. 3 A CRIAÇÃO DE UM SISTEMA PUNITIVO DIFERENCIADO. 3.1 Um novo modelo de unidades prisionais. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A necessidade de discutir o encarceramento feminino e suas peculiaridades inerentes ao gênero é urgente no Brasil, devido ao crescente número da população prisional. Paradigmas outrora estabelecidos já não mais se mostram suficientes para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

amparar as mulheres que se encontram exercendo a maternidade dentro de prisões, além do que as regras ora vigentes para proteger os direitos da mulher são corriqueiramente desobedecidas no dia a dia das penitenciárias.

O presente trabalho aborda o sistema punitivo adotado no Brasil em relação à mulher que se encontra na iminência da maternidade, tenha filhos recém-nascidos ou com até 12 anos de idade. A partir da ampla discussão atualmente em voga a respeito da situação inconstitucional vivenciada pelas mulheres no sistema penitenciário brasileiro, foi realizada pesquisa que mostrasse a realidade da maioria das penitenciárias brasileiras, bem como as dificuldades enfrentadas na oferta de condições ideais de vida pelo Estado.

Nesse contexto, o comparativo entre o gênero e a natureza dos crimes cometidos para exame da razão da prática de condutas ilícitas por parte das mulheres foi essencial para que se elucidasse o contexto da criminalidade feminina e se entendesse os motivos que permeiam o aumento da população prisional em anos recentes.

Naturalmente, após a prática de ilícitos penais, exige-se uma resposta do sistema criminal, decisivo para a proteção da sociedade e defesa do Regime Democrático de Direito, motivo pelo qual é analisado o funcionamento do processo de persecução penal.

Outrossim, os entendimentos jurisprudenciais mais recentes voltados para a busca de mudança do atual cenário servem para adequar as normas às constantes mudanças na sociedade e eventuais descumprimentos de formalidades legais no atendimento às necessidades das mulheres intramuros.

É essencial que o sistema de justiça criminal e a Administração Pública implementem mudanças para melhorar a gestão das penitenciárias brasileiras e criar novo modelo punitivo. Assim, os direitos das mães e crianças sob a tutela do Estado serão observados, de modo que este recupere o poder de punir de forma plena e produza efetiva redução da criminalidade feminina.

1 A REALIDADE ESTRUTURAL DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Segundo levantamento nacional de informações penitenciárias, Infopen, atualizado em junho de 2016, o Brasil possui 726.712 mil pessoas privadas de liberdade, o que representa um aumento de 707% em relação ao total registrado no início da década de 90. Em se tratando do número de vagas nos

estabelecimentos prisionais, observou-se um déficit total de 358.663 mil vagas e uma taxa de ocupação média de 197,4% em todo o país.[1]

O levantamento constatou que, em todo o Brasil, 89% da população prisional encontra-se privada de liberdade em unidades com déficit de vagas, independentemente do regime de cumprimento da pena. O dado também revela que 78% dos estabelecimentos prisionais se encontram superlotados em todo o país.[2]

Em relatório do Conselho Nacional do Ministério Público foi verificado que as unidades penitenciárias de todas as regiões do Brasil enfrentam escassez de itens materiais essenciais à dignidade humana do preso, como camas, colchões, toalhas e roupas de cama. Em informação que chama atenção, foi constatado que para 1.438 presos, em média são disponibilizadas apenas 490 camas.[3]

Ainda, é descrito no relatório certa ocasião em que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) enviou ofício ao Ministério Público relatando sérias irregularidades, averiguadas em inspeções no sistema carcerário do Rio Grande do Norte. Fora registrada situação de precariedade em centros de detenção provisória, com estruturas físicas que se assemelhavam a masmorras, necessitando serem desativados com urgência.[4]

Dentre as diversas violações aos direitos humanos, na ocasião foi constatado celas superlotadas, fétidas, úmidas; presos provisórios e definitivos em uma única cela; presos devedores de alimentos recolhidos junto aos presos comuns; internas gestantes e puérperas dividindo celas superlotadas com presas comuns; ausência de fornecimento de material básico para higiene pessoal; precário sistema de escolta e transporte dos presos, com constantes adiamentos das audiências designadas pelos juízos criminais; ausência ou irregularidades quanto ao acesso à saúde por parte dos presos; alimentação imprópria para consumo humano.[5]

Posteriormente, gerou espanto a informação de que o referido estado havia devolvido verbas recebidas para construção ou reforma de estabelecimentos prisionais, algo destoante com a realidade – descrita acima – que a população carcerária do estado vivia. A inércia foi tamanha que, com o aumento do número de presidiários e queda na quantidade de vagas, em março de 2015 foi iniciada uma série de motins no Rio Grande do Norte.[6]

É importante ressaltar que o Brasil possui tratados internacionais de direitos humanos já ratificados[7], como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de São José da Costa Rica)[8]. Apesar de não ter sido incorporada na forma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

do art. 5°, §3°, da Constituição Federal, quando teria natureza de norma constitucional, ainda possui caráter de norma supralegal.

Está disposto, no artigo 5.1 do referido pacto, que toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. Posteriormente, no artigo 5.2, prevê que ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Além de toda pessoa privada da liberdade dever ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.[9]

O Subcomitê sobre a Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis[10], após realizar visitas à diversas penitenciárias brasileiras, demonstrou preocupação com as condições materiais de detenção no Brasil. Em vários locais visitados, foi constatado alto grau de insalubridade nas celas, inviáveis para uso. Presos relataram não possuírem papel higiênico, detergente, sabonete ou pasta de dente. Em razão da superlotação, foi observado a falta de camas e roupas de cama limpas para todos os detentos.[11]

Foi também avaliado pelo Subcomitê que a superlotação compromete a saúde física, mental e a dignidade dos detentos, sujeitando-os a um aumento do risco de contrair doenças infectocontagiosas. Ademais, sinalizam que a superlotação exacerba o nível de estresse dos detentos, forçando-os a competir por espaços e recursos limitados, o que aumenta o risco de violência com relação não apenas a outros detentos, mas também com os funcionários. [12]

Em certo ponto do relatório, o Subcomitê relata possuir preocupações com relação às alegações de maus-tratos graves a detentos, realizando a observação de que muitos dos presidiários são dissuadidos a apresentarem queixa. Termina enfatizando a urgência e necessidade de se apurar o comportamento de tortura exercido por agentes de estado, a fim de cessar a agressão mental e física sobre os presos. [13]

É nítida a casualidade que a administração pública demonstra no que diz respeito ao oferecimento de essenciais condições de vida ao preso. Nota-se que os detentos recebem não somente a punição do Estado pelo crime que lhes foi imputado, mas também carga extra sancionatória a partir da retirada de preceitos constitucionais que lhes são garantidos no texto da Constituição Federal.

O art. 5°, caput, da Constituição Federal, aduz que 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.[14]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ademais, dispõe o art. 1°, III, da Constituição Federal, que a República Federativa do Brasil possui como fundamento, entre outros, a dignidade da pessoa humana. [15] Dignidade, segundo o dicionário Silveira Bueno da língua portuguesa, significa respeitabilidade; autoridade moral.[16]

Ainda em seu art. 5°, inciso III, afirma que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Outrossim, o inciso XLIX do referido artigo também prevê que será assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral, assim como a não aplicação de penas cruéis.[17]

Em importante julgamento da ADPF 347 MC/DF foi reconhecido o "estado de coisas inconstitucional" relativo ao sistema penitenciário brasileiro. Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio esclarece:[18]

> A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública – do Legislativo ou do Executivo de uma particular unidade federativa –, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade.

Atualmente, o Brasil ocupa a 4ª colocação de maior população carcerária feminina do mundo. Em dezembro de 2016 foi verificado que 44.721 mil mulheres se encontravam privadas de liberdade, em atualização do Ministério da Justiça.[19] Entre os anos de 2000 a 2016 a população carcerária feminina aumentou 656%, enquanto a população carcerária masculina aumentou 293%.[20]

Contudo, ainda é visível a ausência de informações que tragam maior entendimento sobre a situação de pessoas do gênero feminino no sistema prisional brasileiro, até mesmo nos bancos oficiais do governo.[21]

Em 1957 a Assembleia Geral da ONU aprovou as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso, com princípios e orientações de organização institucional e prática penitenciária. Já as mulheres e jovens privadas de liberdade somente tiveram seus direitos e especificidades protegidos pela legislação internacional 50 anos depois, com a aprovação em 2010, pela mesma Assembleia, das Regras para o Tratamento das Mulheres Presas (Regras de Bangkok).[22]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O objetivo das 'Regras de Bangkok' foi tratar sobre o universo feminino no cárcere, já que as mulheres constituem percentagem minoritária no sistema prisional e muitas de suas peculiaridades e necessidades são ignoradas pelo sistema de justiça, normalmente concebidos pela perspectiva masculina, destinada à homens. Visa também estabelecer certo parâmetro mínimo no atendimento a estes pressupostos específicos do gênero.[23]

A Lei de Execução Penal previu a separação dos encarcerados por gênero, ou seja, um estabelecimento prisional diferenciado para presos femininos e masculinos.[24]Foi verificado, em 2014, a existência de 1.420 unidades prisionais no sistema penitenciário estadual. A maior parte deles (74%) são destinados exclusivamente ao público masculino e 7% são voltados ao público feminino. O restante (17%) é misto, onde poderá haver uma sala ou ala específica para mulheres dentro de um estabelecimento anteriormente masculino.[25]

No que concerne ao trabalho exercido por aquelas que se encontram privadas de liberdade dados indicam que, em todo o Brasil, 24% da população prisional feminina está envolvida em atividades laborais, internas e externas aos estabelecimentos penais. Estados que se destacam por um número superior à média supracitada são Amapá, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Sul e Sergipe.[26]

Já com relação a educação, avaliando as atividades de ensino escolar (alfabetização, formação de ensino fundamental até superior, cursos técnicos acima de 800 horas, formação inicial e continuada) e atividades complementares, constata-se que apenas 25% da população prisional feminina está envolvida em alguma modalidade de ensino e atividades complementares.[27]

Estados como Bahia, Espírito Santo e Pernambuco apresentam mais de 40% de sua população envolvida em atividades de ensino escolar, já Alagoas, Goiás e Rio Grande do Norte apresentam um baixo contingente de mulheres com acesso a esse direito básico.[28]

1.1 Saúde materno-infantil

O constituinte e o legislador atentaram-se à importância de estabelecer a inclusão de normas constitucionais e infraconstitucionais, respectivamente, específicas às mulheres presas, assim como a previsão de condições especiais de tratamento no sistema prisional, no período em que se encontram sob tutela do Estado. Nota-se, inclusive, que muitas delas dizem respeito à mulher encarcerada gestante ou puérpera.

Quando a mulher privada de liberdade se encontra gestante, a sistemática utilizada, na maior parte dos estados brasileiros, consiste na transferência desta em seu terceiro trimestre de gestação à unidade prisional responsável por abrigar mães com os seus filhos, geralmente localizadas nas capitais e regiões metropolitanas. Após realizado o parto, permanecem com seus filhos na referida unidade por período que varia de 6 meses a 6 anos (maioria entre 6 meses e 1 ano), quando então a criança é entregue à família. [29]

O artigo 5°, inciso L, da Constituição Federal, dispõe que às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.[30]A previsão constitucional estabelece que as referidas condições serão providenciadas e fornecidas pelo Estado.

Também dispõe a Lei 11.942/2009, que deu nova redação aos artigos 14, 83 e 89 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei de Execução Penal, sobre a necessidade de assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência:

> Art. 1º O art. 14 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte § 3º:
>
> Art. 14. [...]
>
> § 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.
>
> Art. 2º O § 2º do art. 83 e o art. 89 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, passam a vigorar com a seguinte redação:
>
> Art. 83. [...]
>
> § 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.
>
> Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. [...][31]

Entrevistadas algumas mulheres que haviam passado ou passavam pela condição de gestantes no sistema prisional, foi apurado[32] que 93% delas tiveram acesso à atenção pré-natal, mas apenas 32% receberam atenção classificada como adequada ou mais que adequada. A maioria, 77%, recebeu o cartão de pré-natal. Ainda, mais de 60% das mulheres disseram terem sido atendidas em até 30 minutos após o início do trabalho de parto e 8% delas informaram demora de mais de 5 horas. [33]

Em estados como Acre e Rio de Janeiro, mais de 70% da população prisional feminina se encontra em unidades que não contam com módulo de saúde em suas instalações e, portanto, estão sujeitas à discricionariedade da direção do estabelecimento para que sejam autorizadas a sair e obter acesso à saúde básica. Além de naturais dificuldades no que concerne a movimentação destes indivíduos pelos órgãos estaduais para obter acesso aos equipamentos públicos.[34]

Em todo o país apenas 55 unidades declararam apresentar cela ou dormitório adequado para gestantes.[35]Não obstante, apenas 3% das unidades prisionais contam com espaço de creche para receber crianças acima de 2 anos, resultando em uma capacidade total para receber até 72 crianças.[36]

Ademais, somente 14% das unidades femininas ou mistas disponibilizam acesso a berçário e centro de referência materno-infantil – espaço que visa abrigar mães recentes com seus bebês de até 2 anos durante a amamentação. Já as unidades que declaram possuir este espaço somam uma capacidade total para receber até 467 bebês. [37]

A considerável falta de creches e berçários é preocupante, pois implica na permanência das crianças em celas junto de suas mães e outras prisioneiras. Os estados não possuem definição elucidativa sobre as referidas creches e berçários em cárceres e raramente aplicam uma política voltada à educação infantil, bem como é inexistente critério de tempo de permanência da criança com a mãe, fazendo-o variar bastante. [38]

O caso de Jéssica Monteiro sinaliza as dificuldades do sistema. A jovem de 24 anos foi detida sob a acusação de portar 40 gramas de maconha e, no dia seguinte à sua prisão, entrou em trabalho de parto. Ocorre que, após ter alta do hospital, foi encaminhada de volta à carceragem com o seu bebê recém-nascido de apenas dois dias, por determinação judicial. Ambos permaneceram em uma cela de

2 metros e em condições insalubres por três dias até serem transferidos para penitenciária com berçário. [39]

Não bastasse, o modo de tratamento das mulheres intramuros é ditado pela autoridade local, variando de acordo com as regras da unidade prisional de cada localidade e conforme a direção particular de cada uma. A discricionariedade na gestão das prisões limita a garantia de direitos nas unidades penitenciárias, gerando maior insegurança física, psíquica e jurídica das mulheres presas. [40]

Dentro de um mesmo estado há discrepâncias nas condições de encarceramento e o cuidado materno-infantil, visíveis principalmente no contraste entre a realidade das mulheres em cadeias públicas e em penitenciárias femininas. [41]

A exemplo do disposto, no Ceará, onde a unidade materno-infantil não tem berço, os bebês dormem na cama com suas mães; já em Minas Gerais, onde todos possuem berços, a mãe é obrigada a colocar o bebê no berço para dormir, sob pena de falta disciplinar. Com relação à alimentação, há unidades em que a mãe é obrigada a dar exclusivamente leite materno até os 6 meses de idade; já em outras deve instituir outros alimentos a partir dos 4 meses de idade. [42]

Em algumas prisões o Conselho Nacional de Justiça apurou que os bebês permanecem com as mães e crescem em ambientes separados das demais presas. Nas demais unidades, contudo, os recém-nascidos passam o dia em berçários aos cuidados de terceiros e são levados para a mãe a noite para dormir em celas.[43]

Ainda, nas unidades prisionais em que o convívio entre mães e bebês é regrado pela permanência ininterrupta com a criança, as mulheres se encontram impedidas de trabalhar, obterem remição de pena, darem continuidade às atividades escolares ou praticarem outras tarefas, o que lhes causa sentimentos de solidão e isolamento. Ao passo que, a separação instantânea, sem atos preparatórios, é capaz de gerar outro grande impacto, qual seja a repentina quebra dos laços. [44]

Diante do exposto, resta questionar como uma criança de 7 anos pode viver na prisão, e ainda se tratando de uma prisão brasileira, notadamente inerte no cumprimento dos requisitos básicos institucionais. Como aduz a autora:[45]

> Viver na prisão limita o mundo. Uma criança na prisão tem não só seus estímulos drasticamente limitados, como também sua vida atravessada pelo dispositivo carcerário. O mundo que lhe recebe é um mundo de regras, violências, limites e trancas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Constituição Brasileira prevê disposição legal em seu art. 5°, inciso XLV, onde ressalta que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor transferido.[46]

Segundo Rogério Greco, o argumento de que a criança estaria obrigada a cumprir pena da sua mãe não prevalece, já que alternativa diversa seria a entrega dessas crianças a familiares que, muitas vezes, não possuem a vontade de exercer a função de cuidadores, mas são – legalmente – obrigados. Consequentemente, essas crianças se tornam fontes de maus-tratos, abusos sexuais, entre outros.[47]

Ainda de acordo com o autor, tendo em vista que o Estado não possui programas que amparem de forma eficiente os filhos menores das mulheres que se encontram no regime prisional, a melhor solução se encontra em permitir que a mãe cuide de seus filhos, mesmo que por curto período de tempo, até que a criança complete 7 anos.[48]

Assevera o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 24.1:

> Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado.[49]

Por outro lado, a defesa de melhores prisões tem o efeito de legitimar maternidades encarceradas, quando o princípio norteador deveria ser de que a maternidade é melhor realizada em liberdade. Assim, a escolha da prisão como resposta quase padrão do sistema, especialmente para o crime de tráfico, cria situações, as quais poderiam ser evitadas se a gestante ou mãe não estivesse presa. [50]

2 A CRIMINALIDADE FEMININA E O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Segundo o levantamento nacional de informações penitenciárias, pouco mais da metade da população carcerária feminina no Brasil é composta por mulheres entre 18 e 29 anos, 62% são negras, 45% possuem o ensino fundamental incompleto e 74% possuem filhos.[51]

Segundo a mesma fonte, em junho de 2014, o sistema prisional brasileiro contava com 11.269 mil (30, 1%) mulheres custodiadas sem condenação, 45% cumpriam pena em regime fechado, 22, 5% em regime semiaberto, 2,1% em regime aberto, 0,5% em medida de segurança (internação) e 0% em medida de segurança (tratamento ambulatorial). Cumpre ressaltar, ainda, que 63% eram condenadas com penas de prisão de até oito anos.[52]

Em atualização, o mesmo levantamento aferiu as seguintes informações referentes ao ano de 2016: 19.223 mil (45%) mulheres se encontram custodiadas sem condenação, 13.536 mil (32%) sentenciadas em regime fechado, 6.609 (16%) sentenciadas em regime semiaberto, 2.755 (7%) sentenciadas em regime aberto, 184 (0%) em medida de segurança (internação) e 48 (0%) em medida de segurança (tratamento ambulatorial). [53]

Nota-se, de acordo com os dados supracitados, significativo aumento no tocante ao número de mulheres privadas de liberdade sem condenação, passando de 30,1% para 45% da população carcerária entre o período de 2014 a 2016.

> De acordo com a coleta de dados realizada, é possível verificar que 70% das mulheres privadas de liberdade foram condenadas a até, no máximo, 8 anos de prisão, 29% condenada a penas inferiores a 4 anos e 7% das mulheres encarceradas no Brasil cumpria pena em regime aberto. Ademais, 41% da população cumpre penas entre 4 e 8 anos e 16% se encontra no regime semiaberto.[54]

Contudo, no ano de 2018 houve alteração na estatística de mulheres presas no Distrito Federal, em específico. Entre 2015 e 2018 o número de mulheres condenadas privadas de liberdade passou de 550 para 641 e o número de mulheres presas provisoriamente sofreu diminuição de 235 para 172.[55]

2.1 Relação entre gênero e natureza dos crimes cometidos

A criminologia positivista se preocupou em investigar o fenômeno da criminalidade no sentido concreto, trazendo o homem criminoso para o centro da investigação científica. Dessa forma, negou o livre arbítrio e a liberdade humana como fundamento da responsabilidade, entendendo ser o homem determinado em suas ações por causas endógenas ou externas e causas exógenas, derivadas dos fatores físicos, econômicos e sociais. [56]

Já a criminologia crítica defendia que apenas os sujeitos dirigíveis, aqueles capazes de determinarem-se pelos motivos, seriam objeto de sanção penal, distinguindo os criminosos imputáveis e inimputáveis, bem como rechaçando o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

entendimento do livre-arbítrio e defendendo penas proporcionais à culpabilidade. [57]

Os estudos feministas, entretanto, não se ajustam à divisão entre esses dois paradigmas. As duas vertentes mais comuns no campo penal tendem a abordar os "comportamentos problemáticos" das mulheres ou sua posição como vítimas de agressão. [58]

Apesar de raros os trabalhos que tratam as mulheres como agressoras – muitas vezes pelo menor número de crimes cometidos ou por sua menor gravidade –, existem correntes que tentam explicar com base nas concepções clássicas e outros na perspectiva crítica.[59]

O primeiro grupo possui uma visão da mulher criminosa pautada em seu papel reprodutivo (na prática de condutas tais como aborto, infanticídio, prostituição), sendo seu desvio causado pela inadequação a tais papéis. [60]

No âmbito da perspectiva crítica, surge a criminologia feminista que, desde 1970, interpreta o controle penal como mais um instrumento de controle exercido sobre as mulheres – por meio de um sistema de justiça dito patriarcal –, no qual se intensificam as opressões. Neste estudo a "mulher desviada" deixa de ser o ponto de partida, passando a serem observadas as circunstâncias que lhes afetam.[61]

Visando explicar a iniciação da mulher no mundo do crime, criaram-se a teoria do controle social, a teoria do aprendizado social e a teoria das rotas gendradas. Nesta, entende-se primordial a análise dos aspectos biológicos, psicológicos e socioculturais particularmente afetos às mulheres, partindo da noção que os estereótipos acarretariam vitimização específica, apta a levar mulheres ao crime, o que não seria necessariamente o caso do gênero masculino. Desse modo, é dificultoso o processo de separação da visão de mulher ofensora e vítima.[62]

Em pesquisa realizada no presídio do Distrito Federal, a professora Débora Diniz pôde constatar que todas as mulheres entrevistadas tinham o perfil parecido: jovens, pobres, negras, trabalhadoras informais, com pouca escolaridade, presas por envolvimento em tráfico de drogas. [63]

> De modo geral, os crimes relacionados ao tráfico correspondem a 62% das incidências penais pelas quais as mulheres privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento em 2016. Entre as tipificações do referido crime, o delito de associação para o tráfico corresponde a 16% das incidências e o crime de tráfico internacional de drogas responde por

2%, sendo o restante (82%) referente ao tráfico de drogas propriamente dito. [64]

A mudança que sofreu a Lei de drogas também gerou impacto sobre o encarceramento feminino, tendo em vista que, quando alguém é pego com drogas, raramente é realizado juízo acerca da vontade do agente, dirigida ao uso ou ao tráfico. Na prática, o enquadramento no tipo penal de tráfico é feito principalmente com base na substância, pela própria autoridade policial, sem prova de dolo de comércio.[65]

Algumas mulheres alegam serem obrigadas a levar drogas aos presídios masculinos, sob ameaças de morte. Existem, ainda, casos em que usuárias de drogas acabam na venda como "mulas" ou "buchas" de grandes traficantes.[66] Muitas justificam sua iniciação na prática de crimes como espécie de tentativa em manter relacionamentos com parceiros já envolvidos em atividades ilícitas.

Na unidade de internação de Santa Maria metade das meninas sentenciadas haviam sido pegas pela polícia na companhia de parceiros, dito maridos, cujo perfil – para 4 das 18 meninas ouvidas – é de um homem mais velho, em torno de 20 ou 30 anos, respeitado e experiente no mundo do crime. Os outros maridos eram meninos que haviam sido pegos pela polícia antes ou junto com elas. Duas delas eram viúvas com filhos de colo e uma estava grávida.[67]

De acordo com a antropóloga Débora Diniz, estar com marido as assegura benefícios, como a proteção contra o estupro, em conflitos na comunidade com a polícia, com outros traficantes e moradores de rua ou usuários de crack, assumindo o homem os postos de maior importância na hierarquia das práticas delituosas.[68]

No caso de Denise, 30 anos, o poder e a ascensão conquistados no tráfico, como gerente de uma "boca de fumo", se deram às custas de incumbências secundárias, quais sejam a realização de tarefas na cozinha, relações sexuais com os líderes de facções e negociações de armas e drogas com traficantes de outras favelas. [69]

Alguns dados sugerem que as mulheres optam pela criminalidade pela incapacidade de sustentar os filhos, bem como pela impossibilidade de se inserir no mercado de trabalho formal. Nesse aspecto, o ingresso das mulheres no tráfico de drogas é apontado como um efeito da feminização da pobreza.[70]

No entanto, encarando a situação para além da vitimização feminina, existem figuras que dizem sentirem-se motivadas a entrar para o tráfico de drogas pela posição diferenciada que lhes proporciona perante as outras mulheres, bem como o prazer, prestígio e poder tradicionalmente destinados aos homens. [71]

2.2 Fases da persecução penal

2.2.1 Investigação, julgamento e execução da pena

A fase de investigação é, em regra, promovida pela polícia judiciária, possui natureza administrativa e é destinado à formação do convencimento (*opinio delicti*) do responsável pela acusação. Sendo realizada anteriormente à provocação da jurisdição penal, é denominada fase pré-processual.[72]

O inquérito policial possui prazo certo para finalizar as investigações, devendo encerrar-se em 10 dias, quando preso o indiciado, ou em 30, quando solto. Na Justiça Federal, o prazo é de 15 dias, estando preso o acusado, podendo, todavia, ser prorrogado por mais 15, chegando então a 30 dias.[73]

No caso dos crimes de tóxicos (Lei 11.343), o prazo é de 30 dias para o encerramento do inquérito, quando preso o indiciado, ou de 90, quando solto. Ademais, o artigo 51 da referida lei ainda dispõe, em seu parágrafo único, que o prazo poderá ser duplicado pelo juiz, mediante representação da autoridade judicial. [74]

Os elementos averiguados em inquérito policial servem em parte para fundamentar medidas de natureza endoprocedimental (cautelares, entre outros) e, no momento próprio de se oferecer denúncia, na análise e valoração dos atos previamente realizados pela autoridade policial, para justificar o processo ou o arquivamento. [75]

Encerradas as investigações, os autos do inquérito serão encaminhados ao Ministério Público, a quem caberá adotar uma das seguintes providências: a) oferecimento da denúncia; b) devolução à autoridade policial, para realização de novas diligências, indispensáveis, a seu juízo, ao ajuizamento da ação penal; requerimento de arquivamento do inquérito, pensando inexistir o crime ou por acreditar insuficiente o material probatório disponível no que se refere à comprovação de autoria e materialidade. [76]

Se houver pretensão condenatória de imposição da sanção penal ao autor do fato tido por delituoso o Ministério Público oferecerá a denúncia[77]. Caberá ao magistrado realizar, à luz do art. 395, do CPP, o juízo de admissibilidade – ocasião em que analisará se presente alguma hipótese de rejeição da denúncia. Entendendo por não a rejeitar liminarmente, a receberá com fulcro no art. 396, do CPP, ordenando a citação do acusado para apresentar defesa no prazo de 10 dias, bem como fundamentando a referida decisão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Citado o réu para apresentar defesa, será designada a audiência de instrução, na qual serão inquiridos o ofendido, as testemunhas, peritos, e, por fim, realizado o interrogatório do réu (Art. 400, do CPP).[78]

Findo o julgamento, por meio da sentença, o Juiz Criminal julga definitivamente o mérito da pretensão penal, resolvendo a imputação da existência do fato (materialidade), a autoria e, por fim, o juízo de adequação ou valoração jurídico-penal da conduta.[79]Sendo a sentença condenatória, estabelecerá o regime no qual o sentenciado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, com base no art. 33 e seus parágrafos, do CP.

São efeitos da sentença condenatória a certeza da obrigação de reparar o dano resultante da infração, de forma meramente declaratória (artigo 63, do CPP e artigo 575, IV, do CPC), perda dos instrumentos ou do produto do crime (artigo 91, II, do CP) e outros efeitos previstos no artigo 92, do CP, tais quais a perda do cargo, função pública. [80]

Quanto a prisão do réu, de acordo com o art. 387, §1º, do CPP, exige-se ordem escrita e fundamentada do juiz para: a) a manutenção da prisão anteriormente decretada; b) a decretação da prisão preventiva daquele que se encontra solto; além de impor o conhecimento da apelação que vier a ser manejada. É imprescindível também a consideração do prazo de prisão provisória, administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, para fins de fixação do regime de cumprimento de pena (art. 387, §2º, CPP).[81]

A fim de decidir se o réu poderá recorrer em liberdade ou não, o magistrado deverá realizar análise do caso concreto, ponderando à luz do sistema cautelar se existe necessidade que a justifique *(periculum libertatis)*. A depender da resposta, deverá ser decretada ou revogada a prisão preventiva, bem como consideradas as medidas cautelares diversas da prisão.[82]

Intimado da sentença, o prazo para impugnação recursal, incluindo os embargos de declaração previstos no art. 382, do CPP, terá início a partir da última intimação realizada (do acusado ou do defensor). [83]

Segundo o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Acrescentando, no inciso LXI, que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. [84]

De acordo com Aury Lopes Jr., a presunção de inocência, em sua dimensão interna, implica na tarefa da acusação de realizar todo o trabalho probatório a fim

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de fundamentar a denúncia. Caso presente dúvida, a absolvição deve ser a única resposta cabível. Se faz necessário também o uso restrito das prisões cautelares.[85]

Já externamente ao processo, o mesmo autor argumenta que a presunção de inocência implica na proteção do réu de abusos midiáticos e de uso estigmático de sua imagem na abordagem do fato criminoso, bem como do processo judicial.[86]

Em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal proferiu entendimento reafirmando atual jurisprudência da Corte no sentido de permitir a execução provisória da pena após confirmação da condenação em segunda instância, no seguinte teor: [87]

> EMENTA: HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COGNOSCIBILIDADE. ATO REPUTADO COATOR COMPATÍVEL COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CARÁTER NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES DESTA CORTE. IRRELEVÂNCIA. DEFLAGRAÇÃO DA ETAPA EXECUTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO. DISPENSABILIDADE. PLAUSIBILIDADE DE TESES VEICULADAS EM FUTURO RECURSO EXCEPCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA.
>
> [...]
>
> 3. Não se qualifica como ilegal ou abusivo o ato cujo conteúdo é compatível com a compreensão do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando se trata de jurisprudência dominante ao tempo em que proferida a decisão impugnada.
>
> 4. Independentemente do caráter vinculante ou não dos precedentes, emanados desta Suprema Corte, que admitem a execução provisória da pena, não configura constrangimento ilegal a decisão que se alinha a esse posicionamento, forte no necessário comprometimento do Estado-Juiz, decorrente de um sistema de precedentes, voltado a conferir

> cognoscibilidade, estabilidade e uniformidade à jurisprudência.
>
> 5. O implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na seara das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, sendo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de índole cautelar.
>
> 6. A execução penal é regida por critérios de oficialidade (art. 195, Lei n. 7.210/84), de modo que sua inauguração não desafia pedido expresso da acusação.
>
> 7. Não configura reforma prejudicial a determinação de início do cumprimento da pena, mesmo se existente comando sentencial anterior que assegure ao acusado, genericamente, o direito de recorrer em liberdade. [...]

O entendimento da Corte Suprema sofreu mudanças no decorrer dos anos. Em 2009 os Eminentes Ministros adotaram a compreensão de que a expressão culpa poderia ser utilizada como proibição de prisão, já em 2016 e 2018 optaram pela possibilidade da condenação a partir da condenação em segunda instância.[88]

Para quem defende a mais recente decisão do Supremo Tribunal Federal, o texto da constituição não se refere à impossibilidade de prisão ou cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, mas à declaração de culpa, não havendo mácula ao princípio da inocência.[89]

Caso fosse a intenção do constituinte vedar a prisão antes do trânsito em julgado a Constituição não seria grafada com conceito diferenciado (culpado), já que em vários pontos da Carta Magna o termo prisão é utilizado de modo incisivo e delimitado, norteando o uso deste importante instituto. [90]

Ocorre que o próprio nome, princípio da inocência, leva à interpretação de que um inocente se encontra preso, quando na verdade o termo cabível seria "princípio da não culpabilidade", pois traz o pressuposto de que se encontra privado de liberdade alguém que já foi condenado em dois ou três julgamentos, mas ainda não de forma definitiva, dada a possibilidade de interpor recursos. [91]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesse ponto, caso o princípio da inocência fosse interpretado de forma irrestrita, os processos levariam anos a fio para chegarem a um final, levando a ausência de presos definitivos, já que findo o processo, os crimes já teriam prescrevido.[92]

É notório que a Constituição não autoriza expressamente a prisão cautelar, provisória ou processual, mas também é sabido que não há proibição a essas medidas, pois sua importância e necessidade preponderam sobre o risco de um inocente ficar preso. [93]

Outrossim, ainda mais fundamentada é a prisão após condenação em segunda instância, já que o devido processo legal foi cumprido em duas instâncias, quando as questões de fato e de provas já foram encerradas e o risco outrora discutido torna-se ínfimo a essa altura. [94]

Para quem defende corrente contrária, a violação da presunção de inocência enseja o cometimento de muitas injustiças, além de ser possível manter a segurança da sociedade e o devido cumprimento da lei penal com a utilização da prisão preventiva.[95]

2.3 Medidas cautelares

2.3.1 Prisões cautelares

Com a criação da Lei 12.403/11, surgiram diferentes modalidades de cautelares, sendo estas as prisões (em flagrante, preventiva e temporária) e as medidas cautelares, diversas da prisão.[96] Todas elas servem a um bem processual comum, qual seja o acautelamento dos interesses da jurisdição criminal.[97]

A liberdade provisória vem a ser a explicitação das hipóteses de medidas cautelares por ocasião da restituição da liberdade, sempre a partir da prisão em flagrante.[98] Apesar do que a expressão indica, é basilar que a provisoriedade está na prisão, assim como nas demais medidas cautelares. Logo, toda prisão antes do trânsito em julgado possui natureza cautelar.[99]

As prisões em flagrante caracterizam-se pela relação de imediatidade entre o fato e seu conhecimento pelo homem, visibilidade incontestável da prática de fato delituoso (Art. 302, I, CPP) ou situação em que alguém acaba de cometer fato criminoso (Art. 302, II, CPP), denominados flagrantes próprios. Outras hipóteses de flagrante estão elencadas nos incisos III (flagrante impróprio) e IV (flagrante presumido) do Art. 302.[100]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em qualquer uma das hipóteses, sua ocorrência resultará no recolhimento à prisão, comunicando-se imediatamente os familiares (ou outra pessoa indicada pelo preso), o juiz competente e o Ministério Público, bem como a Defensoria Pública se o aprisionado não indicar advogado.[101]

Já a prisão temporária teve origem com a Lei 7.960/89 e objetiva acautelar – exclusivamente – as investigações do inquérito policial. Possui caráter provisório, pois sua duração se encontra expressamente fixada em lei, em seu artigo 2° e no Art. 2°, §4°, da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), comportando naquela o prazo de 5 dias e nesta de 30 dias, passíveis de única prorrogação por igual período. Importante salientar que somente pode ser requerida via representação da autoridade policial ou do Ministério Público (Art. 2°).[102]

São requisitos para a sua decretação:

> Art. 1° Caberá prisão temporária:
> I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
> II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
> III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:[103] arrolando, a seguir, inúmeras infrações penais gravemente apenadas.

A prisão temporária somente poderá ser decretada desde que presentes a situação do inciso I ou do inciso II, imprescindibilidade para a investigação policial ou desconhecimento de residência fixa ou identidade do sujeito, e a do inciso III, do artigo supracitado, bem como se também presentes os requisitos tipicamente cautelares (indícios de autoria e prova de materialidade).[104]

Finalmente, a prisão preventiva acautela a tutela da persecução penal, visando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação e do processo. Tal medida se justifica somente enquanto puder realizar a proteção da persecução penal e, ainda, quando não restar outra maneira de satisfazer essa necessidade, podendo ser revogada a qualquer tempo. [105]

Será possível a decretação de prisão preventiva não só na presença das circunstâncias fáticas do art. 312, CPP, com os limites e exceções do art. 313, CPP, mas sempre que for necessário para garantir a execução de outra medida cautelar, diversa da prisão (art. 282, §4°, CPP).[106]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Outrossim, a prisão preventiva poderá ser aplicada: a) a qualquer momento da fase de investigação ou do processo, de modo autônomo e independente (arts. 311, 312 e 313, CPP); b) como conversão da prisão em flagrante, quando insuficientes ou inadequadas outras medidas cautelares (art. 310, II, CPP); c) em substituição à medida cautelar eventualmente descumprida (art. 282, §4°, CPP), de modo subsidiário, quando não se exigirá a presença das hipóteses do art. 313, CPP.[107]

Nas primeiras hipóteses, a e b, a prisão preventiva dependerá das circunstâncias fáticas e normativas do art. 312, CPP, bem como daquelas do art. 313, CPP:[108]

> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.
>
> Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).
>
> Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
>
> I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
>
> II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;
>
> III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;
>
> IV - (revogado). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

> Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.[109]

Não será cabível a preventiva para os crimes culposos e quando não for prevista pena privativa de liberdade para o delito (art. 283, §1°, CPP).[110]

Ademais, a jurisprudência entende que o encerramento da instrução criminal ocorrerá após 81 (atualmente, 86) dias da prisão, em flagrante ou preventiva, após o que seria possível a impetração de habeas corpus em razão do excesso de prazo da prisão. No âmbito da Justiça Federal, é possível chegar a 107 dias, se houver prorrogação do prazo do inquérito policial. A contagem do prazo tem início a partir da decretação da prisão preventiva, não incluindo o prazo da prisão temporária.[111]

Aqui reside um dos temas mais espinhosos do sistema cautelar brasileiro, já que apesar de a prisão cautelar significar apenas a tutela de uma situação fática (provisionalidade), muitas vezes a absoluta indeterminação acerca da duração da prisão cautelar conduz à prática de sua manutenção até quando o juiz ou o tribunal entender existir o *periculum libertatis*.[112]

A jurisprudência tentou, como acima mostrado, delimitar o tempo a partir da soma dos prazos que compõem o procedimento aplicável ao caso, sem muito sucesso, segundo Aury Lopes. Certas decisões até admitiram considerar o excesso de prazo de forma isolada, a partir do descumprimento do limite determinado para a prática de algum ato específico.[113]

Além disso, outros marcos foram criados de forma a indicar possível excesso de prazo de prisão preventiva. Contudo, não foram previstas sanções, o que conduz a um grande risco de ineficácia:[114]

> A Lei 11.719/2008 estabeleceu que no rito comum ordinário a audiência de instrução e julgamento deve ser realizada em, no máximo, 60 dias; sendo o rito sumário, esse prazo cai para 30 dias. No rito do Tribunal do Júri, a Lei n. 11.689/2008, alterando o art. 412, fixou o prazo de 90 dias para o encerramento da primeira fase.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Portanto, concretamente, é inexistente, atualmente, um limite temporal das prisões cautelares, o que é imperativo para que haja a real prevenção de abusos.[115]

Segundo Aury Lopes Jr., o legislador perdeu grande oportunidade de solucionar o referido problema ao não incluir um §7° no artigo 282, com a reforma operada pela Lei n. 12.403/2011, no sentido de instituir o dever de reexaminar a prisão preventiva decretada a cada 60 dias, ou em prazo menor, se a situação exigisse, para avaliar fundamentadamente se persistiam os motivos que a ensejaram.[116]

2.3.2 Medidas cautelares diversas da prisão

As medidas cautelares, quando diversas da prisão, não estão vinculadas à prévia prisão em flagrante (art. 282, §2°, CPP), podendo ser impostas tanto na fase de investigação quanto na de processo. Porém, quando não cabível a prisão preventiva (art. 310, II, CPP) poderão também substituir a prisão em flagrante. [117]

Podem ser aplicadas isolada (uma única) ou cumulativamente (duas ou mais), conforme necessidade e adequação, nos termos do art. 282, §1°, CPP, respeitando-se sempre a compatibilidade entre elas.[118]

> Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:
>
> I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
>
> II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
>
> III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
>
> IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
>
> VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
>
> VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
>
> VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
>
> IX - monitoração eletrônica[119]

Atualmente, se encontra presente no ordenamento jurídico figura distinta das medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP) acima citadas. Instituída pela Lei 12.403/11, se trata da prisão domiciliar, prevista no art. 317, do CPP. O referido artigo legal determina o recolhimento permanente do indiciado ou acusado em sua residência, dali não podendo ausentar-se senão por meio de autorização judicial expressa.[120]

A prisão domiciliar, não sendo alternativa à prisão preventiva, somente poderá cumprir o objetivo de substituí-la, nos casos em que preenchidos requisitos expressos no art. 318, CPP, quais sejam:

> Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:
>
> I - maior de 80 (oitenta) anos;
>
> II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;
>
> III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> IV - gestante;
>
> V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;
>
> VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.[121]

Observa-se que, por meio da Lei 13.257/16, foram inclusas hipóteses de mulheres gestantes e com filhos de até 12 anos de idade fazerem uso do benefício.

Contudo, apesar da previsão legal, o Judiciário ainda mantinha o posicionamento de indeferir a maior parte dos pedidos neste sentido, o que provocou o Habeas Corpus coletivo 143.641, com voto vencedor do Ministro Relator, decidindo:

> Em face de todo o exposto, concedo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício.
>
> Estendo a ordem, de ofício, às demais as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas no parágrafo acima.
>
> Se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado art. 319 do CPP.[122]

Dessa forma, tornara-se automática a substituição da prisão preventiva pela domiciliar no caso de todas as mulheres presas gestantes, puérperas ou mães de crianças de até 12 anos, ressalvados os casos de crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes ou situações de estrita excepcionalidade, devidamente fundamentadas pelo juiz no caso concreto.

Se mostrando inviável no caso concreto, na ocorrência de ocasiões excepcionais citadas pelo Eminente Relator, será aplicada a substituição por medidas alternativas arroladas no art. 319, CPP.

3 A CRIAÇÃO DE UM SISTEMA PUNITIVO DIFERENCIADO

É notório que a população carcerária feminina sofre crescente aumento nos últimos anos. Em 5 anos de pesquisa na cadeia feminina do Distrito Federal, Débora Diniz constatou que uma em cada quatro mulheres sentenciadas em regime fechado viveu em abrigos na adolescência e haviam sido submetidas a medidas socioeducativas de internação.[123]

> Parecia não haver desvio no itinerário punitivo: a rua na infância; um interlúdio em "estabelecimento educacional" compulsório na adolescência; e prisão na vida adulta. Uma análise superficial poderia inferir desses números o caráter irremediável do crime – seriam mulheres que, desde a infância, estariam predestinadas à violação da lei. Mesmo o Estado tendo ofertado proteção integral em estabelecimento educacional, as meninas seriam adultas fora da lei. [124]

É importante que, além dos investimentos na educação e em políticas públicas, a fim de amenizar a desigualdade de renda e pobreza, seja dada atenção aos menores infratores, apurando-se a efetividade dos instrumentos utilizados na proteção da infância e adolescência, rompendo com o ciclo de desamparo.[125]

O CNMP sugere, em publicação de sua autoria, um projeto de ressignificação das mulheres, já que em sua maioria, estas entram para o crime por falta de consciência do papel que representam no seio familiar, pela dependência emocional com os seus parceiros, entre outros.[126]

Na maior parte dos casos, a prática de crimes pelas mulheres está vinculada à um homem. A motivação no que concerne os homicídios dolosos, quando se trata de autores do gênero feminino, advém de relacionamentos abusivos, tendo como vítimas os próprios agressores, além do ciúme excessivo ou não aceitação do término de um namoro.[127]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A referida conclusão foi obtida pela Promotoria de Justiça vinculada à segunda Vara Criminal da Comarca de Araraquara-SP, por meio de depoimentos de presas que cumprem pena no Centro de Ressocialização Feminino na cidade.[128]

Investir na ressignificação das mulheres privadas de liberdade oportuniza a participação feminina no combate à criminalidade, já que o seu fortalecimento propiciará a tomada de melhores decisões no âmbito familiar, resultando no convencimento de seus companheiros a interromperem o comportamento delinquente. [129]

Não se trata de um meio que objetiva eximir as mulheres de responderem pelas suas escolhas, mas sim de obter uma melhor compreensão acerca da problemática existente.[130] O atual sistema penitenciário apenas propaga ainda mais a crença de que as mulheres dependem de parceiros homens, muitas vezes envolvidos com o crime.[131]

Tendo em vista que o sistema carcerário sempre foi, em sua maioria, concebido para indivíduos do gênero masculino, as unidades penitenciárias femininas apresentam dificuldades na acomodação e atendimento das especificidades das mulheres.

A ausência de recursos imprescindíveis para o exercício da maternidade, como creches, médicos pediatras, obstetras, fraldas, educação, além das demais necessidades básicas, ofende os direitos das presidiárias que são mães, bem como dos seus filhos.

A partir da decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de indenizar preso em situação degradante, nota-se a urgência da discussão sobre o atual quadro de inconstitucionalidade nos presídios, como aduz em histórico julgado:

> Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, §6°, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. [132]

O primeiro paradigma se constrói em torno da maternidade apesar da prisão e não na prisão, buscando estratégias que desloquem a centralidade da prisão como solução de política criminal.[133]

A regra 58 de Bangkok dispõe nesse sentido:

> Considerando as provisões da regra 2.3 das Regras de Tóquio, mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem que se considere devidamente a sua história e laços familiares. Formas alternativas de lidar com mulheres infratoras, tais como medidas despenalizadoras e alternativas à prisão, inclusive à prisão cautelar, deverão ser empregadas sempre que apropriado e possível.[134]

Considerando que os crimes relacionados ao tráfico correspondem a 62% das incidências penais pelas quais as mulheres privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento em 2016, alternativa é a pena restritiva de direito. Benefício este que lhes oportunizaria responder processo em liberdade.

O §4° do artigo 33 da Lei 11.343/2006 vedava a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos no crime de tráfico de drogas. No entanto, em fevereiro de 2012, o Senado Federal, por meio da Resolução n° 05, suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do §4°, artigo 33, da mencionada lei. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da referida proposição em Habeas Corpus n° 97.256/RS. [135]

Nesse diapasão, foi permitida a aplicação de penas restritivas de direitos em caso de tráfico de drogas (artigo 33, caput e §1°, da Lei n° 11.343/2006), se cumpridos os requisitos cumulativos do art. 44, do CP.[136]

Diz o artigo 44, incisos I, II e III, do Código Penal:

> Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)
>
> I – Aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> II – O réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)
>
> III – A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.[137]

Apesar do tipo penal que prevê o crime de tráfico de drogas impor pena mínima de 5 anos, a previsão no art. 33, §4° possibilita a redução de um sexto a dois terços da pena nos delitos definidos no caput e no §1° (tráfico de drogas), da referida lei. [138]

Desse modo, a discricionariedade do magistrado não deve estar na aplicação ou não do dispositivo legal, mas tão somente na fração minorante a ser decretada. Ademais, cumpre papel no juízo acerca do percentual de diminuição a quantidade de drogas apreendida, bem como as circunstâncias do art. 59, do CP. [139]

Situação que também merece destaque é a ausência de previsão de duração da prisão preventiva, já que relativiza o tempo da constrição, ocorrência incompatível com os princípios fundamentais contidos na Constituição Federal, como o devido processo legal, previsto no art. 5°, LIV.[140]

Destarte, é fundamental o estabelecimento de prazo para a prisão preventiva, bem como sanções aos responsáveis pelo descumprimento, visando impedir práticas reiteradas de inobservância.[141] Dessa forma, aquelas mulheres que não puderam ser beneficiadas com a prisão domiciliar ao menos se servirão da segurança jurídica.

Coadunado com a falta de prazo das prisões preventivas está o descontrole com o número de presos e a situação exata em que cada um destes se encontra no sistema prisional, circunstâncias que propiciam a prisão de indivíduos sem condenação transitada em julgada por excessivo tempo, bem como o desrespeito às devidas progressões de regime e demais benefícios.

Nesse sentido, muito bem-vinda foi a iniciativa tomada pela Ministra Cármen Lúcia, também presidente, à época, do Conselho Nacional de Justiça, em determinar a criação do Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes, bem como a elaboração de um protocolo de recomendações ao sistema prisional para cuidados padronizados à saúde das presas gestantes, das lactantes e a de seus recém-nascidos nas prisões.[142]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Ministra esclarece que o cadastro visa elucidar dados específicos, sendo alguns deles: o juiz que determinou a prisão da apenada, o motivo do encarceramento, se a prisão observa o processo penal ou se já é possível a obtenção de algum benefício, o número exato de presos nas unidades prisionais, que até então era aferido por métodos imprecisos. Outrossim, até mesmo o juiz encarregado de inspecionar os presídios saberá em quais condições a presa se encontra privada de liberdade. [143]

De acordo com o Cadastro Nacional, observa-se uma tendência de diminuição no número de mulheres gestantes e lactantes privadas de liberdade, já que em janeiro de 2018, o número de gestantes em unidade prisional teria alcançado o patamar de 500 indivíduos e 240 lactantes e, logo próximo ao final do ano, em setembro de 2018, eram 302 gestantes privadas de liberdade e 175 lactantes. [144]

Ainda de acordo com o referido Cadastro – constantemente atualizado de acordo com o mês vigente –, utilizando como mês e ano de referência fevereiro de 2019, se encontram privadas de liberdade no Brasil um total de 29 gestantes e 24 lactantes. Minas Gerais e Santa Catarina são os únicos estados que contam com mulheres encarceradas nesta situação nesta data.[145]

Este resultado pode ser reflexo da recente decisão do Supremo Tribunal Federal, no início de 2018 – tratado no capítulo anterior –, no sentido de determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças de até 12 anos e deficientes, visto que apesar de haver previsão legal neste sentido, não era de todo obedecido.

Atualmente, a situação foi consolidada com a positivação do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da Lei n° 13.769/2018. Com a inovação legislativa não há mais possibilidade de diferentes interpretações para as "situações excepcionalíssimas". Agora serão analisados tão somente os requisitos objetivos, sem ressalvas.[146]

Com a nova Lei também foi oportunizado àquelas mulheres que já possuem condenação em segunda instância, ainda sem o trânsito em julgado, fazerem uso do benefício da prisão domiciliar, pois nesse caso a prisão ainda possui natureza provisória.

Quanto às apenadas com condenação transitada em julgado, que se enquadram nos requisitos objetivos, a Lei impõe novos parâmetros para a progressão de regime, facilitando e diminuindo o tempo necessário para atingir o benefício, mesmo em caso de crime hediondo:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> À guisa de exemplo, uma mãe de criança condenada por tráfico de drogas a 10 (dez) anos, poderá, em tese, progredir de regime após cumprir 1 (um) ano e 3 (três) meses de pena (1/8), enquanto uma condenada sem filhos pequenos (nem gestante ou responsável por pessoas com deficiência) teria que cumprir 4 (quatro) anos de pena para obter a mesma progressão (2/5), ou seja, 2 (dois) anos e 9 (oito) meses a mais.[147]

Ademais, a Lei inovou, promovendo alterações no texto do Código de Processo Penal, bem como na Lei de Execução Penal e na Lei de Crimes Hediondos, ao prever uma modalidade legal de constrição domiciliar obrigatória com o afastamento do controle judicial da prisão.[148]

Dessa forma, a lei passa a impedir a interpretação da norma de acordo com o caso concreto, o que muitas vezes enseja situações contraditórias, tais quais mães que usufruem do benefício sem ter procurado contado com o filho há anos, dentre outras situações que só podem ser examinadas a partir da individualização da situação, pelo magistrado.

É o texto da Lei n° 13.769/2018:

> Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:
> I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
> II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente."
>
> Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código.
>
> Art. 3º A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:
>
> Art.72[...]
> VII - acompanhar a execução da pena das mulheres beneficiadas pela progressão especial de que trata o § 3º do art. 112 desta Lei, monitorando sua integração social e a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ocorrência de reincidência, específica ou não, mediante a realização de avaliações periódicas e de estatísticas criminais.
§ 2º Os resultados obtidos por meio do monitoramento e das avaliações periódicas previstas no inciso VII do *caput* deste artigo serão utilizados para, em função da efetividade da progressão especial para a ressocialização das mulheres de que trata o § 3º do art. 112 desta Lei, avaliar eventual desnecessidade do regime fechado de cumprimento de pena para essas mulheres nos casos de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça.

Art.112[...]
§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:
I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;
III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;
IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;
V - não ter integrado organização criminosa.
§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.

Art. 4º O § 2º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), passa a vigorar com a seguinte redação:

Art.2º [...]
§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). [149]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Na tentativa de amenizar o tratamento inconstitucional das mulheres dentro do sistema penitenciário, foi instituído a padronização de cuidados com a mulher gestante e lactante.[150]

A determinação surgiu a partir de visitas do CNJ à presídios femininos de 26 estados da federação, onde foi verificada a discricionariedade do gestor no tratamento das presas e seus filhos. Em São Paulo quatorze bebês não tinham registro de nascimento e, no Distrito Federal, quatro bebês não estavam devidamente vacinados (sem BCG) após o parto.[151]

Dessa forma, a referida padronização de tratamento é primordial, já que legitima a melhor maneira de se tutelar as especificidades dos sujeitos de direito em referência e impede que normas gerais sejam aplicadas de modo diverso dependendo da unidade penitenciária em análise.

Outro ponto relevante é aquele levantado pela Ministra Cármen Lúcia, que sugere a implementação de mais Casas de referência da presa grávida em número proporcional à quantidade de presas grávidas por estado. Já naqueles estados com menor número de presas grávidas se faz necessário tão somente locais específicos ao cuidado da mulher gestante e lactante. Todas de acordo com as previsões legais já estabelecidas.[152]

De todo modo, é imprescindível a comunhão de forças do poder executivo e judiciário na disponibilização de mais médicos, itens materiais em consonância com as reais necessidades das unidades prisionais a que são destinadas, serviço social centrado na verificação da situação da mãe que obtêm liberdade, verificando se persiste o uso de drogas ou outros atos ilícitos, comprometendo a saúde do filho.[153]

Com relação a esta observação realizada pela Excelentíssima Ministra, nota-se que a Lei 13.769/2018 caminha neste sentido, já que impõe ao departamento penitenciário local, no art. 72, VII, da Lei de Execução Penal, a observação da execução da pena daquelas mulheres que farão uso da progressão especial, analisando seu comportamento e integração social.[154]

No julgamento do Habeas Corpus n° 143.641, onde se discutia o direito à prisão domiciliar da presa gestante, puérpera ou com filho de até 12 anos, a Procuradoria-Geral da República se pronunciou no sentido de que a maternidade não pode ser garantia contra a prisão, pois o art. 318 do Código de Processo Penal não estabeleceria direito subjetivo automático e o objetivo da norma seria tutelar direitos da criança e não da mãe, que poderia até representar risco para esta.[155]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Contudo, a opinião do Ministro Ricardo Lewandowski segue no sentido contrário. Em seu entendimento, o fato de a criança estar sob o cuidado de sua mãe não necessita de comprovação, especialmente quando a criança tiver até dois anos de vida, fator ainda mais evidente da necessidade dos cuidados da mãe:[156]

> De mais a mais, conforme já afirmei quando do julgamento do HC 143.641/SP, deve-se dar credibilidade à palavra da mãe quanto ao fato de que a criança está sob seus cuidados. No caso concreto, tratando-se de criança ainda em fase de aleitamento materno, que se estende até os dois anos de vida, a presunção se aplica com maior nitidez, razão pela qual não vislumbro necessidade de nenhuma outra medida complementar, tal como laudo social. Evidentemente, porém, é de todo recomendável que o juízo de origem oficie aos órgãos da assistência social do Estado e do Município, pela natural dificuldade de reinserção da presa e de sua criança na sociedade. Relevante observar que, apesar da condenação pelo juízo singular, a prisão não perde seu caráter cautelar. Tratando-se de presa com condenação não definitiva, aplica-se, in totum, o entendimento fixado pela maioria dos Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal para que se conceda o benefício da prisão domiciliar à paciente até o trânsito em julgado da condenação.

Realizando uma observação acerca dos motivos utilizados para desautorizarem a aplicação do disposto no art. 318, IV e V do Código de Processo Penal, bem como o argumento sobre possível perigo que a mãe representaria à própria prole, fundamenta que não possui respaldo legal:[157]

> Documentos eletrônicos 440, 544, 589 e 631: esclareço que o fato de a presa ser flagrada levando substâncias entorpecentes para estabelecimento prisional não é óbice à concessão da prisão domiciliar e, em hipótese nenhuma, configura a situação de excepcionalidade a justificar a manutenção da custódia cautelar. Ademais, a concepção de que a mãe que trafica põe sua prole em risco e, por este motivo, não é digna da prisão domiciliar, não encontra amparo legal e é dissonante do ideal encampado quando da concessão do habeas corpus coletivo. Outrossim, não há razões para suspeitar que a mãe que trafica é indiferente ou irresponsável para o exercício da guarda dos filhos, nem para,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> por meio desta presunção, deixar de efetivar direitos garantidos na legislação nacional e supranacional.

Ademais, segundo o Eminente Ministro, a execução após condenação em segundo grau, sem o trânsito em julgado, ainda possui natureza provisória, sendo cabível, portanto, o disposto no art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal.[158]

Ainda de acordo com o Excelentíssimo Ministro, se for o caso, poderia se pensar em uma modificação legislativa para que a regra se estenda às mulheres com penas já transitado em julgado:

> Reitero, como já destaquei no julgamento do mérito deste habeas corpus coletivo, que as pessoas em prol de quem a ordem foi concedida são as mais vulneráveis de nossa população. Estatisticamente, não há dúvidas de que são as mulheres negras e pobres, bem como sua prole – crianças que, desde seus primeiros anos de vida, são sujeitas às maiores e mais cruéis privações de que se pode cogitar: privações de experiências de vida cruciais para seu pleno desenvolvimento intelectual, social e afetivo – as encarceradas e aquelas cujos direitos, sobretudo no curso da maternidade, são afetados pela política cruel de encarceramento a que o Estado brasileiro tem sujeitado sua população. Por isso, foi em boa hora que o legislador, por meio da Lei 13.257/2016, adaptou a legislação brasileira aos consensos internacionais relativos a direitos humanos da mulher presa. A lei deve ser cumprida em toda a sua extensão, assim com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no habeas corpus coletivo. Além disso, destaco que a prisão domiciliar não perde seu caráter de restrição da liberdade individual, como a própria nomenclatura revela, de sorte que não há contradição entre a presente determinação e o atual posicionamento do STF quanto ao início da execução da pena. Assim, no que tange ao caso concreto, concedo habeas corpus de ofício. Oficie-se ao Juízo de origem. Sem prejuízo, oficie-se ao Congresso Nacional para que, querendo, proceda aos estudos necessários a fim de avaliar se é o caso de estender a regra prevista no art. 318, IV e I, do Código de Processo Penal, às presas definitivas, i.e., aquelas cuja condenação já transitou em julgado, dados os compromissos internacionais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> assumidos pelo Brasil e, em especial, as regras de Bangkok. Encaminhe-se cópia da decisão concessiva do habeas corpus coletivo.

Surge o questionamento se, mesmo face os constantes prejuízos advindos da incapacidade do Estado em proteger aqueles que se encontram sob sua tutela, o poder de punição e execução de penas deveriam sobrepor valores constitucionais, tais quais o direito à vida, à integridade, à liberdade individual, bem como o princípio da intranscendência da pena.

3.1 Um novo modelo de unidades prisionais

Mesmo encontrando dificuldades na implementação de um sistema punitivo que obedeça ao ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, puna o indivíduo infrator buscando a sua efetiva reinserção na sociedade, a Administração Pública obteve alguns bons resultados que devem servir de modelo para a criação de um sistema punitivo eficaz.

Um desses estabelecimentos é o Centro de Ressocialização Feminino de Araraquara, criado em 2004, constituído por 64 presas cumprindo pena em regime fechado e 32 em regime semiaberto. Sua singela dimensão, bem como número de ocupantes, proporciona maior possibilidade de cumprimento das disposições presentes na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal.[159]

Um dos métodos utilizados pela gestão da unidade prisional é o trabalho de ressignificação da mulher, além da reconstrução da dignidade, autoestima, independência física e emocional da presa, buscando incentivar a descoberta de novos meios de sustento, manuais e intelectuais. [160]

A estrutura física da unidade comporta onze (11) celas, de 12 a 16 m², não protegidas por grades, com capacidade de acomodação de 6 a 9 reeducandas, sem separações por tipo de constrição. Os dormitórios possuem camas e colchões individuais com fornecimento de roupa de cama e banho, instalação sanitária, com acesso livre, chuveiro de água quente e material de higiene. [161]

A unidade conta com sala de estoque de medicamentos e consultório médico, serviço médico clínico disponível ao menos duas vezes por dia, bem como a presença de psiquiatra. Atendimento emergencial, acesso a exames médicos necessários, aplicação de vacinas, recebimento de medicamentos de uso contínuo, sobretudo para as mulheres portadoras de doenças sexualmente transmissíveis, são algumas das práticas oferecidas.[162]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Quanto a educação, o Centro de Ressocialização possui 39 presas cursando o ensino médio ou o ensino fundamental. Todas as presas estão em trabalho efetivo, exercendo atividades internas (67), na manutenção da própria Unidade ou em funções fora do Centro. As presas recebem três terços do salário mínimo que lhes é destinado, já que o restante é usado para pagar as reeducandas que realizam o trabalho interno.[163]

Tal é a meticulosidade do Centro que, nos períodos em que foi objeto de pesquisa, não apresentou registro de acidente de trabalho nem de apreensão de armas brancas, armas de fogo, drogas ou aparelhos de telefone móvel. Nesse tempo 41 alvarás de soltura, 58 autorizações de saída temporária e 8 remoções para outros estabelecimentos foram cumpridos, sem ocorrência de nenhum envolvimento em motins, rebeliões, fugas, abandono ou óbito.[164]

Os Centros de Ressocialização vêm obtendo bons resultados, mostrando ser possível o cumprimento dos pressupostos constitucionais para a punição do detento e o resgate de sua dignidade. A matéria não visa criar um cenário idealizado do sistema criminal, mas chamar atenção à necessidade de formar um indivíduo saudável e reconstituído, apto a retornar à sociedade e cessar a prática de crimes.[165]

Nesse sentido, trata-se de um trabalho voltado à socialização de indivíduos, com a implementação de valores que possivelmente lhes faltaram na criação. A partir do momento que as presas entram em contanto com novas oportunidades de vida, espera-se que criem independência, adquirindo a capacidade de negar ofertas dirigidas à criminalidade.[166]

Partilhando do mesmo ponto de vista, a unidade prisional APAC (Associação de Proteção e Assistência a Condenados) em Paracatu, Minas Gerais, preza pela ressocialização por meio do trabalho, disciplina e religião. O estabelecimento ganhou fama ao apresentar índice de 60% de recuperação dos presos que possuíam penas de até 38 anos por homicídio, estupro, tráfico, roubo, estelionato ou associação criminosa. [167]

O prédio em que é mantida a unidade é preservado pelos próprios presos, chamados ‘recuperandos’, e não conta com a presença de guardas armados. No sistema prisional comum cada preso custa em média R$ 4.500, 00, enquanto na APAC, que conta com convênio da Secretaria estadual de Defesa Social, apenas R$ 915, 00: [168]

> A instituição prisional funciona em parceria com a Pastoral Carcerária e um grande número de voluntários de Paracatu. Há 14 funcionários contratados e os recuperandos se revezam em múltiplas tarefas e abatem, com o trabalho e o estudo, tempo de duração da pena. O prédio, com higiene e pintura impecáveis, foi construído em um terreno doado pela Igreja Católica. O estado repassou R$1,1 milhão, e a sociedade paracatuense doou outros R$700 mil, num total de R$1,8 milhão para um prédio que mais parece um hotel, com dois pavimentos, auditórios e consultório odontológico. Um sem número de recuperandos exibe sorrisos metálicos pelos aparelhos nos dentes.

Os presos seguem uma rotina estrita, que compreende estudo em cursos profissionalizantes, grande parte do dia voltado ao trabalho em oficinas de artesanato, padaria, cozinha, serralheria e marcenaria.[169] A autorização de ingresso é deferida pelo juiz local, após pedido do detento e possui como pré-requisito o bom comportamento do preso e a atenção a normas de disciplina. [170]

Diante do exposto, observa-se que as unidades prisionais que atualmente predominam no Brasil não ofertam reais condições para a ressocialização da mulher, sua recuperação efetiva e a quebra do ciclo de criminalidade.

No entanto, cumpre apontar que os benefícios deveriam reservar-se às mães gestantes, puérperas e com filhos de até 7 anos, já que a Lei 7.210 prevê nos artigos 83, § 2º e 89 que as creches destinadas a abrigar crianças no sistema prisional deverão comportar indivíduos de idade inferior a 7 anos, configurando este o tempo máximo de permanência da criança no cárcere.

Nesse ponto, tendo em vista que a criança a partir dos 7 anos já não mais é permitida estar no ambiente prisional junto de sua mãe – não existindo local destinado a sua permanência na estrutura prisional daí em diante – não deve ser inclusa no benefício, já que foge da problemática em discussão, sendo o fato legitimador da constrição fora da unidade prisional justamente a submissão da criança a uma unidade prisional inconstitucional.

Com base no atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, o benefício se estende às mães com filhos de até 12 anos, que segundo o Estatuto da Criança e Adolescente ainda seriam crianças. Ocorre que a mesma dificuldade que uma criança de 11 anos enfrenta longe de sua mãe encarcerada é aquela enfrentada por um jovem de 12 anos, neste caso não havendo possibilidade da prisão domiciliar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Se tratando, portanto, de cenários iguais, não se justifica o tratamento diferenciado. Destarte, a falta da mãe será prejudicial e dolorosa em qualquer idade, não havendo meio de suprir esse acontecimento estendendo o benefício.

Quanto as unidades prisionais, enquanto mudanças não forem implementadas, visando novo modelo de aplicação de pena, bem como olhar diferenciado para os acusados e condenados, deve vigorar o posicionamento do Eminente Magistrado Ricardo Lewandowski, no sentido de permitir que as mulheres presas cautelarmente, atendendo aos requisitos objetivos, como já fora positivado na Lei 13.769/2018, obtenham o benefício da prisão domiciliar.

No entanto, é necessário ressaltar a necessidade do exame do caso concreto, analisando-se também os requisitos subjetivos, já que se tratam de casos particularíssimos, envolvendo a vida de crianças, que podem ser seriamente violadas pela ausência, mas também pela presença abusiva, pois existem casos em que a mãe não se encontra apta a criar seus filhos.

No que concerne aquelas mulheres com sentença já transitada em julgado, a solução encontrada pela Lei 13.769/2018 se mostra viável, permitindo uma progressão de regime mais benéfica. Assim como regras devem ser implementadas quanto ao tratamento das mães intramuros, fornecendo uma padronização em todos os estabelecimentos prisionais.

É possível e necessária a penalização e responsabilização das mulheres gestantes, puérperas e com filhos de até 7 anos dentro do sistema prisional pelas ações criminosas praticadas e até mesmo a obtenção de bons resultados, como os exemplos outrora citados demonstram, mas não do modo arcaico que o Estado insiste em realizar.

Portanto, no quadro atual, as garantias fundamentais de proteção da sociedade devem ser parcialmente – já que existem outras formas de vigilância – e temporariamente mitigadas até que sejam alcançadas as condições de cumprimento de pena nos presídios.

Assim, contudo, que a Administração Pública caminhar para a construção de um novo modelo punitivo e gestacional das penitenciárias brasileiras, os cenários discutidos quanto aos benefícios poderão e deverão ser revistos, a fim que o Estado resgate seu poder pleno de punição *(ius puniendi).*

CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A população penitenciária masculina recebeu até hoje mais atenção do Estado por envolver um maior contingente. Ocorre que o número de mulheres privadas de liberdade vem aumentando significativamente, o que impôs ao Judiciário, bem como aos pesquisadores, buscar a razão desse crescimento e formas de preservar os direitos de grupo tão sensível, dadas as suas peculiaridades.

A criminologia feminista, nesse aspecto, contribuiu bastante para a discussão da criminalidade feminina, ensejando que a punição desse grupo também se submetesse a um critério crítico. A propósito, em diversos artigos científicos pesquisadores se debruçaram sobre as necessidades do gênero ausentes no sistema penitenciário, com sérios danos aos aprisionados.

O que se observa hoje é um sistema de justiça criminal tentando de todo modo suprir erros de diversas naturezas da própria Administração Pública na gestão das penitenciárias brasileiras em geral e no cumprimento de prerrogativas, como as previstas na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal.

Assim, na ausência de observância do ordenamento jurídico por parte do Estado na garantia de condições e recursos materiais, resta ao Judiciário a adoção de medidas de amparo a esse grupo de pessoas, permitindo às presas cautelares exercer a maternidade fora do sistema penitenciário ou progredir de regime mais facilmente. Afinal, o Estado de Direito não pode ser conivente com violações a garantias fundamentais, com o único fim de punir.

Isso ocorre também porque não está sendo discutido apenas o direito de mulheres, mas também o de crianças, que segundo a Declaração Universal dos Direitos da Criança, princípio II, gozam de uma proteção especial, merecedores de um tratamento diferenciado.

Contudo, precisa-se reconhecer que essas prerrogativas têm eficácia em caráter apenas transitório, sendo necessário que o Estado recupere o poder de punir e de executar a pena *(ius puniendi)*, de modo a prevenir o cometimento de infrações. A resposta do Estado deve ser rápida e severa para que cumpra o objetivo de proteger a sociedade contra práticas delituosas, mas sem ferir o Estado de Direito.

Cabe ao sistema de justiça criminal avançar em relação a questões como a situação processual dos indivíduos que se encontram privados de liberdade, a fim de que se respeitem, por exemplo, as progressões de regime, concessões de liberdade provisória, celeridade e determinações padronizadas no tratamento da mulher intramuros. E ao Poder Legislativo, o estabelecimento de limite temporal das prisões cautelares.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É de reconhecer que medidas benéficas vêm sendo tomadas no sentido de proporcionar melhor tratamento àqueles que se encontram privados de liberdade, como a criação do Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes e a elaboração de protocolo de recomendações ao sistema prisional para cuidados padronizados à saúde das presas gestantes.

No Brasil já existem modelos de prisões considerados bem-sucedidos, que valorizam o aspecto humano e o trabalho de ressignificação do indivíduo. Os instrumentos adotados nesse processo associam o trabalho, o tratamento psicológico, a inserção criteriosa e lenta à sociedade e a observância do ordenamento jurídico.

Retirar a prática de ilicitudes sem oferecer alternativa ao indivíduo dificilmente coibirá a prática da criminalidade, muitas vezes o único recurso que o infrator conhece, pelo que as prisões devem ser vistas como oportunidade de ensinar novas formas de vida, não de violência.

Tendo em vista que a Lei 7.210 prevê nos artigos 83, § 2º e 89 a permanência da criança no cárcere até os 7 anos, os benefícios não devem se estender a mães com filhos de até 12 anos.

É forçoso reconhecer, portanto, que só será possível ao Estado recuperar o poder de punir plenamente as mulheres gestantes, puérperas ou com filhos de até 7 anos quando obedecer aos parâmetros legais, bem como quando a punição estiver direcionada à recuperação do indivíduo.

REFERÊNCIAS

BARCINSKI, Mariana; CÚNICO, Sabrina. Mulheres no tráfico de drogas: retratos da vitimização e do protagonismo feminino. **Civitas - Revista de ciências sociais**, v. 16, n. 1, 2016. Disponível em: http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/22590. Acesso em: 26 out. 2018.

BRAGA, Ana; ANGOTTI, Bruna. Da hipermaternidade à hipomaternidade. **Revista Ensaios**, v. 12, n. 22, 2015. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101231/hipermaternidade_hipomaternidade_carcere_braga.pdf. Acesso em: 24 set. 2018.

BRAGA, Ana. Entre a soberania da lei e o chão da prisão. **Revista Direito GV**, v. 11, n. 2, p. 8, nov. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v11n2/1808-2432-rdgv-11-2-0523.pdf. Acesso em: 20 maio. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 29 mar. 2018.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 6 de jul. de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 11 abr. 2018.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Seção 1, p. 15562. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 29 mar. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940.Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941.Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm#art319. Acesso em: 23 out. 2018.

BRASIL. Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984.Institou a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm. Acesso em: 13 abr. 2018.

BRASIL. Lei n° 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília,

DF, 24 out. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 30 out. 2018.

BRASIL. Lei n° 7.960, de 21 de dezembro de 1989.Dispõe sobre prisão temporária. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 dez. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm. Acesso em: 1 out. 2018.

BRASIL. Lei n° 11.942, de 28 de maio de 2009. Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 mai. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11942.htm. Acesso em: 11 abr. 2018.

BRASIL. Lei n° 13.769, de 19 de dezembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis nºs 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 dez. 2018. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2018/lei-13769-19-dezembro-2018-787485-publicacaooriginal-157028-pl.html. Acesso em: 28 fev. 2018.

BRASIL. **Lei 13. 769/2018**: Primeiras Impressões – Juiz Fernando Bargalo. Poder Judiciário da União - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/lei-13-769-2-018-primeiras-impressoes-juiz-fernando-barbagalo. Acesso em: 14 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Distrito Federal: Partido Socialismo e Liberdade – Psol, 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf. Acesso em: 30 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus coletivo. **Habeas Corpus n° 143.641**, da 2ª Turma Criminal. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338809875&ext=.pdf. Acesso em: 31 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580.252.** Mato Grosso do Sul: Defensoria Pública do Mato Grosso do Sul, 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/estado-indenizar-preso-situacao.pdf. Acesso em: 29 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 152.752**. Paraná: Cristiano Zanin Martins e outro(a/s), 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf. Acesso em: 5 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 152.932**. São Paulo: Defensoria Pública do estado de São Paulo, 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313753817&ext=.pdf. Acesso em: 29 jan. 2019

BUENO, SILVEIRA. **Minidicionário da Língua Portuguesa.** 2. ed. São Paulo: FTD, 2007.

CADASTRO Nacional de presas grávidas e lactantes. **Revista CNJ de notícias**, Brasília. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shIGLMapa. Acesso em: 29 out. 2018

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

CÁRMEN Lúcia: **Lei do ventre livre é de 1871, mas bebês ainda nascem na prisão.** Disponível em: https://agenciapatriciagalvao.org.br/mulheres-de-olho/dsr/carmen-lucia-lei-do-ventre-livre-e-de-1871-mas-bebes-ainda-nascem-na-prisao/. Acesso em: 31 out. 2018.

CASTILHOS, Tiago; SILVEIRA, Felipe. O prazo de duração da prisão preventiva: um vazio legal no marco dos direitos humanos. **Revista Justiça do Direito**, v. 30, n. 2, ago. 2016. Disponível em: http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/5145/3723. Acesso em: 29 out 2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf. Acesso em: 30 mar. 2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília, 2018, v.3. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2018/SISTEMA_PRISIONAL_3.pdf. Acesso em: 24 jan. 2019.

CORTINA, Monica. **Mulheres e tráfico de drogas**: aprisionamento e criminologia feminista. Periódicos UFSC, v. 23, n. 3, 2015. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/41765/30378. Acesso em: 29 set. 2018.

D'Ávila, Maria Clara. **Aprovado projeto de lei que garante prisão domiciliar para mães e gestantes,** 2018. Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. Disponível em: http://ittc.org.br/aprovado-lei-13769-prisao-domiciliar/. Acesso em: 14 mar. 2019.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: Infopen mulheres. 2014. Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf/view. Acesso em: 12 abr. 2018.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: Infopen. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/infopen-levantamento.pdf. Acesso em: 29 mar. 2018.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: Infopen mulheres. 2 ed. 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 22 set. 2018.

DINIZ, Debora. **Meninas fora da lei**: a medida socioeducativa de internação no Distrito Federal. Disponível em: http://ens.sinase.sdh.gov.br/ens2/images/Biblioteca/Livros_e_Artigos/Anis-Meninas-fora-da-lei-2017-2.pdf. Acesso em: 4 mar. 2018.

ESPINOZA, Olga. A prisão feminina desde um olhar da criminologia feminista. **Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias**, Pelotas, v. 1, n. 1. Disponível em: https://pt.scribd.com/doc/98749865/A-Prisao-Feminina-Desde-Um-Olhar-Criminologia-Feminista. Acesso em: 29 set. 2018.

FERRARI, Ilka. Mulheres encarceradas: elas, seus filhos e nossas políticas. **Revista Mal-Estar e Subjetividade**, v. 10, n. 4, nov. 2010. Disponível em:

http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482010000400012. Acesso em: 22 ago. 2018.

GIMENES, José. Prisão após condenação de segunda instância não fere Constituição. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-fev-24/jose-jacomo-prisao-segunda-instancia-nao-fere-constituicao. Acesso em: 24 fev. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **Artigo do dia**: Tráfico de drogas: parâmetros para a diminuição da pena, 2010. Disponível em:https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2178393/artigo-do-dia-trafico-de-drogas-parametros-para-a-diminuicao-da-pena. Acesso em: 30 out. 2018

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Editora Impetus Ltda, 2017.

JUSTIÇA concede prisão domiciliar a mulher que ficou presa em cela com bebê recém-nascido. **Revista Fórum**, São Paulo. 2018. Disponível em: https://www.revistaforum.com.br/justica-concede-prisao-domiciliar-mulher-que-ficou-presa-em-cela-com-bebe-recem-nascido/. Acesso em: 30 set. 2018.

LEAL, Maria; AYRES, Barbara; ESTEVES-PEREIRA, Ana Paula; SÁNCHEZ, Alexandra; LAROUZÉ, Bernard. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. **Ciênc. saúde coletiva** [online], v.21, n.7, abr. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/readcube/epdf.php?doi=10.1590/1413-81232015217.02592016&pid=S1413-81232016000702061&pdf_path=csc/v21n7/1413-8123-csc-21-07-2061.pdf&lang=pt. Acesso em: 22 ago. 2018.

LIMA, Maria. **Presídio em Minas adota novo modelo e consegue recuperar 60% dos presos**. 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/presidio-em-minas-adota-novo-modelo-consegue-recuperar-60-dos-presos-20806983>. Acesso em: 1 fev. 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

OTONI, Luciana. Cármen Lúcia cria protocolo e cadastro de presas grávidas e lactantes. **Revista CNJ de notícias**, Brasília. 2018. Disponível em: http://cnj.jus.br/noticias/cnj/86931-carmen-lucia-cria-protocolo-e-cadastro-de-presas-gravidas-e-lactantes. Acesso em: 29 out. 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

RAMOS, Beatriz. Com 42 mil presas, Brasil tem a 4ª maior população carcerária feminina. **Revista Carta Capital**, São Paulo. 2018. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/sociedade/com-42-mil-presas-brasil-tem-a-4-maior-populacao-carceraria-feminina. Acesso em: 28 fev. 2018.

REGRAS de Bangkok. 2016. Disponível em:http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf. Acesso em: 30 out. 2018.

RIBEIRO, Geraldo. Prisão após condenação em segunda instância: execução provisória da pena. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**, v.6, n. 2, 2018. Disponível em: http://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/1153/pdf. Pág. 147.Acesso em: 9 abr. 2019.

RODAS, Sérgio. Ao não exigir prova de dolo, lei de drogas facilita prisão de usuário como traficante. **Revista Consultor Jurídico**. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-fev-18/nao-exigir-dolo-lei-drogas-facilita-prisao-usuarios. Acesso em: 1 out. 2018.

SUBCOMITÊ DE PREVENÇÃO DA TORTURA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Visita ao Brasil realizada de 19 a 30 de outubro**: observações e recomendações ao Estado Parte. Disponível em: http://www.mdh.gov.br/noticias/pdf/sedh-divulga-iii-relatorio-brasileiro-ao-mecanismo-de-revisao-periodica-universal-do-conselho-de-direitos-humanos-das-nacoes-unidas. Acesso em: 30 mar. 2018.

THEODORO, José. **Prisões e drogas estatísticas do sistema prisional**: dados de presos no Distrito Federal (SESIPE/DF), 2018.

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. Salvador: JusPODIVM, 2018.

---

[1] DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: Infopen. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/infopen-levantamento.pdf. Páginas 8 e 9. Acesso em: 29 mar. 2018

[2] DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias:** Infopen. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/infopen-levantamento.pdf. Página 25. Acesso em: 29 mar. 2018.

[3] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A visão do ministério público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília, 2016. Disponível em:http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf. Página 53. Acesso em: 30 mar. 2018.

[4] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A visão do ministério público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf. Página 28. Acesso em: 30 mar. 2018

[5] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A visão do ministério público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília, 2016. Disponível em:http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf. Página 28. Acesso em: 30 mar. 2018.

[6] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A visão do ministério público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf. Página 28. Acesso em: 30 mar. 2018.

[7] Com a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, os tratados relativos aos direitos humanos passaram a vigorar de imediato e a ser equiparados às normas constitucionais. Contudo, devem ser aprovados em dois turnos, por pelo menos três quintos dos votos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. De outra forma, serão considerados normas supralegais.

[8] BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Seção 1, p. 15562. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 29 mar. 2018.

[9] BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Seção 1, p. 15562. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 29 mar. 2018.

[10] O comitê realizou sua segunda visita ao Brasil de 19 a 30 de outubro de 2015. O SPT visitou quatro estados: Distrito Federal (Brasília), Amazonas, Pernambuco

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e Rio de Janeiro, e realizou mais de 20 visitas a locais de detenção, incluindo prisões, centros de detenção provisória, delegacias de polícia, unidades prisionais para mulheres, unidades socioeducativas, hospitais penitenciários e institutos forenses.

[11] SUBCOMITÊ DE PREVENÇÃO DA TORTURA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Visita ao Brasil realizada de 19 a 30 de outubro**: observações e recomendações ao Estado Parte. Disponível em: http://www.mdh.gov.br/noticias/pdf/sedh-divulga-iii-relatorio-brasileiro-ao-mecanismo-de-revisao-periodica-universal-do-conselho-de-direitos-humanos-das-nacoes-unidas. Página 14. Acesso em: 30 de mar. 2018.

[12] SUBCOMITÊ DE PREVENÇÃO DA TORTURA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Visita ao Brasil realizada de 19 a 30 de outubro**: observações e recomendações ao Estado Parte. Disponível em: http://www.mdh.gov.br/noticias/pdf/sedh-divulga-iii-relatorio-brasileiro-ao-mecanismo-de-revisao-periodica-universal-do-conselho-de-direitos-humanos-das-nacoes-unidas. Página 13. Acesso em: 30 de mar. 2018.

[13] SUBCOMITÊ DE PREVENÇÃO DA TORTURA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Visita ao Brasil realizada de 19 a 30 de outubro**: observações e recomendações ao Estado Parte. Disponível em: http://www.mdh.gov.br/noticias/pdf/sedh-divulga-iii-relatorio-brasileiro-ao-mecanismo-de-revisao-periodica-universal-do-conselho-de-direitos-humanos-das-nacoes-unidas. Página 10. Acesso em: 30 de mar. 2018.

[14] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 29 mar. 2018.

[15] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 29 mar. 2018.

[16] BUENO, SILVEIRA. Minidicionário da Língua Portuguesa. 2. Ed. São Paulo: FTD, 2007.

[17] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 29 mar. 2018.

[18] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Distrito Federal: Partido Socialismo e Liberdade – Psol, 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf. Página 22. Acesso em: 30 mar. 2018.

[19] DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: Infopen mulheres. 2 ed. 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Página 14. Acesso em: 22 set. 2018.

[20] RAMOS, Beatriz. Com 42 mil presas, Brasil tem a 4ª maior população carcerária feminina. **Revista Carta Capital**, São Paulo. 2018. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/sociedade/com-42-mil-presas-brasil-tem-a-4-maior-populacao-carceraria-feminina. Acesso em: 28 fev. 2018.

[21] DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: Infopen mulheres. 2014. Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf/view. Página 5. Acesso em: 12 abr. 2018.

[22] BRAGA, Ana. Entre a soberania da lei e o chão da prisão. **Revista Direito GV**, v. 11, n. 2, p. 8, nov. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v11n2/1808-2432-rdgv-11-2-0523.pdf. Acesso em: 20 mai. 2018.

[23] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A visão do ministério público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília, 2018. v.3. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2018/SISTEMA_PRISIONAL_3.pdf. Páginas 27 e 28. Acesso em: 24 jan. 2019.

[24] BRASIL. Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984.Institou a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm. Acesso em: 13 abr. 2018.

[25] DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: Infopen mulheres. 2 ed. 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-

mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Página 22. Acesso em: 22 set. 2018.

[26] DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: Infopen mulheres. 2 ed. 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Páginas 69. Acesso em: 18 mar. 2019.

[27] DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: Infopen mulheres. 2 ed. 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Página 69. Acesso em: 18 mar. 2019.

[28] DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: Infopen mulheres. 2 ed. 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Páginas 68. Acesso em: 18 mar. 2019.

[29] LEAL, Maria; AYRES, Barbara; ESTEVES-PEREIRA, Ana Paula; SÁNCHEZ, Alexandra; LAROUZÉ, Bernard. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. **Ciênc. saúde coletiva** [online], v. 21, n.7, p. 2, abr. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/readcube/epdf.php?doi=10.1590/1413-81232015217.02592016&pid=S1413-81232016000702061&pdf_path=csc/v21n7/1413-8123-csc-21-07-2061.pdf&lang=pt. Acesso em: 22 ago. 2018.

[30] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 11 abr. 2018.

[31] BRASIL. Lei n° 11.942, de 28 de maio de 2009. Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 mai. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11942.htm. Acesso em: 11 abr. 2018.

[32] Face ausência de pesquisas de âmbito nacional a respeito do tema, foi realizado um estudo "Saúde materno-infantil nas prisões" financiado pelas instituições Oswaldo Cruz e Ministério da Saúde que integrou a matéria tratada no presente artigo. O censo foi realizado entre agosto de 2012 e janeiro de 2014 nas unidades prisionais femininas que abrigavam mães vivendo com seus filhos, localizados nas capitais e regiões metropolitanas de 24 estados brasileiros e no Distrito Federal.

[33] LEAL, Maria; AYRES, Barbara; ESTEVES-PEREIRA, Ana Paula; SÁNCHEZ, Alexandra; LAROUZÉ, Bernard. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. **Ciênc. saúde coletiva** [online], v. 21, n.7, p. 2 e 4, abr. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/readcube/epdf.php?doi=10.1590/1413-81232015217.02592016&pid=S1413-81232016000702061&pdf_path=csc/v21n7/1413-8123-csc-21-07-2061.pdf&lang=pt. Acesso em: 22 ago. 2018.

[34] DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: Infopen mulheres. 2 ed. 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Página 61. Acesso em: 18 mar. 2019.

[35] DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: Infopen mulheres 2ª edição – 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Página 29. Acesso em: 18 mar. 2019.

[36] DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: Infopen mulheres. 2 ed. 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Página 29. Acesso em: 18 mar. 2019.

[37] DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: Infopen mulheres. 2 ed. 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Páginas 32 e 33. Acesso em: 22 set. 2018.

[38] FERRARI, Ilka. Mulheres encarceradas: elas, seus filhos e nossas políticas. **Revista Mal-Estar e Subjetividade**, v. 10, n. 4, nov. 2010. Disponível

em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482010000400012. Acesso em: 22 ago. 2018.

[39] JUSTIÇA concede prisão domiciliar a mulher que ficou presa em cela com bebê recém-nascido. **Revista Fórum**, São Paulo. Disponível em: https://www.revistaforum.com.br/justica-concede-prisao-domiciliar-mulher-que-ficou-presa-em-cela-com-bebe-recem-nascido/. Acesso em: 30 set. 2018.

[40] BRAGA, Ana. Entre a soberania da lei e o chão da prisão. **Revista Direito GV**, v. 11, n. 2, p. 15, nov. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v11n2/1808-2432-rdgv-11-2-0523.pdf. Acesso em: 20 mai. 2018

[41] BRAGA, Ana. Entre a soberania da lei e o chão da prisão. **Revista Direito GV**, v. 11, n. 2, p. 15 e 16, nov. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v11n2/1808-2432-rdgv-11-2-0523.pdf. Acesso em: 20 mai. 2018

[42] BRAGA, Ana. Entre a soberania da lei e o chão da prisão. **Revista Direito GV**, v. 11, n. 2, p. 15, nov. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v11n2/1808-2432-rdgv-11-2-0523.pdf. Acesso em: 20 mai. 2018

[43] OTONI, Luciana. Cármen Lúcia cria protocolo e cadastro de presas grávidas e lactantes. **Revista CNJ de notícias**. Brasília, 2018. Disponível em: http://cnj.jus.br/noticias/cnj/86931-carmen-lucia-cria-protocolo-e-cadastro-de-presas-gravidas-e-lactantes. Acesso em: 29 out. 2018

[44] BRAGA, Ana; ANGOTTI, Bruna. Da hipermaternidade à hipomaternidade. **Revista Ensaios**, v.12, n.22, p. 7, 2015.Disponível:https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101231/hipermaternidade_hipomaternidade_carcere_braga.pdf. Acesso em: 24 set. 2018.

[45] BRAGA, Ana. Entre a soberania da lei e o chão da prisão. **Revista Direito GV**, v. 11, n. 2, p. 14, nov. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v11n2/1808-2432-rdgv-11-2-0523.pdf. Acesso em: 20 mai. 2018.

[46] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 11 abr. 2018.

[47] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Editora Impetus Ltda, 2017. Páginas 624 e 625.

[48] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Editora Impetus Ltda, 2017. Páginas 624 e 625.

[49] BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 6 de jul. de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 11 abr. 2018.

[50] BRAGA, Ana. Entre a soberania da lei e o chão da prisão. Revista Direito GV, v. 11, n. 2, p. 19 e 20, nov. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v11n2/1808-2432-rdgv-11-2-0523.pdf. Acesso em: 20 mai. 2018

[51] DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: Infopen mulheres. 2 ed. 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Páginas 37, 40, 43, 51. Acesso em: 22 set. 2018.

[52] DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: Infopen mulheres. 2014. Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf/view. Página 20. Acesso em: 03 mar. 2018.

[53] DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: Infopen mulheres. 2 ed. 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Página 19. Acesso em: 22 set. 2018.

[54] DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: Infopen mulheres. 2 ed. 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Página 56. Acesso em: 22 set. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[55] THEODORO, José. **Prisões e drogas estatísticas do sistema prisional**: dados de presos no Distrito Federal (SESIPE/DF), 2018.

[56] VIANA, Eduardo. **Criminologia**. Salvador: JusPODIVM, 2018. Página 53.

[57] VIANA, Eduardo. **Criminologia**. Salvador: JusPODIVM, 2018. Página 87.

[58] ESPINOZA, Olga. A prisão feminina desde um olhar da criminologia feminista. **Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias**, Pelotas, v. 1, n. 1. Disponível em: https://pt.scribd.com/doc/98749865/A-Prisao-Feminina-Desde-Um-Olhar-Criminologia-Feminista. Páginas 13 e 14. Acesso em: 29 set. 2018.

[59] ESPINOZA, Olga. A prisão feminina desde um olhar da criminologia feminista. **Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias**, Pelotas, v. 1, n. 1. Disponível em: https://pt.scribd.com/doc/98749865/A-Prisao-Feminina-Desde-Um-Olhar-Criminologia-Feminista. Páginas 13 e 14. Acesso em: 29 set. 2018.

[60] ESPINOZA, Olga. A prisão feminina desde um olhar da criminologia feminista. **Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias**, Pelotas, v. 1, n. 1. Disponível em: https://pt.scribd.com/doc/98749865/A-Prisao-Feminina-Desde-Um-Olhar-Criminologia-Feminista. Páginas 15. Acesso em: 29 set. 2018.

[61] ESPINOZA, Olga. A prisão feminina desde um olhar da criminologia feminista. **Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias**, Pelotas, v. 1, n. 1. Disponível em: https://pt.scribd.com/doc/98749865/A-Prisao-Feminina-Desde-Um-Olhar-Criminologia-Feminista. Páginas 16 e 17. Acesso em: 29 set. 2018.

[62] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A visão do ministério público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília, 2018. v. 3. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2018/SISTEMA_PRISIONAL_3.pdf. Páginas 27 e 28. Acesso em: 24 jan. 2019.

[63] DINIZ, Debora. **Meninas fora da lei**: a medida socioeducativa de internação no Distrito Federal. Disponível em: http://ens.sinase.sdh.gov.br/ens2/images/Biblioteca/Livros_e_Artigos/Anis-Meninas-fora-da-lei-2017-2.pdf. Páginas 4 e 6. Acesso em: 4 mar. 2018.

[64] DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: Infopen mulheres. 2 ed. 2018. Disponível em:

http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Página 53. Acesso em: 22 set. 2018.

[65] RODAS, Sérgio. Ao não exigir prova de dolo, lei de drogas facilita prisão de usuário como traficante. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-fev-18/nao-exigir-dolo-lei-drogas-facilita-prisao-usuarios. Acesso em: 1 out. 2018.

[66] FERRARI, Ilka. Mulheres encarceradas: elas, seus filhos e nossas políticas. **Revista Mal Estar e Subjetividade**, v. 10, n. 4. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482010000400012. Acesso em: 23 set. 2018.

[67] DINIZ, Debora. **Meninas fora da lei**: a medida socioeducativa de internação no Distrito Federal. Disponível em: http://ens.sinase.sdh.gov.br/ens2/images/Biblioteca/Livros_e_Artigos/Anis-Meninas-fora-da-lei-2017-2.pdf. Páginas 13 e 14. Acesso em: 4 mar. 2018.

[68] DINIZ, Debora. **Meninas fora da lei**: a medida socioeducativa de internação no Distrito Federal. Disponível em: http://ens.sinase.sdh.gov.br/ens2/images/Biblioteca/Livros_e_Artigos/Anis-Meninas-fora-da-lei-2017-2.pdf. Página 14. Acesso em: 23 set. 2018.

[69] BARCINSKI, Mariana; CÚNICO, Sabrina. Mulheres no tráfico de drogas: retratos da vitimização e do protagonismo feminino. **Civitas - Revista de ciências sociais**, v. 16, n. 1. Disponível em: http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/22590. Páginas 6 e 7. Acesso em: 26 out. 2018.

[70] CORTINA, Monica. **Mulheres e tráfico de drogas**: aprisionamento e criminologia feminista. Periódicos UFSC, v. 23, n. 3, 2015. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/41765/30378. Página 7. Acesso em: 29 set. 2018

[71] BARCINSKI, Mariana; CÚNICO, Sabrina. Mulheres no tráfico de drogas: retratos da vitimização e do protagonismo feminino. **Civitas - Revista de ciências sociais**, v. 16, n. 1, 2016. Disponível em:http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/22590. Página 9. Acesso em: 26 out. 2018.

[72] PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2018. Página 60.

[73] Ibidem, página 68.

[74] Ibidem, página 68.

[75] LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. Página 156.

[76] PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2018. Página 76.

[77] Ibidem, páginas 111 e 112.

[78] Ibidem, página 412.

[79] Ibidem, página 412.

[80] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. Página 545.

[81] PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2018. Página 689.

[82] LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. Página 674.

[83] PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2018. Página 691.

[84] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 23 jan. 2019.

[85] LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. Página 588.

[86] Ibidem, página 588.

[87] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 152.752**. Paraná: Cristiano Zanin Martins e outro(a/s), 2018. Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf. Acesso em: 5 abr. 2019

[88] RIBEIRO, Geraldo. Prisão após condenação em segunda instância: execução provisória da pena. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**, v. 6, n. 2, 2018. Disponível em: http://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/1153/pdf. Pág. 147.Acesso em: 9 abr. 2019

[89] GIMENES, José. Prisão após condenação de segunda instância não fere Constituição. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-fev-24/jose-jacomo-prisao-segunda-instancia-nao-fere-constituicao. Acesso em: 24 fev. 2019.

[90] GIMENES, José. Prisão após condenação de segunda instância não fere Constituição. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-fev-24/jose-jacomo-prisao-segunda-instancia-nao-fere-constituicao. Acesso em: 24 fev. 2019.

[91] GIMENES, José. Prisão após condenação de segunda instância não fere Constituição. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-fev-24/jose-jacomo-prisao-segunda-instancia-nao-fere-constituicao. Acesso em: 24 fev. 2019.

[92] RIBEIRO, Geraldo. Prisão após condenação em segunda instância: execução provisória da pena**. Revista Reflexão e Crítica do Direito**, v.6, n. 2, 2018. Disponível em: http://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/1153/pdf. Pág. 147.Acesso em: 9 abr. 2019.

[93] GIMENES, José. Prisão após condenação de segunda instância não fere Constituição. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-fev-24/jose-jacomo-prisao-segunda-instancia-nao-fere-constituicao. Acesso em: 24 fev. 2019.

[94] GIMENES, José. Prisão após condenação de segunda instância não fere Constituição. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-fev-24/jose-jacomo-prisao-segunda-instancia-nao-fere-constituicao. Acesso em: 24 fev. 2019.

[95] RIBEIRO, Geraldo. Prisão após condenação em segunda instância: execução provisória da pena. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**, v.6, n. 2, 2018. Disponível em: http://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/1153/pdf. Pág. 148. Acesso em: 9 abr. 2019

[96] PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2018. Página 514.

[97] Ibidem, página 506.

[98] Ibidem, página 514.

[99] Ibidem, página 506.

[100] Ibidem, páginas 545 e 546.

[101] Ibidem, páginas 546 e 547.

[102] Ibidem, páginas 561 e 562.

[103] BRASIL. Lei n° 7.960, de 21 de dezembro de 1989.Dispõe sobre prisão temporária. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 dez. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm. Acesso em: 1 out. 2018.

[104] PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2018. Página 564.

[105] Ibidem, página 567.

[106] PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2018. Página 567.

[107] Ibidem, página 568.

[108] Ibidem, página 568.

[109] BRASIL. Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941.Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm#art319. Acesso em: 23 out. 2018.

[110] PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2018. Página 568.

[111] PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2018. Página 565.

[112] LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. Página 598.

[113] Ibidem, página 598.

[114] Ibidem, páginas 598 e 599.

[115] Ibidem, página 599.

[116] Ibidem, páginas 600 e 601.

[117] PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2018. Página 506.

[118] Ibidem, página 506.

[119] BRASIL. Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941.Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm#art319. Acesso em: 1 out. 2018.

[120] PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2018. Página 589.

[121] BRASIL. Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941.**Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm#art319. Acesso em: 1 out. 2018.

[122] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641**. São Paulo: Defensoria Pública da União, 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf. Página 33. Acesso em: 1 out. 2018

[123] DINIZ, Debora. **Meninas fora da lei**: a medida socioeducativa de internação no Distrito Federal. Disponível em: http://ens.sinase.sdh.gov.br/ens2/images/Biblioteca/Livros_e_Artigos/Anis-Meninas-fora-da-lei-2017-2.pdf. Página 4. Acesso em: 4 mar. 2018.

[124] DINIZ, Debora. **Meninas fora da lei**: a medida socioeducativa de internação no Distrito Federal. Disponível em: http://ens.sinase.sdh.gov.br/ens2/images/Biblioteca/Livros_e_Artigos/Anis-Meninas-fora-da-lei-2017-2.pdf. Página 4. Acesso em: 4 mar. 2018.

[125] DINIZ, Debora. **Meninas fora da lei**: a medida socioeducativa de internação no Distrito Federal. Disponível em: http://ens.sinase.sdh.gov.br/ens2/images/Biblioteca/Livros_e_Artigos/Anis-Meninas-fora-da-lei-2017-2.pdf. Página 6. Acesso em: 4 mar. 2018.

[126] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A visão do ministério público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília, 2018. v. 3. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2018/SISTEMA_PRISIONAL_3.pdf. Página 57. Acesso em: 24 jan. 2019.

[127] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A visão do ministério público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília, 2018. v.3. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2018/SISTEMA_PRISIONAL_3.pdf. Página 60. Acesso em: 25 jan. 2019.

[128] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A visão do ministério público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília, 2018. v. 3. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2018/SISTEMA_PRISIONAL_3.pdf. Página 60. Acesso em: 25 jan. 2019.

[129] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A visão do ministério público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília, 2018. v. 3. Disponível em:http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2018/SISTEMA_PRISIONAL_3.pdf. Página 60. Acesso em: 25 jan. 2019.

[130] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A visão do ministério público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília, 2018. v. 3. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2018/SISTEMA_PRISIONAL_3.pdf. Página 61. Acesso em: 25 jan. 2019.

[131] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A visão do ministério público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília, 2018. v. 3. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2018/SISTEMA_PRISIONAL_3.pdf. Página 61. Acesso em: 25 jan. 2019.

[132] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580.252**. Mato Grosso do Sul: Defensoria Pública do Mato Grosso do Sul, 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/estado-indenizar-preso-situacao.pdf. Página 2. Acesso em: 29 out. 2018.

[133] BRAGA, ANA. Entre a soberania da lei e o chão da prisão. **Revista Direito GV**, v. 11, n. 2, p. 20, nov. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v11n2/1808-2432-rdgv-11-2-0523.pdf. Acesso em: 29 out. 2018.

[134]REGRAS de Bangkok. 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf. Acesso em: 30 out. 2018.

[135] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte geral. Rio de Janeiro: Editora Impetus Ltda, 2017. Página 653.

[136] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte geral. Rio de Janeiro: Editora Impetus Ltda, 2017. Página 653.

[137] BRASIL. Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940.Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

[138] BRASIL. Lei n° 11.343, de 23 de agosto de 2006.Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 out. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 30 out. 2018.

[139] GOMES, Luiz Flávio. **Artigo do dia**: Tráfico de drogas: parâmetros para a diminuição da pena, 2010. Disponível em:https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2178393/artigo-do-dia-trafico-de-drogas-parametros-para-a-diminuicao-da-pena. Acesso em: 30 out. 2018

[140] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 29 out. 2018.

[141] CASTILHOS, Tiago; SILVEIRA, Felipe. O prazo de duração da prisão preventiva: um vazio legal no marco dos direitos humanos. **Revista Justiça do Direito**, v. 30, n. 2, p. 15, ago. 2016. Disponível em:<

http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/5145/3723>. Acesso em: 29 out. 2018.

[142] OTONI, Luciana. Cármen Lúcia cria protocolo e cadastro de presas grávidas e lactantes. **Revista CNJ de notícias**, Brasília. 2018. Disponível em: http://cnj.jus.br/noticias/cnj/86931-carmen-lucia-cria-protocolo-e-cadastro-de-presas-gravidas-e-lactantes. Acesso em: 29 out. 2018

[143] CÁRMEN Lúcia: **Lei do ventre livre é de 1871, mas bebês ainda nascem na prisão**. Disponível em: https://agenciapatriciagalvao.org.br/mulheres-de-olho/dsr/carmen-lucia-lei-do-ventre-livre-e-de-1871-mas-bebes-ainda-nascem-na-prisao/. Acesso em: 31 out. 2018

[144] CADASTRO nacional de presas grávidas e lactantes. **Revista CNJ de notícias**, Brasília. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shIGLMapa. Acesso em: 29 out. 2018

[145] CADASTRO nacional de presas grávidas e lactantes. **Revista CNJ de notícias**, Brasília. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shIGLMapa. Acesso em: 29 out. 2018

[146] D'Ávila, Maria Clara. **Aprovado projeto de lei que garante prisão domiciliar para mães e gestantes**, 2018. Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. Disponível em: http://ittc.org.br/aprovado-lei-13769-prisao-domiciliar/. Acesso em: 14 mar. 2019.

[147] BRASIL. **Lei 13. 769/2018**: Primeiras Impressões – Juiz Fernando Bargalo. Poder Judiciário da União - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/lei-13-769-2-018-primeiras-impressoes-juiz-fernando-barbagalo. Acesso em: 14 mar. 2019.

[148] BRASIL. **Lei 13. 769/2018**: Primeiras Impressões – Juiz Fernando Bargalo. Poder Judiciário da União - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/lei-13-769-2-018-primeiras-impressoes-juiz-fernando-barbagalo. Acesso em: 14 mar. 2019.

[149] BRASIL. Lei n° 13.769, de 19 de dezembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis nºs 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 dez. 2018. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2018/lei-13769-19-dezembro-2018-787485-publicacaooriginal-157028-pl.html. Acesso em: 28 fev. 2018

[150] OTONI, Luciana. Cármen Lúcia cria protocolo e cadastro de presas grávidas e lactantes. **Revista CNJ de notícias**, Brasília. 2018. Disponível em: http://cnj.jus.br/noticias/cnj/86931-carmen-lucia-cria-protocolo-e-cadastro-de-presas-gravidas-e-lactantes. Acesso em: 29 out. 2018

[151] OTONI, Luciana. Cármen Lúcia cria protocolo e cadastro de presas grávidas e lactantes. **Revista CNJ de notícias**, Brasília. 2018. Disponível em:< http://cnj.jus.br/noticias/cnj/86931-carmen-lucia-cria-protocolo-e-cadastro-de-presas-gravidas-e-lactantes>. Acesso em: 29 out. 2018

[152] CÁRMEN Lúcia: **Lei do ventre livre é de 1871, mas bebês ainda nascem na prisão**. Disponível em: https://agenciapatriciagalvao.org.br/mulheres-de-olho/dsr/carmen-lucia-lei-do-ventre-livre-e-de-1871-mas-bebes-ainda-nascem-na-prisao/. Acesso em: 31 out. 2018.

[153] CÁRMEN Lúcia: **Lei do ventre livre é de 1871, mas bebês ainda nascem na prisão**. Disponível em: https://agenciapatriciagalvao.org.br/mulheres-de-olho/dsr/carmen-lucia-lei-do-ventre-livre-e-de-1871-mas-bebes-ainda-nascem-na-prisao/. Acesso em: 31 out. 2018.

[154] BRASIL. Lei n° 13.769, de 19 de dezembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis nºs 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 dez. 2018. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2018/lei-13769-19-dezembro-2018-787485-publicacaooriginal-157028-pl.html. Acesso em: 28 fev. 2018

[155] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus coletivo. **Habeas Corpus n° 143.641**, da 2ª Turma Criminal. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338809875&ext=.pdf . Página 13. Acesso em: 31 out. 2018

[156] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 152.932**. São Paulo: Defensoria Pública do estado de São Paulo, 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313753817&ext=.pdf. Páginas 6 e 7. Acesso em: 29 jan. 2019.

[157] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641**. São Paulo: Defensoria Pública da União, 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000376935&base=baseMonocraticas. Acesso em: 29 jan. 2019.

[158] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641**. São Paulo: Defensoria Pública da União, 2018. Disponível:http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000376935&base=baseMonocraticas. Acesso em: 29 jan. 2019.

[159] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A visão do ministério público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília, 2018. v.3. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2018/SISTEMA_PRISIONAL_3.pdf. Página 62 e 63. Acesso em: 29 jan. 2019.

[160] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A visão do ministério público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília, 2018. v.3 Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2018/SISTEMA_PRISIONAL_3.pdf. Páginas 62 e 63. Acesso em: 29 jan. 2019.

[161] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A Visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília, 2018. v.3. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2018/SISTEMA_PRISIONAL_3.pdf. Páginas 66 e 67. Acesso em: 29 jan. 2019.

[162] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A visão do ministério público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília, 2018. v.3. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2018/SISTEMA_PRISIONAL_3.pdf. Página 67. Acesso em: 29 jan. 2019.

[163] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A visão do ministério público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília, 2018. v.3. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2018/SISTEMA_PRISIONAL_3.pdf. Página 68. Acesso em: 29 jan. 2019.

[164] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A visão do ministério público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília, 2018. v.3 Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2018/SISTEMA_PRISIONAL_3.pdf. Página 68. Acesso em: 29 jan. 2019.

[165] CNMP – CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A visão do ministério público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília, 2018. v.3 Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2018/SISTEMA_PRISIONAL_3.pdf. Página 69. Acesso em: 29 jan. 2019

[166] CNMP – CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A visão do ministério público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília, 2018. v.3 Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2018/SISTEMA_PRISIONAL_3.pdf. Página 70. Acesso em: 29 jan. 2019

[167] LIMA, Maria. **Presídio em Minas adota novo modelo e consegue recuperar 60% dos presos**. 2017. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/presidio-em-minas-adota-novo-modelo-consegue-recuperar-60-dos-presos-20806983. Acesso em: 1 fev. 2019

[168] LIMA, Maria. **Presídio em Minas adota novo modelo e consegue recuperar 60% dos presos**. 2017. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/presidio-em-minas-adota-novo-modelo-consegue-recuperar-60-dos-presos-20806983. Acesso em: 1 fev. 2019

[169] LIMA, Maria. **Presídio em Minas adota novo modelo e consegue recuperar 60% dos presos**. 2017. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/presidio-em-minas-adota-novo-modelo-consegue-recuperar-60-dos-presos-20806983. Acesso em: 1 fev. 2019

[170] LIMA, Maria. **Presídio em Minas adota novo modelo e consegue recuperar 60% dos presos**. 2017. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/presidio-em-minas-adota-novo-modelo-consegue-recuperar-60-dos-presos-20806983. Acesso em: 1 fev. 2019

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DA CRIMINALIDADE À CRIMINALIZAÇÃO: OS DIFERENTES FOCOS DE ABORDAGEM DA CRIMINOLOGIA ETIOLÓGICA POSITIVISTA E DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

RICARDO SILVEIRA DE AZEVEDO: Especialista em Direito Penal e Criminologia. Delegado de Polícia Civil do Estado de Pernambuco.

Resumo: O presente artigo visa analisar, sob os diversos enfoques estudados ao longo das teorias de cunho etiológico-individual, etiológico-estrutural, crítica-individual (*Labeling Approach*) e crítica-estrutural (Marxista), a formação da criminalidade, do mecanismo de rotulação e pré-definição de comportamentos antissociais indesejados na Sociedade Capitalista moderna, diante da permanente luta de classes. Nesse diapasão, as duas primeiras teorias ocuparam-se em identificar - ora no criminoso nato, ora no seu processo de formação diante de mecanismos de interação social - de onde proveria o "espírito criminoso", ao passo que *o Labeling Approach* figuraria como a primeira oportunidade em que se vislumbraria o deslocamento do foco de estudo do indivíduo para o sistema, que atuaria por meio de rotulações, impondo àqueles que descumprissem os seus ditames a pecha de "criminosos" e "inimigos da sociedade". Por fim, a abordagem crítica-estrutural desaguaria no Marxismo, que reconheceria a existência de uma permanente luta de classes, que justificaria a presença de um sistema jurídico de normas penais como um dos principais pilares para manutenção da exploração da força de trabalho por uma classe dominante, que justamente definiria o que deveria ser objeto de criminalização pelo direito positivo.

Palavras-chave: Criminologia. Criminologia Etiológica. Criminologia Crítica. Labeling Approach.

Abstract: *This article aims to analyze, under the various approaches studied along the theories of etiological nature-individual, etiological-structural, critical-individual (Labeling approach) and critical-structural (Marxist), the Formation of criminality, the mechanism of labeling and pre-definition of unwanted antisocial behaviors in the modern capitalist society, in the face of the permanent class struggle. In this tuning fork, the first two occupy themselves in identifying, sometimes in the Born criminal, in their process of formation in the face of mechanisms of social interaction, where they would provide the "criminal spirit", whereas the Labeling approach it would appear as the first opportunity in which the displacement of the individual's focus to the system is perceived, which would act by labeling, imposing on those who disfulfill their dictates the flaw of "criminals" and "enemies of society".*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Finally, the critical-structural approach is to dewater in Marxism, which recognizes the existence of a permanent class struggle, which would justify the existence of a legal system of penal norms as one of the main pillars for the exploitation of the labor force by A dominant class, which would rightly define what should be the subject of criminalization by positive law.

Keywords: Criminology. Etiological criminology. Critical criminology. Labeling Approach.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO – 2. A ESCOLA CLÁSSICA E AS TEORIAS ETIOLÓGICAS (POSITIVISTAS); 2.1 TEORIAS CRIMINOLOGIA ETIOLÓGICA INDIVIDUAL; 2.2 CRIMINOLOGIA ETIOLÓGICA ESTRUTURAL; 3. TEORIAS CRÍTICAS: 3.1 CRIMINOLOGIA CRÍTICA INDIVIDUAL (LABELING APPROACH); 3.2. CRIMINOLOGIA CRÍTICA ESTRUTURAL. 4. METODOLOGIA; 5. CONSIDERAÇÕES E CONCLUSÕES FINAIS. 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A discussão a ser tratada neste artigo envolve questões metodológicas que têm por escopo identificar as principais diferenças entre as Teorias Criminológicas Etiológicas e Críticas/radicais. Sendo a Criminologia uma ciência que deve auxiliar o Direito Penal na busca da paz e justiça social, a análise destas teorias é de suma importância para entender como se desenvolveram os principais estudos, desde a concepção de que a criminalidade seria algo inerente a certos indivíduos ou a certos grupos de pessoas sujeitas a determinadas influências sociais negativas, até na idéia de que a criminalidade seria, na verdade, o produto da vontade humana de criminalização de determinados comportamentos sociais tidos como nocivos à manutenção da estrutura capitalista, por uma elite detentora dos meios de produção, que imporia a certas parcelas hipossuficientes da população normas penais repressoras, criando rótulos e marginalizando aqueles que se insurgissem contra esse sistema.

Portanto, inegável a importância dessas concepções para a identificação do espírito das Políticas Criminais vigentes e, finalmente, definir se a criminalidade é algo inerente à pessoa humana ou se é simples produto da vontade política de criminalização de certas parcelas da Sociedade como importante instrumento de dominação.

Diante disso, num primeiro momento, desafia-se a análise do conflito de idéias entre as Escolas Clássica e Positiva, destacando a mudança de conceito, deslocando o foco da análise do fenômeno criminal, do sujeito criminalizado para o sistema penal e os processos de criminalização que dele fazem parte.

2. A ESCOLA CLÁSSICA E AS TEORIAS ETIOLÓGICAS (POSITIVISTAS)

A chamada Escola Clássica, que teve como seus principais representantes as figuras de Cesare Beccaria, Francisco Carrara e Rogmanosi era assentada nas premissas filosófico-racionalistas do iluminismo e defendia que o delito surgiria como um ato de vontade livre do indivíduo e não de causas patológicas, sendo desta forma o delinquente uma pessoa que não se diferenciava de um indivíduo normal.

Nesse enfoque, o Direito Penal seria aplicado conforme critérios de necessidade e utilidade, figurando como verdadeiro instrumento de combate ao crime, merecendo destaque a obra de Cesare Beccaria, denominada "Del Deliti e Dele Pena" (1794), ocasião em que Beccaria pretendera fundamentar a legitimidade do direito de punir, diante de premissas iluministas do contrato social, quando da aplicação das penas. Segundo o mesmo autor, o delinquente teria livre arbítrio, sendo seu ato simples produto de sua vontade.

Já o discurso etiológico da criminalidade, característico da Escola Positivista, passou a explorar uma metodologia causal-determinista, tentando explicar qual a razão das pessoas cometerem delitos. Nesse enfoque, estaríamos diante de causas que determinariam o comportamento criminoso, sempre partindo do pressuposto de que existiria um consenso médio na sociedade (Teoria do Consenso), no que concerne a valores e interesses que fundamentariam politicamente a sociedade.

Os desvios de conduta seriam então definidos como dissensos individuais determinados por patologias ou subsocialização, no que esses comportamentos seriam reduzidos a meros sintomas reveladores da natureza do sujeito, que seriam produzidos por causas internas e não controladas pelo autor do delito, sendo apenas descobertos e analisados por experts, que poderiam identificar as causas e prognósticos de comportamentos, prescrevendo terapias corretivas.

Diante disso, a criminologia positiva fornece explicações fundadas basicamente em defeitos individuais determinados por patologias (individuais) ou por subsocialização (sócio-estruturais), propondo correções pessoais ou reformas sociais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2.1 TEORIAS CRIMINOLÓGICAS ETIOLÓGICAS-INDIVIDUAIS

Passando à análise dos defeitos pessoais como causa dos comportamentos antissociais, temos que as Teorias Etiológicas-Individuais tratam de explicações de **caráter biológico, constitucional, genético e instintivo** do comportamento humano, tendo destaque a Teoria do Criminoso Nato, de LOMBROSO, com a publicação da obra "L´Uomo Delinquente" (1876), que define o Atavismo como uma degeneração pessoal identificável por características físicas, onde "o criminoso atávico, exteriormente reconhecível, corresponderia a um homem menos civilizado que os seus contemporâneos, representando um enorme anacronismo."

Caracteres físicos também seriam correlacionados a tendências psíquicas para a prática de determinados delitos, havendo ainda explicações genéticas que davam conta da existência de um cromossomo Y a mais (anomalia cromossômica), que seria responsável pelo comportamento violento.

Já para FERRI, existiria uma classificação tipológica de sujeitos: criminoso nato, ocasional, passional, habitual e louco, trazendo à tona uma visão multifatorial, ao passo que GARÓFALO construíra uma teoria de que o delito seria uma violação dos sentimentos básicos e universais, desafiando um estudo psicológico do infrator como forma de explicação do comportamento delitivo.

Essas teorias receberam diversas críticas, sobretudo pelos questionáveis métodos de pesquisa: seletividade do sistema penal, falta de comprovação científica e origem social dos estigmas.

Esses mesmos defeitos pessoais também poderiam ser aprendidos **por condicionamento ou por associação diferencial**, sendo a primeira hipótese estudada por EYSENCK e SKINNER, tendo por base a capacidade humana de decidir o comportamento conforme antecipação psíquica das consequências futuras, regidas pelo princípio do prazer. A mente humana então seria um conjunto de reflexos condicionados ou um sistema de reações aprendidas ou condicionadas por processos de recompensa ou de punição.

Já na Teoria da **Aprendizagem por Associação Diferencial**, defendida por SUTHERLAND, esse comportamento se desenvolveria durante o processo de interação social, no interior de grupos sociais, onde haveria a difusão de técnicas e direções de execução de crimes, fundadas em motivos, impulsos, racionalizações e atitudes concretas, que poderiam variar de acordo com a

intensidade, duração, frequência e prioridade dessas associações com padrões de comportamentos criminosos.

Portanto, na análise etiológica positivista individual, chama-se a atenção para causas de desvio de conduta diante de condições ambientais, biológicas, antropológicas, sociais ou psicológicas, havendo distinção clara entre os indivíduos "normais" e "anormais" (delinquentes), a quem caberiam a aplicação de medidas de correção e tratamento.

O crime então é compreendido como algo identificável e clinicamente observável, sendo uma realidade ontológica, própria dos "anormais", devendo então ser diagnosticada e tratada.

2.2 TEORIAS CRIMINOLÓGICAS ETIOLÓGICAS-ESTRUTURAIS

A explicação da criminalidade, agora é feita diante de princípios etiológicos sócio-estruturais, que passam a incluir a sociedade geral no desenho da prática criminosa. A sociedade agora é vista como fator desencadeador de um problema, substituindo os indivíduos patológicos e subsocializados pelas "estruturas sociais anormais", que resultariam em pressão social do indivíduo direcionado ao comportamento criminoso, em determinadas situações de vida.

Nesse contexto, cumpre destacar a **Teoria da Anomia**, trazida por DURKHEIM e aperfeiçoada por MERTHON, que tem por escopo explicar o comportamento desviante, sendo a Anomia "um estado de ausência de regras", que provavelmente ocorreria quando os objetivos sociais de uma pessoa ou de um grupo de pessoas não fossem alcançáveis pelos meios sócio-estruturais existentes. Diante dessa realidade, esses indivíduos teriam que fazer uso de meios ilegais (criminosos), para obtenção desses objetivos sociais. Ou seja: membros da sociedade sócio-estruturalmente prejudicados, que teriam seu acesso às vias legítimas de sucesso tenderiam ao desvio e à criminalidade.

A **Teoria da Subcultura**, ligada aos ensinamentos de Albert K. COHEN, destaca a existência de uma "subcultura" consistente em um sistema social de comportamento e valor, existente em favelas e bandos de adolescentes estudadas ao longo de anos, dando conta de que "a vida desviante nas favelas" não correria de forma arbitrária e sem regras, havendo também orientações, normas e regras de vigilância, diferentes da cultura dominante.

Diferentemente do enfoque dado por MERTHON, o objetivo de certos grupos de camadas inferiores estaria ligado à busca por status dentro do próprio grupo, fato que justificaria as práticas criminosas. Trata-se de verdadeira

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

"cultura de bando", entendida como reação a experiências fracassadas e frustradas de indivíduos de camadas inferiores.

Também não menos importantes as contribuições de CLOWARD/OHLIN ("diferentes oportunidades de acesso") e MILLER ("sistemas de valores das camadas inferiores).

Enfim, como inovação em relação às Teorias Etiológicas-individuais, temos que, desta feita, não se consideravam como essenciais à explicação da criminalidade as patologias de comportamento, todavia, nesta análise ainda não existia qualquer questionamento sobre as causas de criminalização do comportamento. A criminalidade é tida como normal (sob determinadas circunstâncias ou em determinados setores da vida) e a criminalização é simples reação normal da sociedade, exercida por meio de um sistema de normas criminalizantes. O que se questiona é apenas o que efetivamente causa o comportamento nocivo das pessoas, sendo ele uma qualidade do comportamento humano sócio-estruturalmente condicionada.

Portanto, busca-se a paz social num **consenso** (modelo de orientação social) que apenas seria possível com a adaptação das normas de subcultura aos padrões da classe média dominante, simplesmente ignorando a existência de um conflito de classes na estrutura econômica e dos sistemas jurídicos e políticos de controle da sociedade.

3. TEORIAS DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

3.1 TEORIAS CRIMINOLÓGICAS CRÍTICO-INDIVIDUAIS (LABELING APPROACH)

Entendido como concepção de transição para a Criminologia Crítica-radical, o *Labeling Approach* surge no final do século XIX e tem como base a explicação de SCHULTZ, no sentido de que sociedade seria uma construção social, sendo tudo o que se desenvolveria ao seu redor a criação dos indivíduos que a compõem. Nesse sentido, o comportamento desviante seria produto de uma criação do meio social, sendo a criminalidade consequentemente algo extrínseco às pessoas e imputado a alguém pela prática de alguma conduta tida como socialmente inadequada.

Assim, para se considerar alguém como criminoso, seria necessário não somente que o fato praticado por determinado indivíduo fosse tipificado como crime no ordenamento jurídico penal, devendo a sociedade oferecer uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

interpretação de etiquetamento do delinquente, antecipando a seletividade da criminalização.

Esse fenômeno de criminalização se daria em várias etapas, passando, inicialmente, pela criação das normas jurídicas penais, que traduziriam os interesses estruturais dominantes, que repercutiriam na seleção das condutas a serem criminalizadas. Em seguida, analisa-se a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes e instituições penitenciárias) de controle social da delinquência, que reconhecem e rotulam aquele indivíduo selecionado como merecedor de uma reprimenda estatal, passando a ser tratado agora como "delinquente".

Note-se que a criminologia positivista utilizava-se das definições de comportamento criminoso como se a sua qualidade criminal existisse de forma objetiva, também admitindo que essas normas e os valores sociais transgredidos ou desviados pelos indivíduos fossem universalmente compartilhados, sendo presentes e imutáveis em todos os indivíduos.

Mas, desta feita, o interacionismo simbólico estudado pelo *Labeling* informa que a coordenação dos comportamentos em relação a certas normas não ocorreria de forma automática, sendo considerada como uma "operação problemática". A "ação" seria um comportamento ao qual se atribuiria um sentido ou um significado social, dentro da interação. Esse fenômeno de transformação do comportamento em "ação", daria-se segundo normas sociais gerais (normas éticas e jurídicas) e também conforme normas interpretativas (aplicação das normais gerais a casos concretos).

Essas normas interpretativas figurariam como uma espécie de "metanormas", que atuariam no processo de imputação de responsabilidade, atribuição de etiquetas de criminalidade, atuando ao lado das normais punitivas gerais.

Então, para o *Labeling*, mais importa é a análise não de quem seria criminoso ou como ele se tornaria alguém desse tipo, mas **quem seria definido como criminoso**, **quais seriam os efeitos dessa definição**, **em que condições esse indivíduo assim se tornaria e, por fim, quem definiria essa condição**.

Portanto, estuda-se a formação da "identidade desviante" e os efeitos do etiquetamento (desvio secundário) sobre a pessoa escolhida como delinquente, atacando, ainda, a distribuição do poder de definição (ação das agências de controle social).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesse contexto, bom citar a obra de HOWARD S. BECKER, em seu "Outsiders" (1973), onde o autor constata que os grupos sociais são criadores de comportamentos desviantes, estabelecendo regras, sendo certo que uma eventual lesão a esses preceitos já constitui um comportamento desviante, que será atribuído a certas pessoas, que passam a ser tachadas de *outsiders.* Nesse sentido, o comportamento desviante seria uma mera consequência da aplicação de regras e sanções sobre o autor.

Portanto, para o Labeling, a aplicação da norma tem por consequência o início do processo de rotulação, onde ao transgressor é conferido um novo status com consequências sociais gravíssimas, onde lhe são retiradas todas as chances de participação social, fazendo com que o desviante se adapte ao papel juridicamente criado pela sociedade, entrando num processo progressivo na carreira criminosa.

3.2 TEORIAS CRIMINOLÓGICAS CRÍTICO-ESTRUTURAIS (TEORIAS MARXISTAS)

A grande inovação trazida pela Criminologia Crítica é, sem dúvida, o deslocamento do enfoque do fenômeno criminológico do **sujeito** para as **estruturas econômicas e instituições jurídicas e políticas estatais**, saindo do universo das **determinações causais** e passando para a **lógica dialética de objetos históricos**, capaz de justificar a relações entre o sistema econômico de produção e as instituições de controle social do Estado.

Sendo assim, a Criminologia Crítica parte da integração da Teoria da Interação Social (Labeling Approach) com a Teoria do Conflito de Classes do Marxismo, tratando tanto de processos objetivos das relações sociais de produção, como da compreensão dos processos subjetivos de construção social do crime e criminalidade.

Dentro dessa análise, a violência da relação capital/trabalho é tratada tanto em relação aos trabalhadores integrados ao mercado de trabalho, como daqueles que são excluídos e, consequentemente compelidos a viverem em condições precárias de miséria e marginalização, no que o sistema penal teria papel fundamental na proteção seletiva de bens jurídicos e repressão também seletiva de sujeitos, pelos órgãos de repressão estatal (Polícia, Justiça e Prisão), que nada mais seriam que meros garantidores da desigualdades sociais encobertas por falsos discursos punitivos baseados na Defesa Social.

Essa violência estrutural se apresentaria tanto na imposição da disciplina do capital nas relações laborativas de subordinação, como na deformação dos marginalizados, contra os quais seria aplicada uma coerção seletiva do direito penal, orientada por estigmas e estereótipos, que desaguam em preconceitos e idiossincrasias pessoas e ideológicas dos agentes de controle social.

Descrevendo as origens do sistema de justiça criminal, MARX, em sua obra "O Capital", desvenda o processo de acumulação primitiva de capital, quando da transição do modo de produção feudal para o capitalista, ocasião em que os camponeses foram expulsos de suas terras e afastados de seus meios de produção. A consequência imediata desse processo foi a formação de bandos marginais, compostos de pessoas que não teriam a disciplina necessária para o trabalho manufatureiro, desafiando a criação de uma legislação criminal brutal, com o fim de garantia a manutenção da propriedade privada e dos meios de produção.

Nesse diapasão, esses "marginais" seriam considerados como "classes perigosas", sendo eles "criminosos voluntários", que teriam decidido espontaneamente não aderir ao sistema capitalista, ficando esse grupo submetido ainda a uma polícia de controle e repressão e a um sistema de disciplina, onde castelos foram transformados em prisões com o fim de impor penas rigorosas àqueles que se insurgissem contra o sistema capitalista.

Sobre as mencionadas penas, PASUKANIS (1926) formula uma distinção entre os objetivos reais e ideológicos da pena criminal, sendo os primeiros a proteção dos privilégios dos meios de produção e dominação das classes oprimidas, ao passo que os segundo seriam meras alegorias jurídicas com a finalidade de encobrir a proteção das condições fundamentais da sociedade de produtores de mercadorias. PASUKANIS conceitua a pena criminal como troca jurídica do crime medida pelo tempo de privação de liberdade.

Já RUSCHE e KIRCHHEIMER (1939) exploram a relação entre a base material das relações de produção econômica da sociedade e sua correspondência com o sistema jurídico e político, mostrando a origem estrutural concreta do sistema punitivo que fundamenta a Criminologia crítica contemporânea.

Também destacada a contribuição de FOUCAULT (1975), para quem o sistema punitivo atuaria com o fim de dominar a controlar as forças corporais para produção de utilidade e docilidade, sendo assim forças produtivas que deveriam ser controladas, o que justificaria a criação de um poder político que incidiria sobre o poder do corpo (produtivo). Esse poder disciplinar representaria

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

uma estratégia das classes dominantes visando a criação de uma ideologia de submissão.

A relação cárcere/fábrica, tratada por MELOSSI/PAVARINI (1975), identifica no cárcere a principal instituição de controle social, sendo auxiliar da fábrica na manutenção da estrutura das relações de produção e circulação de mercadorias, com base na ampliação do capital com a expropriação de mais-valor da força de trabalho.

Por fim, ALESSANDRO BARATTA (1984) conceitua o Direito Penal como um sistema desigual que cumpre uma função de conservação e reprodução das desigualdades da sociedade capitalista. Os estudos de BARATTA foram revolucionários, na medida em que conseguiram alinhar os conceitos da Teoria do Labeling Approach à teoria objetiva dos processos estruturais e institucionais das relações de produção capitalistas, desenvolvidas pelo Marxismo.

Portanto, para a Criminologia Crítica, o conflito antagônico de classes (relação capital/trabalho assalariado) seria o princípio metodológico capaz de explicar as instituições jurídicas e políticas do Estado capitalista, a criação da lei penal e o funcionamento da justiça criminal. Assim, os mecanismos de controle social do Estado seriam definidos pelo sistema de normas e operacionalizados pelo sistema de repressão estatal, que atuaria de forma seletiva, garantindo a manutenção da exploração das classes menores favorecidas (massas marginalizadas do mercado de trabalho).

5. CONSIDERAÇÕES E CONCLUSÕES FINAIS

Examinadas as principais teorias que tratam do fenômeno da criminalidade, temos que o ponto de partida para qualquer estudo da gênese da criminalidade deve iniciar-se da admissão, ou não, da chamada "TEORIA DO CONSENSO", que consistiria na idéia de que existiriam valores absolutos e incontestes, presentes entre toda a sociedade, como sendo próprios da natureza humana. Sendo valores absolutos inerentes a todos os seres humanos, nada mais natural que uma sociedade organizada materializasse normas jurídicas coercitivas para aqueles que, eventualmente, as transgredissem, passando, então a serem considerados como criminosos aqueles que atentassem contra esse sistema de regras da qual se valeria a sociedade para manter a sua harmonia e até existência.

Nesse sentido, admitir-se-ia a proposta de que a criminalidade seria **algo anterior ao próprio sistema jurídico penal**, sendo inerente a determinadas pessoas que carregassem consigo defeitos constitucionais, ou cujas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

determinações teriam sido obra de um conjunto multifatorial, de cunho sócio-estrutural e que se determinassem no sentido da transgressão desses valores socialmente relevantes.

Por outro lado, para os que identificam a constante luta de classes na sociedade, expurgando qualquer possibilidade de consenso, o próprio Sistema Jurídico-penal seria um dos instrumentos de manutenção e dominação das classes oprimidas pelos detentores dos meios de produção e do poder, sendo certo que **o que efetivamente existiria seria a eleição de comportamentos seletivos, que seriam alçados a crimes**, pela imposição de uma legislação pesada àqueles que se insurgissem contra a manutenção do sistema. Nesse sentido, **nega-se a criminalidade, passando-se ao conceito de criminalização como eleição de tipos penais seletivos**, imposição de controle social rigoroso pelos órgãos estatais, com consequente penalização dos marginalizados e rotulação e segregação permanente daqueles que conduzem suas vidas em dissonância com o padrão de comportamento orientado pelos detentores dos meios de produção.

6 REFERÊNCIAS

BARATTA, ALESSANDRO. Criminologia crítica e crítica do direito penal (tradução brasileira de Juarez Cirino dos Santos). Freitas Barros, 2ª Edição, 1999.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal (parte geral). ICPC, 2014, 6ª Edição.

ALBRECHT, Peter-Alexis, Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal (tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso). ICPC/Lumen Juris, Curitiba, Rio de Janeiro, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL E A FIXAÇÃO DA PENA-BASE À LUZ DA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AMANDA GABRIELLE SIQUEIRA BORGES ROMAO: Formada pela Universidade Federal do Ceará e pós-graduada em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá e em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo esclarecer os conceitos das oito circunstâncias judiciais utilizadas para dosar a 1ª fase da pena privativa de liberdade e associá-los à interpretação que vem sendo dada pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, no intuito de contribuir com o ofício dos aplicadores do Direito que, rotineiramente, deparam-se com a necessidade de aplicar sanções. Ressalte-se que a análise a que se procedeu na confecção deste trabalho foi elaborada através de pesquisa qualitativa, sendo utilizados escritos doutrinários e jurisprudência.

PALAVRAS CHAVE: Circunstâncias Judiciais; Dosimetria da Pena; Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Circunstâncias Judiciais do art. 59 do Código Penal em Espécie. 2.1 Culpabilidade. 2.2 Antecedentes. 2.3 Conduta Social. 2.4 Personalidade. 2.5 Motivos. 2.6 Circunstâncias do Crime. 2.7 Consequências do Crime. 2.8 Comportamento da Vítima. 3 Critério Ideal para a Fixação da Pena-base. 4 Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A dosimetria da pena é o procedimento realizado pelo magistrado após a prolação de uma sentença condenatória em desfavor do réu. Deve observar não só os limites fixados no preceito secundário do tipo penal, mas também os princípios que norteiam a imposição da sanção, tais como o da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como o da proporcionalidade, ensejando a fixação de uma pena justa, conforme as especificidades do caso concreto, sem que o julgador incorra em excesso, ao aplicar uma pena maior do que a necessária para punir o infrator, ou

em proteção deficiente, deixando a sanção aquém do esperado para o fato cometido.

O art. 68, caput, do Código Penal prevê que a dosagem da pena seguirá o sistema trifásico, iniciando-se pela análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes e, por fim, as causas de diminuição e de aumento de pena.

O presente trabalho tem por objetivo analisar os fundamentos considerados idôneos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) para fins de valorar as circunstâncias judiciais referentes à primeira fase da dosagem da pena, bem como apontar o critério majoritariamente utilizado na imposição da sanção, de forma a garantir a observância dos princípios acima indicados.

2. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL EM ESPÉCIE

O texto do art. 59 do Código Penal traz em seu corpo oito circunstâncias que devem ser analisadas na 1ª fase da dosimetria da pena. São elas: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, bem como o comportamento da vítima.

Elas são objeto de apreciação do magistrado sentenciante, que poderá utilizar-se de certa discricionariedade para entendê-las como neutras, favoráveis ou desfavoráveis ao réu. Nesse último caso, apenas fundamentos concretos podem justificar o desvalor atribuído.

A seguir serão apresentados os conceitos e as aplicações jurisprudenciais de cada uma das vetoriais.

2.1. Culpabilidade

Sobre a culpabilidade – circunstância judicial –, conforme leciona Schmitt (2018), não deve ela ser confundida com a "culpabilidade" tida como pressuposto de aplicação da pena. Na seara da fixação da sanção, a culpabilidade diz respeito à censurabilidade da conduta, medindo o grau de reprovabilidade diante dos elementos concretos disponíveis no caso em julgamento.

É o que a doutrina chama de "plus" na reprovação da conduta e está ligada à intensidade do dolo ou ao grau de culpa do agente.

De acordo com Lima (2017, p. 1519),

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> A circunstância judicial "culpabilidade", disposta no art. 59 do CP, atende ao critério constitucional da individualização da pena. Para o Supremo, a análise judicial das circunstâncias pessoais do réu é indispensável para fins de adequação temporal da pena, em especial nos crimes perpetrados em concurso de pessoas, nos quais se exige que cada um responda na medida de sua culpabilidade (CP, art. 29).

O STJ já se manifestou diversas vezes no sentido de que a premeditação é fundamento idôneo para negativar o aludido vetor, pois demonstra maior intensidade do dolo do agente, senão veja-se:

> Nos moldes da jurisprudência desta Corte, "a culpabilidade está baseada na forma de premeditação e planejamento da conduta criminosa, circunstâncias aptas a demonstrarem a maior intensidade do dolo dos ora pacientes, denotando-se a maior periculosidade e reprovabilidade da conduta" (STJ, AgRg no HC 461.771/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 22/08/2019).

Em giro diverso, a Corte Especial não admite a exasperação da pena com fundamento na mera ciência da ilicitude do fato ou em outros argumentos genéricos:

> No caso, o desvalor da culpabilidade deve ser afastado, "pois a consciência da ilicitude é elemento constitutivo do conceito analítico de crime (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa), sendo, portanto, inerente ao próprio tipo penal" (STJ, HC 513.454/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 27/8/2019).

> No tocante à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu, não se

> tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. 4. In casu, as instâncias ordinárias limitaram-se a afirmar que a culpabilidade do agente foi acentuada. Todavia, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que considerações genéricas e desvinculadas do contexto fático dos autos, assim como elementos inerentes ao próprio tipo penal não servem para o agravamento da pena, como se constata na espécie. (STJ, HC 520.822/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 30/10/2019)

Vê-se, portanto, que o sentenciante deve ter o cuidado de pautar a exasperação da pena em elementos que, concretamente, demonstrem que a conduta do condenado merece uma reprovação maior do que o normal.

2.2. Antecedentes

Os antecedentes dizem respeito à ficha criminal do réu, ou seja, à sua vida pregressa. Nas palavras Schmitt (2018, p. 134), a valoração negativa implica em afirmar que a condenação anterior não cumpriu seu papel reabilitador frente ao agente, o que conduz a necessidade de exasperação da pena do mínimo legal previsto em abstrato.

Importante ressaltar que somente podem configurar maus antecedentes condenações criminais com trânsito em julgado, sob pena de afrontar o enunciado sumular nº 444 do STJ, *in verbis*: "é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base."

Mencione-se que o referido trânsito em julgado pode ter acontecido, inclusive, no curso da ação penal em apreciação, desde que a prática do delito tenha se dado em momento anterior ao fato objeto de análise. Neste sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CRIME ANTERIOR AO APURADO NOS AUTOS. TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. **1. É assente nesta Corte o entendimento no sentido de que a condenação definitiva por fato anterior ao crime em análise, mas com trânsito em julgado posterior, justifica a elevação da pena-base pela valoração**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> **negativa dos antecedentes. Precedentes.** 2. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC 502.995/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 23/08/2019)

O STJ, diferindo do posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF), admite a caracterização dos antecedentes mesmo após o transcurso do período depurador de cinco anos, por entender que o conceito da mencionada circunstância judicial é mais amplo do que o da reincidência:

> Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não haja decidido o mérito do RE n. 593.818 RG/SC - que, em repercussão geral já reconhecida (DJe de 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes -, certo é que, **por ora, este Superior Tribunal possui o entendimento consolidado de que "O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes. Precedentes."** (HC n. 337.068/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 28/6/2016). Ainda, menciono: HC n. 413.693/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 16/10/2017. III - **Decorrido o prazo de 5 (cinco) anos entre a data do cumprimento ou a extinção da pena e a infração posterior, a condenação anterior, embora não prevaleça mais para fins de reincidência, pode ser sopesada a título de maus antecedentes.** (STJ, HC 539.436/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 20/11/2019)

Ainda de acordo com o STJ, mesmo que não configurem reincidência, também podem ser utilizadas como maus antecedentes as condenações definitivas pela prática de contravenções penais, conforme julgado abaixo:

> Não há ilegalidade na exasperação da pena-base no caso, pois não obstante não caracterize reincidência, a contravenção penal pode ser considerada como reveladora de maus antecedentes (STJ, AgRg no AREsp n. 896.312/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 21/6/2016, DJe 29/6/2016).

No que tange aos atos infracionais, o entendimento atual da Corte Especial é no sentido de que os procedimentos instaurados em razão de fatos praticados quando o agente era menor de idade não podem ser utilizados para caracterizar maus antecedentes, na medida em que a personalidade do adolescente ainda estaria em formação, não servindo, portanto, para exasperar sua pena-base, senão veja-se:

> A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para a elevação da pena-base, tampouco podem ser utilizados para caracterizar personalidade voltada para a prática de crimes ou má conduta social. (STJ, HC 499.987/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 30/05/2019, DJe 04/06/2019)

Relembre-se que a sentença homologatória de transação penal também não tem o condão de gerar maus antecedentes em desfavor do agente, em consonância com o entendimento jurisprudencial pátrio:

> O instituto pré-processual da transação penal não tem natureza jurídica de condenação criminal, não gera efeitos para fins de reincidência e maus antecedentes e, por se tratar de submissão voluntária à sanção penal, não significa reconhecimento da culpabilidade penal nem da responsabilidade civil. Precedentes. (STJ, REsp 1327897/MA, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016)

2.3. Conduta Social

A conduta social, para Cunha (2016, p. 417), diz respeito ao comportamento do réu no seu ambiente familiar, de trabalho e na convivência com os outros.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De acordo com Schmitt (2018, p. 151),

> A circunstância judicial atinente à conduta social se traduz num verdadeiro exame da culpabilidade do agente pelos fatos da vida, pois retrata o seu papel na comunidade, no contexto da família, do trabalho, da escola e da vizinhança (STJ, HC 404304/PE). Trata-se da avaliação do comportamento do sentenciado, basicamente por meio de três fatores que integram a vida de qualquer cidadão: convívio social, familiar e laboral.

Ressalte-se que a vetorial não deve ser confundida com os antecedentes do agente. A ficha criminal tem análise em local próprio da dosimetria e, por isso, não se presta para ensejar a conclusão de que a conduta social do indivíduo é desfavorável. Neste sentido:

> Eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, **não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente.** A conduta social e a personalidade do agente **não se confundem com os antecedentes criminais, porquanto gozam de contornos próprios - referem-se ao modo de ser e agir do autor do delito -, os quais não podem ser deduzidos, de forma automática, da folha de antecedentes criminais do réu. Trata-se da atuação do réu na comunidade, no contexto familiar, no trabalho, na vizinhança (conduta social), do seu temperamento e das características do seu caráter, aos quais se agregam fatores hereditários e socioambientais, moldados pelas experiências vividas pelo agente (personalidade social).** Já a circunstância judicial dos antecedentes se presta eminentemente à análise da folha criminal do réu, momento em que eventual histórico de múltiplas condenações definitivas pode, a critério do julgador, ser valorado de forma mais enfática, o que, por si só, já demonstra a desnecessidade de se valorar negativamente outras condenações definitivas nos vetores personalidade e

> conduta social. (STJ. 3ª Seção. EAREsp 1.311.636-MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 10/04/2019).

Neste contexto, mesmo que o réu que detenha condenações criminais com trânsito em julgado, ele pode possuir conduta social boa, ajudando a comunidade em que vive, participando de projetos sociais e sendo um bom vizinho, por exemplo.

Ressalte-se ainda que o vício do indivíduo em entorpecentes também não tem o condão de caracterizar conduta social reprovável:

> A assertiva de que a paciente é viciada em droga, tendo cometido o delito para alimentar seu vício, também não autoriza o acréscimo da reprimenda, não servindo, por si só, para valorar de forma desfavorável sua conduta social e a motivação do crime. (STJ - HC: 79595 MS 2007/0063596-8, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 27/04/2010, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/05/2010)

O uso de drogas deve ser tratado como problema de saúde pública, que demanda tratamento médico e psicológico, não sendo fundamento idôneo para exasperar a reprimenda.

2.4. Personalidade

A personalidade, nas palavras de BITENCOURT (2015, p. 299),

> Deve ser entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Na análise da personalidade deve-se verificar a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu."

O STJ entende ser prescindível a realização de laudo técnico para analisar a personalidade do agente, bastando que o magistrado apresente fundamentos concretos que demonstrem que a vetorial merece ser negativada.

Como exemplo, cite-se o caso concreto no qual a Corte Especial entendeu que o desvalor do vetor encontrava-se justificado no fato de o réu possuir personalidade deturpada, voltada à pedofilia, notadamente em razão dos desenhos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

encontrados em sua residência, grande parte envolvendo crianças e adolescentes. (STJ, HC 402.373/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 17/04/2018)

No HC 525572/DF, de igual forma, o STJ entendeu que a personalidade do agente merecia negativação. Para tanto, considerou o comportamento carcerário do paciente, marcado por indisciplina, desrespeito aos servidores do presídio e consumo de drogas dentro do referido estabelecimento, constando ainda o uso de celular dentro do ambiente carcerário para a prática de estelionato. Concluiu que o citado comportamento carcerário demonstrava o desapreço do sentenciado pela ordem jurídica, a revelar a sua personalidade arredia à organização social, à ressocialização e à autoridade do Poder Judiciário. (STJ, HC 525.572/DF, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 26/11/2019)

Por fim, saliente-se que assim como se explicou quanto à conduta social, o STJ firmou posicionamento de que a ficha criminal do réu não enseja a conclusão de que sua personalidade é desfavorável.

2.5. Motivos

Os motivos são as razões que levaram o agente a praticar o delito. Podem tornar a ação mais ou menos reprovável, porém, quando forem inerentes ao tipo penal pelo qual o indivíduo foi condenado, não se prestam para elevar a reprimenda.

Não pode, por exemplo, a pena do tráfico ilícito de entorpecentes ser aumentada porque o réu atuou com o desejo de lucro fácil, uma vez que esta característica já foi considerada pelo legislador quando da escolha do intervalo de pena:

> Os motivos apontados pelo juiz singular, de fato, assim como alegado pelo impetrante, são inerentes ao tipo penal incriminador, uma vez que o legislador, quando da cominação das penas referentes ao tráfico ilícito de entorpecentes, já previu, como normal à espécie, o objetivo de obter lucro fácil em detrimento da saúde da coletividade. (STJ, HC 476.564/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 23/05/2019)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Também não é idônea a valoração negativa do vetor para o réu que pratica crime de estupro para satisfazer a própria lascívia, pois o elemento é inerente ao tipo penal:

> No que concerne aos motivos do crime, destacou o magistrado
> sentenciante a satisfação da lascívia. Entrementes, tratando-se de crime contra a dignidade sexual, injustificado o aumento, porquanto a intenção de satisfazer a lascívia é inerente ao tipo incriminador imputado ao paciente. Precedente. (STJ, HC 289.604/BA, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016)

Os motivos também podem configurar agravantes (motivo torpe ou fútil). Nesses casos, devem incidir apenas na 2ª fase da dosimetria da pena, evitando-se *bis in idem.*

2.6. Circunstâncias do Crime

As circunstâncias do crime referem-se ao *modus operandi* empregado. Para Masson (2017, p. 747),

> São os dados acidentais, secundários, relativos à infração penal, mas que não integram sua estrutura, tais como o modo de execução do crime, os instrumentos empregados em sua prática, as condições de tempo e local em que ocorreu o ilícito penal, o relacionamento entre o agente e o ofendido etc.

O vetor pode ser negativado quando o roubo é cometido com emprego de faca, já que a conduta do réu de ameaçar a vítima com arma branca merece maior reprovação do que a ação daquele que age sem o aludido artefato. Neste sentido:

> Esta Corte Especial possui o entendimento jurisprudencial no sentido de que o emprego de arma branca, "embora não configure mais causa de aumento do crime de roubo, poderá ser utilizado para majoração da pena-base, quando as circunstâncias do caso concreto assim justificarem" (STJ, HC 436.314/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/8/2018, DJe 21/8/2018).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Também justifica o desvalor o fato de o réu, no momento da fuga, expor a vida de outras pessoas a perigo:

> Em relação às circunstâncias do crime, não se infere ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o modus operandi dos delitos revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de homicídio, pois durante a fuga, enquanto atiravam nos agentes pú blicos, causaram grave acidente de trânsito, expondo a perigo a vida de outras pessoas. (STJ, HC 412.848/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 25/10/2019)

No crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem ser utilizadas para fundamentar a negativação da vetorial, cabendo ressaltar que receberão inclusive traço preponderante, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, senão veja-se:

> Na hipótese, foi considerado elemento concreto - a quantidade da droga apreendida - para agravar a reprimenda em 1/6 (um sexto) na primeira fase da dosimetria, evidenciando que o aresto objurgado está em consonância com o entendimento pacificado nesta Corte. Precedentes. (STJ, AgInt no HC 492.638/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 19/11/2019)

> Ao contrário do que sustenta a impetrante, mostra-se idônea a fundamentação pela quantidade e natureza da droga apreendida, uma vez que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006. (STJ, HC 523.503/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 22/10/2019)

2.7. Consequências do Crime

Nas lições de Cunha (2016, p. 418), "(...) as consequências do crime são efeitos decorrentes da infração penal, seus resultados, particularmente para a vítima, para sua família ou para a coletividade."

Podem ser de índole material, quando causarem diminuição no patrimônio, ou de índole moral, se gerarem intenso sofrimento, por exemplo.

Ressalte-se que devem ser analisadas sempre à luz do caso concreto e só podem ensejar a elevação da pena-base quando extrapolarem os limites do tipo penal.

O desapossamento dos bens e o prejuízo material, em regra, são traços inerentes a delitos patrimoniais como o de roubo. Contudo, se a subtração ensejar grande prejuízo, pode justificar a elevação da sanção, senão veja-se:

> Reputa-se como válida a negativação das consequências do delito, notadamente pelo expressivo valor subtraído, R$ 12.000,00 (doze mil reais) em dinheiro e R$ 2.160,00 (dois mil, cento e sessenta reais) em cheques, aliado ao fato de grande parte do referido valor não ter sido restituído à vítima. **2. As consequências do crime consistem no conjunto de efeitos danosos provocados pelo crime. Em concreto, as instâncias ordinárias concluíram que o crime causou à vítima grandes avarias materiais, haja vista o elevado valor do bem subtraído, consistente em um veículo Hyundai/HB20, o que ultrapassa largamente a perda patrimonial ordinariamente esperada para um crime de roubo** (HC n. 444.181/RJ, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 12/6/2018). 3. Admite-se a exasperação da pena-base pela valoração negativa das consequências do delito com base no valor do prejuízo sofrido pela vítima (AgRg no REsp n. 1.728.124/RO, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 6/6/2018). (STJ, AgRg no REsp 1699788/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 03/09/2018)

O intenso trauma sofrido por criança vítima do crime de estupro de vulnerável, que tem seu comportamento alterado, necessitando inclusive de acompanhamento psicológico, justifica, nos termos da jurisprudência do STJ, a elevação da pena-base, pois exorbita os abalos "normais" pelos quais passam as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

vítimas de crimes (STJ, AgRg no AREsp 1408536/TO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 03/04/2019).

2.8. Comportamento da Vítima

O último vetor trazido pelo art. 59 do Código Penal diz respeito ao comportamento da vítima. Aqui, analisa-se se o ofendido contribuiu, de alguma forma, para a prática do delito, facilitando o intento criminoso. É, portanto, circunstância judicial que se liga à vitimologia.

Exemplo citado pela doutrina é o da pessoa que manuseia grande quantidade de dinheiro dentro de um ônibus, incentivando a prática de furtos (MASSON, 2017).

De acordo com o STJ, a vetorial deve ser utilizada apenas em benefício do réu. Não pode haver exasperação da sanção com esteio na ausência de contribuição do ofendido para a prática delitiva.

Ou a vítima contribui para o crime e a circunstância judicial é favorável ao condenado, ou não contribui e o vetor permanece neutro.

Corroborando o acima exposto, veja-se:

> Na hipótese, o Tribunal de origem incorreu em flagrante ilegalidade, pois manteve a exasperação da pena-base dos pacientes, a título de comportamento da vítima, sob a premissa de que não houve provocação do ofendido. No entanto, "Esta Corte Superior considera o vetor do comportamento da vítima neutro, não podendo ser desfavorável ao apenado na dosimetria da pena. Precedentes."
> (AgRg no AREsp n. 473.972/GO, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 3/3/2017). Precedentes. (STJ, HC 528.679/AC, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2019, DJe 16/10/2019)

3. CRITÉRIO IDEAL PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE

Uma vez esclarecidos os conceitos das circunstâncias judiciais e explicitadas as hipóteses que podem servir para exasperar a pena, mostra-se

importante delimitar os critérios que devem ser utilizados no momento de dosar a sanção.

Primeiramente, cumpre ressaltar que de acordo com a doutrina e com a jurisprudência majoritárias, a aplicação da pena deve partir sempre do valor mínimo trazido pelo preceito secundário do tipo penal, só podendo dele se afastar quando houver alguma vetorial negativa. Isso implica na conclusão de que a sanção será imposta no piso legal quando todas as circunstâncias judiciais forem consideradas favoráveis ou neutras. (SCHMITT, 2018)

Há de se ressaltar que não se fala em compensação das circunstâncias do art. 59 do Código Penal. Sempre que houver um vetor negativo, a pena obrigatoriamente deve se afastar do mínimo legal, independentemente da quantidade de circunstâncias neutras ou favoráveis.

De acordo com Schimitt (2018, p. 194),

> Não existe a possibilidade de compensação entre circunstâncias judiciais, pois as circunstâncias favoráveis e/ou neutras apenas impedirão a exasperação da pena-base do seu grau mínimo; porém, não servirão para compensar (anular) outra circunstância que tenha sido reconhecida e valorada pelo julgador como desfavorável ao condenado, uma vez que esta, mesmo presente isoladamente, justificará o acréscimo da pena.

Além disso, na primeira fase, a pena se limita sempre aos valores mínimo e máximo previstos em abstrato para cada delito.

Deve, ainda, o julgador analisar cada circunstância de forma fundamentada, esclarecendo a carga valorativa que lhe será atribuída. Além disso, havendo condenação de mais de um réu, cada um deve receber tratamento específico, em observância ao princípio da individualização da pena.

Após feitas as devidas análises qualitativas, passa-se à aplicação do *quantum* de pena.

O critério ideal de exasperação aplicado pelo STJ se consubstancia na divisão do intervalo de pena em abstrato (diferença entre a pena máxima e a pena mínima) por oito, que é o número de circunstâncias judiciais. O resultado obtido será o *quantum* de elevação da sanção por cada vetorial negativa. Neste sentido:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Diante do silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda-base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador. (STJ, HC 531.187/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019)

Ilustrando-se, em um crime de roubo (art. 157 do Código Penal) o intervalo da pena em abstrato é de 06 (seis) anos. Ao se dividir o valor por oito, constata-se que cada circunstância judicial negativa afastará a pena-base em 09 (nove) meses do mínimo legal.

Ressalte-se que a citada forma de calcular a sanção representa apenas patamar norteador, na medida em que o magistrado pode pautar a dosagem da pena em outros critérios, desde que fundamente de forma idônea e observe os primados da proporcionalidade.

4. CONCLUSÃO

A aplicação da pena é decorrência lógica da condenação exarada pelo Estado-Juiz e, em razão de sua importância, demanda atenção do magistrado, principalmente no que diz respeito à primeira fase, pois nela se permite certa discricionariedade do sentenciante ao valorar as circunstâncias judiciais.

Para se evitar arbítrios, o STJ ensina que os fundamentos utilizados para negativar as vetoriais devem ser pautados em nuances do caso concreto, que demonstrem que houve extrapolação dos limites do tipo penal, ou seja, não se podem utilizar elementos inerentes ao crime pelo qual o indivíduo foi condenado para elevar sua pena-base, sob pena de se incorrer em "*bis in idem*".

Relembre-se que a gravidade abstrata do crime já foi levada em consideração pelo legislador quando criou o delito e estipulou o intervalo de pena a ele aplicado. Assim, apenas circunstâncias concretas se mostram idôneas para exasperar a basilar.

A ausência de punição por um fato delitivo é tão gravosa quanto à punição em excesso, razão pela qual deve o julgador estar ciente de sua responsabilidade, buscando impor a sanção de forma idônea e proporcional ao crime praticado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ademais, a partir do momento em que o sentenciante passa a aplicar a pena em congruência com os primados legais e jurisprudenciais, o número de reformas das decisões por parte dos tribunais diminui e o trabalho se torna mais efetivo.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988, disponível em <**http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm**>, acesso em 01/12/2019.

BRASIL, **Decreto-Lei 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940, disponível em <**http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm**>, acesso em 01/12/2019.

BRASIL, **Decreto-Lei 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1941, disponível em <**http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm**>, acesso em 01/12/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça**.** STJ - **AgRg no HC 461.771/MS**, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 22/08/2019 disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801905955&dt_publicacao=22/08/2019>, acesso em 01 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **HC 513.454/PE**, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 27/8/2019, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201901589841&dt_publicacao=27/08/2019>, acesso em 01 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **HC 520.822/SP,** Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 30/10/2019, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201902023730&dt_publicacao=30/10/2019> acesso em 01 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **AgRg no HC 502.995/MS**, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 23/08/2019, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201900984245&dt_publicacao=23/08/2019, acesso em 01 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **HC 539.436/SP**, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 20/11/2019, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201903080115&dt_publicacao=20/11/2019>, acesso em 02 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **AgRg no AREsp n. 896.312/SP**, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 21/6/2016, DJe 29/6/2016, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601097964&dt_publicacao=29/06/2016> acesso em 02 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **HC 499.987/SP**, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 30/05/2019, DJe 04/06/2019, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201900810395&dt_publicacao=04/06/2019, acesso em 02 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça**.** STJ - **REsp 1327897/MA**, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201180568&dt_publicacao=15/12/2016> acesso em 02 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - 3ª Seção. **EAREsp 1.311.636-MS**, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 10/04/2019 (Info 947), disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801478037&dt_publicacao=26/04/2019> acesso em 02 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **HC: 79595 MS 2007/0063596-8**, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 27/04/2010, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/05/2010, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700635968&dt_publicacao=17/05/2010> acesso em 02 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **HC 402.373/RS**, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 17/04/2018, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400702894&dt_publicacao=17/04/2018> acesso em 02 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **HC 525.572/DF**, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 26/11/2019, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201902314437&dt_publicacao=26/11/2019>, acesso em 02 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **HC 476.564/MS**, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 23/05/2019, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201802868458&dt_publicacao=23/05/2019>, acesso em 03 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **HC 289.604/BA**, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400453625&dt_publicacao=19/12/2016>, acesso em 03 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **HC 436.314/SC**, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/8/2018, DJe 21/8/2018, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800293562&dt_publicacao=21/08/2018>, acesso em 03 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **HC 412.848/SP**, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 25/10/2019, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702058695&dt_publicacao=25/10/2019> acesso em 03 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça**.** STJ - **AgInt no HC 492.638/SP**, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 19/11/2019, disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201900379304&dt_publicacao=19/11/2019>, acesso em 03 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **HC 523.503/SP**, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 22/10/2019, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201902180610&dt_publicacao=22/10/2019>, acesso em 03 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **AgRg no REsp 1699788/MG**, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe

03/09/2018, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702482883&dt_publicacao=03/09/2018>, acesso em 03 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **AgRg no AREsp 1408536/TO**, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 03/04/2019, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201803200278&dt_publicacao=03/04/2019>, acesso em 03 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **HC 528.679/AC**, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2019, DJe 16/10/2019, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201902491082&dt_publicacao=16/10/2019>, acesso em 03 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **HC 531.187/MG**, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201902634264&dt_publicacao=26/11/2019>, acesso em 03 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 444**. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2010]. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp>, acesso em 02 de dezembro de 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**, 4ª edição, Juspodivm, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal – Volume Único,** 5ª edição, Juspodivm, 2017.

MASSON, Cleber. **Direito Penal – Parte Geral**, 11ª edição, Método, 2017.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática,** 12ª edição, Juspodivm, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BIOPOLÍTICA: UM CAMINHO PARA A GOVERNANÇA INTERNACIONA

RUTH HELENA SILVA VASCONCELOS PEREIRA: Advogada da União, pós-graduada em Direito Empresarial e mestranda em Derecho de las Relaciones Internacionales y de la Integración en América Latina pela Universidad de la Empresa de Montevideu/Uruguai.

RESUMO: Idealizar governança internacional exige partir da concepção da essencialidade de valores ambientais a serem inseridos no âmbito das políticas públicas de maneira geral e integral. O papel da Administração Global diante do *ethos* ambiental se funda na busca da sustentabilidade dos sistemas vivos e na integração da vida numa perspectiva futura e intergeracional. Os desafios da natureza sempre provocaram os avanços necessários para o desenvolvimento da humanidade, bem como diversos desequilíbrios. Cabe, porém, às lideranças políticas a capacidade de reagir e de tomar decisões que fortaleçam o ideário comunitário, aprendendo em todos os níveis da sociedade a formar uma consciência universal. A biopolítica indica os primeiros sinais nesse sentido. A fusão dos interesses público e privado, os modernos avanços biotecnológicos e a sensibilidade ecológica dirigem-se à democratização plena e à contenção da crise global. Reivindica-se o manto da precaução e a efetiva participação social nessa nova governança mundial.

PALAVRAS-CHAVE: Governança internacional. *Ethos* Ambiental. Sustentabilidade.

RESUMEN: *Idealizar la gobernanza internacional exige partir de la concepción de la esencialidad de valores ambientales a ser insertados en el ámbito de las políticas públicas de manera general e integral. El papel de la gestión global de la cultura ecológica se basa en la búsqueda de la sostenibilidad de los sistemas de vida y la integración de una vida futura y la perspectiva intergeneracional. Los desafíos de la naturaleza siempre han provocado los avances necesarios para el desarrollo de la humanidad, así como diversos desequilibrios. Es, sin embargo, los líderes políticos la capacidad de reaccionar y tomar decisiones que fortalecen las ideas de la comunidad, el aprendizaje en todos los niveles de la sociedad para formar una conciencia universal. La biopolítica indica los primeros signos en ese sentido. La fusión de los intereses públicos y privados, los avances biotecnológicos modernos y sensibilidad ecológica están dirigidas a la plena democratización y la contención de la crisis global. Se reclama el manto de la precaución y la efectiva participación social en esta nueva gobernanza mundial.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PALABRAS-CLAVE: *Gobernanza internacional. Ethos Ambiental. Sostenibilidad.*

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por propósito apresentar alguns valores ambientais que contribuirão para uma maior governança das políticas públicas em âmbito mundial e que têm sido foco de grandes preocupações pelas esferas políticas internacionais na atualidade.

Para tanto, de modo específico, deve-se retratar qual o papel da política internacional em face do despertar de uma nova consciência ambiental, cotejar economia e ecologia na busca de um novo ponto de equilíbrio no destino da humanidade moderna e apontar o papel da Administração Global diante dessa nova forma de enxergar a realidade.

Observa-se a necessidade de uma reestruturação do pensamento corporativo e político na sociedade internacional para se alcançar a sustentabilidade dos sistemas humanos e não humanos, de modo a integrar dimensões da vida e garantir a responsabilidade das instituições governamentais e não governamentais numa perspectiva de existência futura e intergeracional.

A abordagem do problema acima não se assenta em suposições ou em qualquer processo heurístico. Trata-se de uma especulação acadêmica acerca de diversas realidades que permeiam incontáveis aspectos da vida e que também são constatadas de forma bastante convincente em fundamentos literários, teóricos e científicos, conforme se vê adiante.

As influências do materialismo e da hegemonia humana nos processos de transformação do mundo desde a revolução agrícola contemporânea[1] têm fomentado de sobremaneira diversos problemas resultantes da competição e do consumo, bem como acarretado inúmeros desequilíbrios, violências estruturais, poluições generalizadas, má utilização de recursos naturais e humanos, corrupções, desempregos etc. A interferência do gênero humano sobre a natureza das coisas parece ter saído de controle, pondo em risco o próprio bem estar geral ou mesmo a própria existência.

Nesse ínterim, conjugar aspectos ambientais, sociais e econômicos no âmbito político internacional vai ao encontro da ideia de que a autopreservação da humanidade demanda esforços e estruturas sensíveis à conservação do planeta e do reconhecimento deste como um sistema orgânico central e essencial a todas as sociedades.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A pesquisa em deslinde se desenvolve por meio de procedimentos intelectuais que partem de um conjunto de conhecimentos prévios acerca do objeto de estudo e visa esclarecer pontos de intersecção entre certos aspectos relacionados a uma ética ambiental e outros relativos às boas práticas de governança necessárias ao equilíbrio dos sistemas de vida existentes e à harmonização internacional.

Apesar da dificuldade de se apresentar argumentos gerais irrefutáveis no campo das ciências sociais, as bases lógicas da presente investigação são fundadas em vasto campo de pesquisas e discussões sobre o tema, inclusive em organismos internacionais que promovem esse tipo de debate.

Portanto, trata-se de uma abordagem qualitativa atrelada ao método dedutivo de trabalho, já que intenciona alcançar conclusões formais e logicamente ordenadas nas técnicas de análise utilizadas. A esse teor, Gil (2008) ensina que o método dedutivo "p*arte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal, isto é, em virtude unicamente de sua lógica.*"

Pari passu, as bases técnicas utilizadas estão representadas na abordagem histórica do problema, vez que se focam em fatos ou instituições pretéritas para se analisar as respectivas influências no mundo atual e, de forma despretensiosa, projetá-las para o futuro. O estudo visa, conforme descrevem Freitas e Prodanov (2013), ao remontar construções e mutações dos fatos, uma melhor compreensão do papel atual das instituições na sociedade, constituindo, assim, o caráter historicista da pesquisa.

O presente trabalho analisa fatores ambientais essenciais ao discurso e à práxis política em cenário internacional e como a construção dessa nova biopolítica pode fortalecer a governança e a cooperação das nações para o desenvolvimento sustentável.

No primeiro capítulo, serão tratadas linhas gerais relacionadas à política internacional e à consciência ambiental, enfrentando com brevidade pontos atinentes à crise ambiental, ao desenvolvimento sustentável e ao *ethos* ambiental que pauta as relações governamentais e não governamentais no globo.

Segue na perspectiva de apresentar a necessidade política de enxergar as limitações da ciência e de conciliar economia e ecologia em prol de um sistema cooperativo de valores reestruturados para o alcance do equilíbrio nas relações internacionais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em tópico posterior, trata de um novo papel para a Administração global e dá enfoque àquilo que modernamente se retrata por economia verde, contrapondo-a, em parte, a traços da economia tradicional. Considera, ainda, a conjunção de fatores ambientais, sociais e políticos como essenciais à boa governança internacional e à democracia de forma ampla.

Destarte, a natureza da metodologia básica utilizada para a união dos procedimentos intelectivos e técnicos acima descritos envolve verdades e interesses universais e procura gerar novos conhecimentos úteis. Ainda, trata-se de pesquisa exploratória na perspectiva do objetivo do estudo e que se lastreia em levantamentos bibliográficos e em pesquisas documentais no que circunscreve ao procedimento técnico utilizado.

2 A POLÍTICA INTERNACIONAL E A CONSCIÊNCIA AMBIENTAL

Abordar o tema atinente à política internacional e à consciência ambiental requer abordar o despertar de um novo sistema de valores que passou a conduzir pautas de maior defesa e proteção ao meio-ambiente pela sociedade internacional.

Desenvolvimento econômico e social e preservação ambiental são vertentes não compatibilizadas por muito tempo.

A dominação da natureza pelo homem provocou os avanços necessários para o desenvolvimento das sociedades em certa escala. No entanto, essa dinâmica representada por marcos históricos das revoluções agrícola, industrial e tecnológica toma novos rumos a partir de quando parte da sociedade internacional rotulada por "ambientalista" passa a manifestar crescente preocupação com o equilíbrio e com a moderação do uso dos recursos necessários para a manutenção da vida.

2.1 A CRESCENTE PREOCUPAÇÃO COM A CRISE AMBIENTAL

Falar em crise ambiental é falar necessariamente em desenvolvimento econômico e em uma cultura estabelecida em uma verdade racional acentuada, em que os processos científicos são de sobremaneira determinantes da verdade, desprezando, muitas vezes, o conteúdo moral do discurso político.

Toffler (1980) retrata as mudanças na evolução do comportamento humano no que chama de "ondas". Para o autor, a primeira delas surge com a revolução agrícola. Para fins do presente estudo, não há o que tratar sobre essa "primeira onda".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Durante a "segunda onda", as tecnologias emergentes promoveram considerável melhoria de vida de uma parcela da população mundial, mas não sem causar efeitos colaterais que podem ser retratados por dizimação de espécies, destruição de ecossistemas, fome, crescimento populacional intenso, miséria, violência estrutural, tensão, frustração, ira, medo, afastamento de bases éticas etc. Essa onda parte da ideia de indivíduos isoladamente e que devem competir entre si para sobreviver, autopreservar, vencer a concorrência e ganhar.

No campo das atitudes políticas e corporativas de segunda onda são refletidas ações e preocupações nacionalistas com bases centralizadas e hierarquizadas voltadas para o lucro, a eficiência e o crescimento (Maynard Jr. e Mehrtens, 1993).

Entretanto, os graves desafios apresentados no final do século XX, dentre eles a real possibilidade de uma crise atômica e a devastação total da humanidade, pressionaram as instituições a revisarem comportamentos e a se concentrarem nas crises imediatas, posicionando-se para o futuro.

E nesse sentido, Maynard Jr. e Mehrtens (1993) apontam ainda que "*o* ambientalismo *está nos ensinando que já não podemos considerar a proteção ambiental* como *um problema nem ver a ecologia como adversária da economia*".

Passa-se, portanto, a ter uma percepção mais clara de que tudo está ligado à natureza e que os sistemas naturais são finitos; da necessidade de melhor trato dos resíduos sólidos; da necessidade de mudanças de atitude em relação ao papel do homem no mundo e para com este.

2.2 A IDEIA DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O conceito de "Desenvolvimento Sustentável" mais aceito na atualidade surge no Relatório Brundtland (1987) e se traduz de forma bastante sucinta naquele capaz de suprir as necessidades das gerações atuais, mas sem comprometer as necessidades das futuras gerações, de modo a preservar, otimizar e aperfeiçoar o uso dos recursos para o futuro.

Uma representação mais explícita do desenvolvimento sustentável conforme sugerido acima por Brundtland (1987) pode ser observada pelas colocações de Gomes Caldas e Mata Diz (2016), vez que retratam tal conceito em princípio que contempla complementarmente dois tipos de solidariedade: uma perante a geração presente; outra projetada para as gerações futuras, com desdobramento no "*reconhecimento da integração da dimensão ambiental em todos os planos, programas, projetos e ações do Estado*".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Onde se lê "Estado", leia-se Estados e toda a comunidade internacional em âmbito governamental e não governamental, instituições, corporações, indivíduos e qualquer agente público ou privado, coletivo ou individual. A esse esteio, continuam ensinando:

> Como metaprincípio do Direito Ambiental, o desenvolvimento sustentável perpassa toda e qualquer iniciativa, de natureza governamental ou não, pública ou privada, além de servir como fundamento mandamental para a criação de novos princípios, normas e atos que promovam a devida proteção ambiental. (Gomes Caldas; Mata Diz, 2016)

Institucionalmente, pela premente necessidade de alinhar crescimento econômico e sustentabilidade, em que pese a existência de esparsos debates nos anos 60, as primeiras respostas às pressões e crises que envolvem o tema afloraram na Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente humano, em Estocolmo (Suécia), em 1972, associando a qualidade de vida ao desenvolvimento (Souza, 1994).

Estava-se diante de um momento de crise mundial complexa e multidimensional que envolvia, segundo Capra (1982), saúde, modo de vida, qualidade do meio ambiente e das relações sociais, economia, tecnologia e política: "*uma crise de dimensões intelectuais, morais e espirituais*".

Culpi (2014) informa que, seguidamente, sobre modelos de utilização de recursos, meio ambiente e estratégias de desenvolvimento, representando uma evolução na matéria ao inserir o protagonismo dos Estados industrializados no problema ambiental, surge a Conferência de Cocoyoc (México), de 1974.

A chamada "Eco92", a Conferência das Nações Unidas sobre Meio-Ambiente realizada no Rio de Janeiro (Brasil), em 1992, foi o primeiro notório evento no cenário político internacional após o Relatório Brundtland e que estabeleceu um novo paradigma sobre o meio ambiente. Nessa conferência, pôs-se em questão o papel da gestão das políticas públicas dos Estados na criação de um novo modelo de desenvolvimento em consonância com a proteção ambiental (Culpi, 2014).

Naquele momento foi formulada a ideia da "Agenda 21", em que cada Estado se comprometeria a legislar autonomamente sobre questões de sustentabilidade. Porém, o desenrolar dessa pauta tem se mostrado bem distante daquilo que se pretendia. A Conferência do Meio-Ambiente de 2012 ("Rio+20") demonstrou "*a falta de compromisso de tais Estados com a redução das práticas de produção e*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

consumo danosas ao meio-ambiente" (Culpi, 2014) e a completa carência de ações concretas e efetivas nesse sentido.

Já havia descrito Canotilho (2010) que o conceito de sustentabilidade ora é visto como algo que favorece ideologias obscuras, ora se oculta e se confunde com outros conceitos tidos por "holísticos", como os de "*globalização, integração, justiça, intergeracional, participação, equidade, geracional*". Ainda sustenta que tal conceito é visto para alguns como um "'*conceito-chave', um 'conceito represa' que, à semelhança do princípio do Estado de direito e do princípio democrático, pressupõem operações metódicas de otimização e de concretização".* O presente estudo se apoia neste último entendimento.

2.3 O *ETHOS* AMBIENTAL

Convém primeiramente esclarecer a proposta do sentido da expressão "*ethos*" utilizado no texto. Segundo Boff (2003), e conforme retratado por Lemos e Higuchi (2011), trata-se de "*um conjunto de aspirações, valores e princípios orientadores das relações humanas para com a natureza, a sociedade, as alteridades e consigo mesmo*".

Para Pacheco (2009), *ethos* se refere a uma atitude resultante da reiteração, do hábito, do costume e que se dirige à noção do correto no exercer de uma ação; é, portanto, "*uma forma de habitar o mundo segundo um sentido do que é melhor, quanto a uma forma instituída de agir*".

Pelizzoli (2002) defende que falar em *ethos* ambiental indica tratar do próprio sentido das relações humanas de modo completo e multifacetado, "*com o outro em vários e interconectados sentidos".*

A percepção de que o progresso técnico-científico e a sociedade industrial tradicionalmente conhecida não foram capazes de cumprir com a promessa de uma vida plena e feliz; o ceticismo em relação à ciência naquilo que ela demonstrou ser incapaz de conter a exaustão do planeta e a trajetória humana, impôs ao mundo um novo paradigma consubstanciado na necessidade de se interrogar e de se questionar sobre um novo projeto de futuro de unidade, de uniformidade e de homogeneidade (Leff, 2002).

Constrói-se, assim, a mudança de valores voltados para o imperativo de reabilitação ambiental e que oferece a todos novas oportunidades para pensamentos antes tidos, talvez, por excêntricos. A sustentabilidade e a integridade ambiental, a justiça econômica e o crescimento sustentado, o uso de tecnologias apropriadas e o desenvolvimento de controles sociais e programas de educação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pública devem passar a compor um agir intencional em que as lideranças na era da biopolítica não podem mais negligenciar.

Nessa perspectiva, devem ser considerados os fatores culturais tais como "*tamanho da* população*, níveis educacionais, estruturas sociais, mão-de-obra disponível, base de recursos, condições de mercado e infra-estrutura"* (Maynard Jr. e Mehrtens, 1993), além de valores e limites morais às tecnologias.

Cabe, assim, às lideranças políticas a capacidade de reagir e de tomar decisões que fortaleçam o ideário comunitário, aprendendo em todos os níveis da sociedade a formar uma consciência global.

3 ECOLOGIA E ECONOMIA EM EQUILÍBRIO

A compreensão do sistema econômico é muitas vezes preconcebida pelo estigma do materialismo histórico que muito influenciou ideologias ora dominantes, ora divergentes da realidade vivida nos mais diversos sistemas humanos da sociedade.

Fato é que a complexidade de comportamentos humanos decorrentes do natural anseio humano de satisfação de ilimitadas necessidades postas em face das restritas possibilidades que se apresentam gerou muitas controvérsias ao logo da história, deixando marcas que as gerações seguintes tiveram que suportar e resolver.

A esse revés, superar as limitações dos hábitos e da ciência em prol da integração e do equilíbrio entre economia e ecologia não é somente uma questão de sensibilidade, mas de patente necessidade real.

3.1 A ECONOMIA TRADICIONAL

É inegável que a consciência humana tenha por um de seus alicerces a capacidade de gerir alternativas úteis e possíveis para a satisfação daquelas infindáveis e inafastáveis necessidades de ordens individuais e coletivas. E essa forma de se relacionar com o mundo motivou a humanidade a dar grandes passos. Em outras palavras, a economia é em grande medida o motor político da humanidade.

O surgimento de um grande número de tecnologias complexas nessa busca trouxe grande prosperidade, porquanto também muita degradação ambiental. Além disso, outras consequências indesejáveis surgiram ao longo desse processo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesse caminhar, as escolhas humanas nem sempre foram as mais acertadas para cada momento. Tradicionalmente, para Maynard Jr. e Mehrtens (1993), as atitudes políticas sempre se deram de maneira corporativa com preocupações meramente localizadas. A globalização é vista somente como investimento em lugares distantes e os negócios um modo de ganhar a vida.

E essa economia tida por formal, hegemônica ou tradicional incentivou por muito tempo o uso arbitrário e distorcido dos recursos naturais, segundo Santos (2009). Para o autor, visões míopes acerca da escassez e a repetição da adoção do *"paradigma da extração"*, baseado no inesgotamento ou na substitubilidade, causaram uma sobrecarga no planeta, atingindo o próprio ser humano de maneira bastante contundente.

Produção, serviços e consumidores sempre disputaram de perto os melhores recursos e competiram entre si pelas melhores oportunidades, porém numa visão limitada e de curto prazo.

Prevalecia-se do ganho individual contra os interesses coletivos, em uma ideia de que a economia se incumbiria livremente de rearranjar os sistemas produtivos e solucionar os problemas pontuais de escassez. Haveria uma solução técnica e racional para sanar as incertezas. O futuro é somente uma variável matemática de risco incutida nas operações financeiras especulativas.

3.2 O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COMO A POSITIVAÇÃO DA SENSIBILIDADE ECOLÓGICA

O despertar de uma nova consciência se verifica a partir das circunstâncias acima descritas, em que uma nova perspectiva realista e positiva do papel da humanidade enquanto sistema vivo é o novo pulsar. A chamada sensibilidade ecológica parte de uma nova necessidade antes distante dos anseios políticos, sociais e culturais das sociedades humanas e passa a vigorar como um mantra nas comunidades internacionais.

Nesse novo choque de consciência, velhas instituições passam a ser reconfiguradas para incorporação dos "4 R's" (reparar, recondicionar, reutilizar e reciclar), enquanto as novas passam a se desenvolver à base das "sete alvoradas". É a Administração Global agora focada em: "*reciclagem e substituição de recursos; eficiência energética; controle de poluição; fornecimento ecologicamente controlado de energia; informática; biotecnologia e serviços ambientais*" (Santos, 2008).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

As corporações e os organismos administrativos desempenham papel primordial na elaboração de programas e projetos políticos, sociais e culturais, podendo, em certo momento, vislumbrar a possibilidade da exigência de apresentação de relatórios de impactos ambientais, sociais, políticos e econômicos até no desenvolvimento de novas tecnologias. A vida não pode ser acessória nesse proceder, mas determinante das ações.

As políticas públicas devem estar munidas de ferramental para assegurar a todos *"o diálogo* aberto*, a liberdade de questionar e a oportunidade de considerar todos os lados da questão de se dever, ou não, fazer que um certo produto ou tecnologia seja elevado à condição de um bem comercializável"* (Maynard Jr. e Mehrtens, 1993).

Economia e ecologia fundem-se em um campo transdisciplinar que considera a natureza o suporte vital da humanidade. A percepção de que o conhecimento científico é insuficiente para o pleno conhecimento da natureza e das relações sociais grita contra as incertezas sobre as consquências das ações do homem, reivindicando o manto do princípio da precaução e a efetiva participação social acerca dos bens da vida mais primordiais, sendo esta – *a vida* – o maior deles.

4 UM NOVO PAPEL PARA A ADMINISTRAÇÃO GLOBAL

Inegável que, apesar das dificuldades e resistências, nosso mundo já adentrou na era da biopolítica. Os sinais de que isso já está a ocorrer são perceptíveis em face dos avanços biotecnológicos, dos esforços e atenções para um fazer algo acerca da contenção da crise ambiental mundial e da democratização global.

Nesse passo, pautas internacionais de promoção de integração de problemas econômicos, ambientais, tecnológicos e sociais influenciam em maior ou em menor grau a futura direção da evolução do planeta (Maynard Jr. e Mehrtens, 1993).

D'Araujo (2003) reproduz a ideia de que *"é necessária a correspondência entre a cultura de um povo e suas instituições políticas"*. Em um mundo globalizado munido de um novo *ethos* ambiental, lideranças mundiais devem se agarrar a esse desafio crescente de fomentar e desenvolver uma consciência socioambiental universalizada.

4.1 ECONOMIA VERDE

O termo "Economia Verde" ("*Green Economy*") recentemente elaborado, não obstante surgido com timidez no contexto da Conferência Eco 92, ganhou mais

destaque no cenário internacional quando incorporado pelo Programa das Nações Unidas para o Meio-Ambiente no relatório "Rumo a uma Economia Verde: caminhos para o desenvolvimento sustentável e a erradicação da pobreza" (PNUMA, 2011).

Importante notar no documento a associação dos termos e dos propósitos que representam essa nova ideia de economia verde. Meio-Ambiente, economia, desenvolvimento sustentável e combate à pobreza são metas indissociáveis de um mesmo pensamento. É a expressão patente de um novo paradigma político fundado em indiscutível *ethos* ambiental, dando sinais claros dessa era que se estabelece.

E essa nova visão de mundo se contrapõe, por consequência, a ideias dantes estabelecidas em velhas práticas político-administrativas desconexas do atual pensamento global de se atuar em defesa de uma economia viva praticante de uma contabilidade social e de recursos[2];de se organizar de forma a produzir efeitos morais e produzir uma comunidade de bem-estar sob um modelo de preocupação com o ambiente; de se avançar em tecnologias apropriadas.

No sentir de Maynard Jr. e Mehrtens (1993), necessário que se forme esse novo perfil de governança em âmbito internacional e que seja comandado por "*biopolíticos plenamente ciosos da responsabilidade de realizar o destino dos homens e mulheres modernos".*

E as expectativas diante dessa novel economia são notáveis no campo do aumento de riquezas, na redução da pobreza, na promoção da igualdade social, na melhoria do estilo de vida, na geração de empregos e na integralidade e harmonia do mundo com os sistemas vivos e não vivos, em especial à espécie humana.

4.2 ASPECTOS ESSENCIAS À BOA GOVERNANÇA NA ERA DA BIOPOLÍTICA

Muito embora alguns autores a exemplo de Foucault, Neyrat, Hottois Esposito e outros já tenha teorizado acerca do termo "biopolítica" em outros aspectos, apoia-se no pensamento de Rifkin ao defini-la como um tipo de política voltado para o futuro da vida e não sobre a vida (Escobar, 2009).

A biopolítica intenciona nivelar a ordem social e política aos anseios do uso de tecnologias e estruturas governadas com maior sofisticação e com alcance ainda mais democrático. É o envolvimento e fusão do público e do privado para o mesmo fim.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para que isso se transforme, o papel que a governança internacional desempenhará nessa ótica cosmopolita terá por objetivo gerir o "*negócio da evolução*". As lideranças corporativas e o governo global reunirão em, uma só toada, motivações ambientais, sociais e econômicas abrangentes.

E essa integração no âmbito da governança internacional, nos ensinamentos de Gomes Caldas e Mata Diz (2016), deve estar voltada para a "*necessidade de avaliação dos impactos sobre o meio ambiente quando da implementação, execução, controle e fiscalização das políticas públicas",* em todos os níveis, e cujos parâmetros de eficiência devem abranger de forma conjunta os *"princípios da integração, da precaução, da coordenação, da subsidiariedade, da participação e transparência e da prestação de contas"*.

É um processo a ser observado por toda atividade política existente, deslocando o eixo da atividade política tradicional das instituições para um espectro de governança legitimado por uma série de situações de alcance global e não meramente individual ou regionalizado (Bento, 2007).

Nesse ínterim, diante do fenômeno de globalização, a nova governança internacional deve ser percebida como a capacidade dos indivíduos enquanto agentes políticos e econômicos orientarem continuamente políticas públicas e condutas de longo prazo numa relação de harmonia entre governos, empresas e sociedades.

5 CONCLUSÃO

Percebe-se que a humanidade já andou na contramão da própria história, afligindo a si mesma riscos incalculáveis e quase irreversíveis na busca pela satisfação de suas necessidades. A segregação e a competitividade moviam ímpetos de dominação do homem pelo homem.

No entanto, em certo ponto do caminho, há o despertar de uma nova consciência. Por maior que ainda sejam as resistências, para que haja continuidade da existência e prosperidade da vida humana no planeta, não há como negligenciar a ideia de que toda a humanidade está vinculada e tem que cooperar junta; ou, ainda de forma mais abrangente, que a humanidade é uma só e que deve escolher co-criar a vida presente e futura. Não há como se abrir mão de uma sensibilidade ecológica que tende a lhe guiar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Essa dinâmica que emerge e grita por esforços conjuntos nos campos ambiental, econômico e social passa a ser o novo norte político institucional para além das nacionalidades.

O Alcance de um futuro existente para a humanidade dependerá de atitudes e comportamentos comprometidos com um novo *ethos* ambiental que lhe exigem a mudança de consciência, a expansão de fontes interiores de autoridade e poder, a reespiritualização da sociedade, a democratização política e econômica e o reconhecimento das vantagens de uma sociedade comprometida com o cuidado do mundo.

Os alicerces das lideranças políticas no campo internacional devem fundados em práticas de governança que sublimem a vida antes de qualquer outra motivação. Agir em conformidade com a vida e para a vida é o único caminho a se seguir para romper com as desigualdades, os desequilíbrios, as violências estruturais, os diversos tipos de poluição, o esgotamento dos recursos, a corrupção, o desemprego, a miséria, a fome e tantos outros males desencadeados pela sociedade da competição e do consumo.

As lideranças políticas devem agir localmente, porém com um pensamento global de suas ações, projetos e programas. A condução da vida pública deve se ater ao fato de que é para que as vidas privadas são os motivadores da própria existência. Empresas, sociedades e governos devem caminhar juntos em um só propósito. A biopolítica encerra, assim, um caminho hábil para a governança internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENTO, Leonardo Valles. **Governança global: uma abordagem conceitual e normativa das relações internacionais em um cenário de interdependência e globalização.** Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2007. Disponível em: < https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/89641/245534.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 ago 2018.

BOFF, Leonardo. **Ethos Mundial.** Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

BRUNDTLAND, G. H. (Org.) **Nosso futuro comum(Relatório Brundtland).** Rio de Janeiro: FGV, 1987. Disponível em: <http://www.un-documents.net/ocf-02.htm#I>. Acesso em: 08 ago. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional.** Revista de Estudos Politécnico, 2010, Vol. VIII, n. 13, 007-018, p.p 09. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100002>. Acesso em: 08 ago 2018.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação.** São Paulo: Cultrix, 1982.

CULPI, Ludmila A. **A construção de políticas ambientais internacionais: o caso do Mercosul.** Revista Conjuntura Global, vol.3, n.1, jan./mar., 2014, p. 13-20. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/conjgloblal/article/download/36191/22342>. Acesso em: 06 ago 2018.

D'ARAUJO, Maria Celina. **Capital Social. Rio de Janeiro.** Jorge Zahar Editor, 2003.

EKINS, Paul. ***The living economy: a new economics in the making.*** Londres: Routledge & Kegan Paul, 1986.

ESCOBAR, Ana Maria Sacchetti. **As políticas de reprodução como uma (nova) biopolítica.** Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra. Coimbra, 2009. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/12973/1/BIOPOL%C3%8DTICA.pdf>. Acesso em: 10 ago 2018.

FREITAS, Ernani Cesar de; PRODANOV, Cleber Cristiano.**Metodologia do trabalho científico [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2ª ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES CALDAS, Roberto Correia da Silva; MATA DIZ, Jamile Bergamaschine. **Contratos administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil.** A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 249-275, jul./set. 2016. DOI: 10.21056/aec.v16i65.267. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/viewFile/267/632>. Acesso em: 08 ago 2018.

HOBSBAWN, Eric. **A era dos extremos: o breve século XX.** São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental.** 3ª edição. São Paulo: Cortez Editora, 2002.

LEMOS, Sônia Maria; HIGUCHI, Maria Inês Gasparetto.**Compromisso socioambiental e vulnerabilidade.** Revista Ambiente & Sociedade [online]. 2011, vol.14, n.2, pp.123-138. ISSN 1414-753X. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1414-753X2011000200009>. Acesso em: 09 ago 2018.

MAYNARD JR., Herman Bryant; MEHRTENS, Susan E. **A quarta onda: os negócios no século XXI.** São Paulo: Cultrix, 1993.

MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. **História das agriculturas no mundo: do neolítico à crise contemporânea.** São Paulo: UNESP; Brasília: NEAD, 2010.

PACHECO, ÉserTécio. **Percepção ambiental como desvelamento do *ethos* embrionário.**Tese (Doutorado em Psicossociologia de Comunidades e Ecologia Social) – Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://objdig.ufrj.br/30/teses/594271.pdf>. Acesso em: 09 ago 2018.

PELIZZOLI, Marcelo L. **Correntes da ética ambiental.** Petrópolis: Vozes, 2003.

PNUMA (Programa das Nações Unidas para o Meio-Ambiente).**Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável e a Erradicação da Pobreza – Síntese para Tomadores de Decisão.** 2011. Disponível em: <www.unep.org/greeneconomy> e <http://www.fapesp.br/rio20/media/Rumo-a-uma-Economia-Verde.pdf>. Acesso em: 09 ago 2018.

RIFKIN, Jeremy. ***Algeny: a new wor, a new world.*** Nova York: Viking, 1983.

SACHS, Ignacy. **O Desenvolvimento Sustentável: do conceito à ação, de Estocolmo a Joanesburgo.** In: VARELLA, Marcelo; BARROS-PLATIAU, Ana Flavia. Proteção Internacional do Meio Ambiente. Brasília: UNICEB/UnB/UNITAR, 2009, p. 27-33.

SANTOS, José Carlos. **Projeto Kidlink: educação e cidadania no ciber espaço – um desafio para a educação.** Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal de Sergipe. São Cristóvão, 2008. Disponível em: < https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/4703/1/JOSE_CARLOS_SANTOS.pdf>. Acesso em 10 ago 2018.

SANTOS, Marcus Tullius Leite Fernandes dos. **A economia perversa: o impacto dos mercados sobre o meio ambiente. Revista** Direito e Liberdade, v. 6, n. 2

[online]. Natal: ESMARN, 2009. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/112/104 >. Acesso em: 16 ago 2018.

SOUZA, André. **Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável: uma reflexão crítica.** *Paper do NAEA*, n. 45, agosto, São Paulo, 1994. Disponível em: <file:///C:/Users/alexey.atp/Downloads/045.pdf>. Acesso em: 08 ago 2018.

TOFFLER, Alvin. **A terceira onda: a morte do industrialismo e o nascimento de uma nova civilização.** 1ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 1981.

---

[1] A revolução agrícola contemporânea caracteriza-se pelo incremento de tecnologias às técnicas até então aplicadas. Técnicas essas voltadas para o aperfeiçoamento agrícola e representadas pelo aumento de produção e produtividade por meio do emprego de animais nas plantações e consequente redução da necessidade da força humana empregada; plantio em larga escala; intensificação de atividades pecuárias etc. Ressalte-se a história tratar de outra revolução agrícola, a primeira, no período neolítico, que foi marcada pela descoberta e dominação do fogo pelo homem, favorecendo o estabelecimento de grupamentos humanos e mudanças na relação do ser humano com a terra, tornado-se mais identificado com esta e com vistas à autopreservação. (Mazoyer e Roudart, 2010).

[2]Contabilidade de recursos se insere no nível macroeconômico da contabilidade de capital e se concebe para resguardar a manutenção e preservação das bases de recursos. Nela são considerados fatores intangíveis como o estado da base de recursos, a exaustão de ativos naturais, as perdas associadas às manufaturas em termos de infraestrutura, a exploração de recursos humanos e até mesmo a deterioração da saúde humana (Ekins, 1986).

www.conteudojuridico.com.br

A FLEXIBILIZAÇÃO DA POSSE REGULAR DE ARMA DE FOGO ENQUANTO FATOR DE AUMENTO OU REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE SOB A ÓTICA DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO

FRANCISCO ADSON BEZERRA ROCHA:
Graduando do Curso Superior de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA.

INGO DIETER PIETZSCH[1]

(Orientador)

RESUMO: Em 22 de Dezembro de 2003 o Brasil aprovou a Lei Nº 10.826, também conhecida como Estatuto do Desarmamento, dispondo sobre o registro, a posse e a comercialização de armas de fogo e munição no país. Com o intuito de reduzir o número de armas de fogo em circulação e, consequentemente, o elevado índice de violência, de homicídios e crimes provenientes de seu uso, o estatuto trouxe uma série de empecilhos para quem deseja adquirir uma arma de fogo, além de proibir seu porte, resguardando-se algumas exceções. Quase vinte anos depois de sua aprovação, no entanto, o Brasil ainda apresenta índices alarmantes de crimes bárbaros associados ao uso de armas de fogo. Apesar das dificuldades trazidas para quem deseja ter uma arma de fogo e a proibição do seu porte, até então, segundo as estatísticas, o número de mortes pelo seu uso não diminuiu. Mais recentemente, foi publicado o decreto 9.685/19, com o objetivo de flexibilizar a posse de armas de fogo para aqueles cidadãos que preenchessem os requisitos básicos previstos pelo Estatuto do Desarmamento. Apesar de revogado na sequência, o presente decreto abriu um precedente atual para suscitar uma nova discussão acerca da capacidade da flexibilização da posse regular de arma de fogo configurar fator de aumento ou redução da violência.

Palavras-chave: Estatuto do Desarmamento. Flexibilização da Posse de Armas. Redução da Criminalidade.

ABSTRACT: On December 22, 2003, Brazil passed Law No. 10,826, also known as the Disarmament Statute, providing for the registration, possession, and marketing of firearms and ammunition in the country. In order to reduce the number of firearms in circulation and, consequently, the high rate of violence, homicides and crimes resulting from their use, the statute has brought a series of obstacles for those who want to acquire a firearm, in addition to prohibit its carriage, safeguarding some exceptions. Almost twenty years after its approval, however, Brazil still has alarming rates of barbaric crimes associated with the use of firearms.

Despite the difficulties brought to those who wish to have a firearm and the prohibition of its possession, until then, according to statistics, the number of deaths from its use has not decreased. More recently, Decree 9,685 / 19 was published with the aim of making firearms more flexible for those citizens who met the basic requirements of the Disarmament Statute. Although repealed thereafter, the present decree set a current precedent to raise a new discussion about the ability to flexibilize regular firearm ownership as a factor for increasing or reducing violence.

Keywords: Disarmament Statute. Possession of Weapons Flexibility. Criminality Reduction

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 HISTÓRICO E LEGISLAÇÃO REFERENTE ÀS ARMAS DE FOGO NO BRASIL. 2.1 HISTÓRICO DO CONTROLE DO USO DAS ARMAS DE FOGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 2.2 SISTEMA NACIONAL DE ARMAS – SINARM. **3 ESTATUTO DO DESARMAMENTO.** 3.1 DA POSSE E DO PORTE DE ARMA DE FOGO. 3.2 REQUISITOS PARA A **POSSE** DE ARMA DE FOGO. 3.3 REQUISITOS PARA O **PORTE** DE ARMA DE FOGO. 3.4 DAS PENAS PARA A POSSE E PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FOGO. **4 A FLEXIBILIZAÇÃO DO PORTE E DA POSSE DE ARMAS DE FOGO EM RELAÇÃO À REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE.** 4.1 DECRETO 9.785/2019. 4.2 A RELAÇÃO ENTRE A FLEXIBILIZAÇÃO DA PASSE E DO PORTE DE ARMAS E A REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE. **CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

1 INTRODUÇÃO

Promulgado em 2003, o Estatuto do Desarmamento tinha como propósito reduzir a circulação e a comercialização de armas de fogo e, assim, mitigar os altos índices de violência relacionados ao uso de armas de fogo.

No entanto, quase duas décadas após a aprovação do Estatuto do Desarmamento, o Brasil ainda apresenta índices alarmantes de crimes violentos associados ao uso de armas de fogo, apesar das restrições legais previstas no referido estatuto para quem deseja ter a posse de uma arma de fogo e a proibição expressa do seu porte.

Vale ressaltar, nesse cenário, que posse e porte de arma de fogo têm conotações distintas. A posse de arma significa a manutenção de uma arma de fogo no interior de uma residência (ou dependência desta) ou no local de trabalho, enquanto que o porte de arma de fogo é o uso da arma dentro ou fora da residência, podendo, o cidadão detentor deste porte, se locomover com o objeto.

Nesse ínterim, uma das promessas de campanha do atual presidente da República era, justamente, a proposta de revisão do Estatuto do Desarmamento, em vigor desde 2003, de modo a facilitar a posse e o porte de armas no país e, assim, permitir que o cidadão "de bem" tenha meios de autodefesa.

Assim, no dia 15 de janeiro de 2019, foi publicado o decreto 9.685/19, no intuito de flexibilizar a posse de armas de fogo para cidadãos que preencherem os requisitos básicos que já eram previstos pelo Estatuto do Desarmamento, quais sejam: não possuir antecedentes criminais; ser maior de 25 anos de idade; ter ocupação lícita; não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal; e, ter realizado o curso para o manejo de arma de fogo.

O intento do referido decreto era o de, tão somente, flexibilizar a posse legal de arma de fogo para aqueles indivíduos que se comprovarem aptos, mediante procedimento de requerimento de posse. A posse irregular, ilegal; o porte ilegal de arma de fogo; bem como o comércio ilegal ou tráfico internacional de armas continuariam sendo delitos, previstos pelo Estatuto do Desarmamento, nos artigos 12 e seguintes da referida lei.

Se por um lado, a edição do decreto é pauta de campanha, veiculada como forma de combater a criminalidade, alguns especialistas a entendem como potencial de aumento da sensação de segurança da população, por outro, há quem entenda que a medida é insuficiente e pode, até mesmo, provocar efeito inverso ao apregoado.

Destarte, dias após sua divulgação, o decreto 9.685/19, foi contestado numa análise dos técnicos da consultoria legislativa do Senado, que constataram que o referido dispositivo amplia o porte de armas no país e, consequentemente, "extrapola" o chamado "poder regulamentar", que diz respeito à prerrogativa dada pela Constituição Federal ao chefe do Poder Executivo para produzir regulamentos e decretos sem que seja preciso enviar uma proposta ao Legislativo.

O presente estudo, portanto, pretende fazer uma análise da legislação atual referente à posse e ao porte de arma de fogo, fazendo um levantamento de dados bibliográficos acerca deste tema, bem como verificar as alterações intentadas pelo decreto em relação ao Estatuto do Desarmamento e as possibilidades de redução dos crimes envolvendo armas de fogo.

2 HISTÓRICO E LEGISLAÇÃO REFERENTE ÀS ARMAS DE FOGO NO BRASIL

2.1 HISTÓRICO DO CONTROLE DO USO DAS ARMAS DE FOGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O controle do poderio bélico no território brasileiro não é uma preocupação estatal recente, buscando, sempre, o legislador, coibir o uso das armas de fogo, podendo ser observado no decorrer do tempo seu papel na repressão do efetivo uso, no porte e na simples posse de um artefato dessa espécie.

O primeiro dispositivo referente ao emprego das armas de fogo, detinha a alcunha de "Ordenações Filipinas". Vigorando no período compreendido entre 1603 a 1830, tratavam-se de cinco livros que regiam o ordenamento jurídico no Brasil, sendo o Livro V responsável pelo Direito Penal. Mais especificamente o Título LXXX, colocava como infratora a pessoa encontrada com arma de 'péla' de chumbo, de ferro ou de pedra feitiça. Assim, quem o fosse seria apenado com um mês de prisão, multado em quatro mil réis e açoitado publicamente, sendo o indivíduo a quem, por nascimento, não caiba açoite, este seria "exilado" para a África por dois anos. (BISPO, 2010, p. 101-111)

Posteriormente, em 1831 entrou em vigor o Código Criminal do Império do Brasil, que trazia em sua Parte Quarta "dos crimes policiais", no capítulo V os artigos 297, 298 e 299 que tratavam do "uso das armas defesas", atribuindo penalidades àqueles que fizessem uso de armas ofensivas proibidas e restringindo a posse de armas para uso dos oficiais de justiça e militares em diligencia e os autorizados pelos juízes de paz. (BICALHO, 2000, p. 224)

O decreto 24.602, de 06 de julho de 1934, por sua vez, instaurou paralelamente à responsabilização penal, o controle administrativo da fabricação e comercialização de armas, munições e explosivos pelo Exército Brasileiro.

No âmbito penal, adveio a Lei das Contravenções Penais, através do Decreto-Lei 3.688, de 03 de outubro de 1941, tipificando, pela primeira vez, o simples porte da arma de fogo como sendo infração penal. No entanto, ainda era uma tipificação bem sutil, se comparada ao enquadramento do crime de calúnia: enquanto o "crime de calúnia" (artigo 138 do Código Penal), penalizava o sujeito ativo com multa e detenção de seis meses à dois anos, a contravenção descrita no artigo 19 da Lei das Contravenções Penais cominava em pena de prisão simples de quinze dias à seis meses ou multa. (BICALHO, 2000, p. 224)

O Decreto-lei 3.688/41, que qualificava o delito do porte ilegal de armas de fogo apenas como contravenção penal vigorou no país até 1997. Porém, a relevância mínima dada ao uso de armas de fogo e a aplicação de penas insignificantes, frente à grande agitação social, prescindia a tomada de medidas condizentes com a gravidade que representava. Foi quando surgiram os primeiros movimentos pró-desarmamento no Brasil e o controle de armas de fogo começou

a entrar na pauta de preocupações nacional. Somando-se a isso, os dados e pesquisas que apareciam mostravam relação direta entre o fácil acesso às armas de fogo e o aumento do número de homicídios, comprovando que quanto mais armas em circulação, mais morte.

Assim, em fevereiro de 1997 entrou em vigor a Lei 9.437 criminalizando condutas e aplicando-lhes penas mais severas às disposições que existiam até então.

Em junho de 2003, por sua vez, foi organizada uma Marcha Silenciosa, com sapatos de vítimas de armas de fogo, em frente ao Congresso Nacional, chamando bastante atenção da mídia e da opinião pública. Os legisladores tomaram para si o tema e criaram uma comissão mista, com deputados federais e senadores para formular uma nova lei. Esta comissão analisou todos os projetos que falavam sobre o tema nas duas casas e reescreveram uma lei conjunta: o Estatuto do Desarmamento.

2.2 SISTEMA NACIONAL DE ARMAS - SINARM

No ano de 1997 foi sancionada a Lei 9.347, de 12 de dezembro de 1996, que instituiu o Sistema de Cadastro de Armas, chamado SINARM – Sistema Nacional de Armas -, tipificando o porte ilegal de armas como crime, ao invés de contravenção, como previa a legislação anterior. Além disso, a lei ainda previu como crime outros tipos de conduta, como a posse, detenção, porte, venda, emprego, empréstimo, dentre outras ações ligadas as armas de fogo.

Inicialmente, ainda no capítulo I, a Lei Nº 9.437 instituiu o Sistema Nacional de Armas (SINARM), vinculado ao Ministério da Justiça no âmbito da Polícia Federal, estendendo a todo território nacional a circunscrição do sistema e suas competências.

> I – identificar as características e a propriedade de armas de fogo, mediante cadastro;
>
> II – cadastrar as armas de fogo produzidas, importadas e vendidas no País;
>
> III – cadastrar as transferências de propriedade, extravio, roubo e outras ocorrências suscetíveis de alterar os dados cadastrais, inclusive as decorrentes de fechamento de empresas de segurança privada e de transporte de valores;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> IV – identificar as modificações que alterem as características ou funcionamento de arma de fogo;
>
> V – integrar no cadastro os acervos policiais já existentes;
>
> VI – cadastrar as apreensões de armas de fogo, inclusive as vinculadas a procedimentos policiais e judiciais. (BRASIL, 1997)

O segundo capítulo, do referido estatuto, versou acerca do registro das armas de fogo, prevendo a obrigatoriedade de se proceder com o registro das mesmas, com exceção das obsoletas. Desse modo, o certificado de registro depende de autorização do SINARM, validade em todo o território nacional e autorizam o proprietário a manter sua arma de fogo em sua residência ou local de trabalho, desde que seja ele o responsável legal pelo estabelecimento.

Um pouco mais adiante, no capítulo terceiro, a lei Nº 9.437/97 traz as previsões relativas ao porte de arma de fogo. Assim como nos itens mencionados anteriormente, a lei é bastante resumida nesse quesito, relegando a aquisição de armas a atos regulamentares, tratando-se, portanto, de norma de eficácia limitada.

Para se obter uma autorização para o porte de armas de fogo, por sua vez, o requerente devia comprovar idoneidade moral, efetiva necessidade, comportamento social produtivo, capacidade técnica e aptidão para o manuseio do objeto. O terceiro capítulo dividia o porte de armas em dois grupos: a) estadual, que validava sua utilização apenas dentro dos limites do Estado de domicílio do requerente; e o b) federal, que era válido em todo o território nacional, a ser expedida em situações extraordinárias.

Em relação à tipificação dos crimes e das penas, a Lei do SINARM é bastante antiquada, utilizando múltiplos termos para caracterização do mesmo crime, de modo que os atos de possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter e ocultar arma de fogo, de uso permitido, em desacordo com a legislação, incorreriam em um mesmo crime, cominando na mesma pena: detenção de um a dois anos, e multa.

As únicas distinções no âmbito das punições estavam nos casos ditos "qualificados" e no único majorante do artigo, que estipulava o aumento da pena na metade caso o agente fosse servidor público.

3 ESTATUTO DO DESARMAMENTO

A Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003, conhecida como Estatuto do Desarmamento é bem mais criteriosa e detalhista que a legislação anterior, de 1997, em relação ao porte de armas, proibindo-o tacitamente em todo o território nacional, excetuando-se alguns casos, mediante o preenchimento de diversos pré-requisitos.

Regulamento pelo Decreto Nº 5.123, de 1º de julho de 2004, o Estatuto do Desarmamento estabeleceu que, somente, serão expedidas as autorizações para o porte de armas no Brasil, em virtude da obrigatoriedade da devida formação profissional, para aquele que comprovassem a real necessidade desse instituto para o cumprimento efetivo de suas atividades profissionais.

Em relação ao comércio de munição, no intuito exercer maior sobre a venda desses artefatos, a referida lei apenas permite que sejam vendidas as com calibre correspondente ao da arma registrada. Além disso, as empresas que confeccionam esse tipo de produto, passaram a ser obrigadas a comunicar a venda à autoridade competente e manter um banco de dados com todas as características das armas, além de responderem legalmente por suas mercadorias enquanto não forem vendidas.

Outra inovação trazida pelo Estatuto do Desarmamento, foi a legitimação da Polícia Federal para expedir os certificados de registros além de estabelecer outros requisitos para a aquisição de uma arma de fogo, a serem comprovados periodicamente tais como: declarar efetiva necessidade, idoneidade, ocupação lícita, residência certa, aptidão psicológica e capacidade técnica para o manuseio.

3.1 DA POSSE E DO PORTE DE ARMA DE FOGO

Antes de se proceder com a análise das leis vigentes acerca do porte e da posse de armas de fogo, faz-se oportuno, primeiramente, identificar e delimitar ambos os conceitos.

Desta feita, a regulamentação acerca da posse de arma de fogo, encontra-se prevista no art. 12 do Estatuto do Desarmamento:

> Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:
>
> Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (BRASIL, 2003)

Nas Palavras de Facciolli (2015, p. 107) a "A arma, deve, portanto, permanecer depositada em local abrigado, seja ele casa ou outro local onde o proprietário, comprovadamente esteja residindo ou trabalhando".

Ou seja, a posse de arma de fogo munição ou acessório só será permitida quando o agente mantém a arma no interior da sua residência e nas dependências dela, bem como no seu local de trabalho, desde que seja proprietário do empreendimento, não é necessário ser dono do imóvel, ou ainda ser responsável jurídico do estabelecimento ou empresa.

De acordo com decisão do Superior Tribunal de Justiça, dada pelo Ministro Felix Fisher acerca do tema:

> I - Não se pode confundir posse irregular de arma de fogo com o porte ilegal de arma de fogo. Com o advento do Estatuto do Desarmamento, tais condutas restaram bem delineadas. A posse consiste em manter no interior de residência (ou dependência desta) ou no local de trabalho a arma de fogo. O porte, por sua vez, pressupõe que a arma de fogo esteja fora da residência ou local de trabalho. (BRASIL, 2008)

Já o porte de arma é residual, abrangendo tudo aquilo que não é enquadrado na posse de armas, significando, essencialmente, a prerrogativa do indivíduo de carregar a arma de fogo consigo, devidamente municiada e pronta para ser usada, em lugares que perpassem o ambiente residencial ou o local de trabalho.

Assim, conforme o art. 6º do Estatuto do Desarmamento, é proibido o porte de arma de fogo, ficando, este, restrito aos membros de instituições que visam à soberania nacional (Forças Armadas) e a segurança pública e privada, de entidades desportivas legais que utilizam armas de fogo em suas modalidades, aos integrantes das carreiras de Auditoria da Receita Federal do Brasil e de Auditoria Fiscal do Trabalho, cargos Auditor Fiscal e Analista Tributário e, por fim, aos caçadores de subsistência. (BRASIL, 2003)

O art. 6º, § 5º também traz a hipótese do porte de arma de fogo, na categoria de caçador para subsistência, para os residentes em áreas rurais, maiores de 25 anos que comprovem depender da arma de fogo para prover sua subsistência alimentar familiar, sendo a arma de uso permitido, de tiro simples, com um ou dois canos, de alma lisa e calibre igual ou inferior a 16, desde que comprove a efetiva necessidade em requerimento. O artigo 6º § 6º, dispõe ainda, que o caçador que der outro uso à sua arma de fogo responderá, conforme o caso, por porte ilegal ou por disparo de arma de fogo de uso permitido.

O art. 14 do Estatuto do Desarmamento estabelece o tipo penal do Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido:

> Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.
>
> Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente. (BRASIL, 2003)

Para a aquisição, registro de porte e posse de arme de uso permitido, destacam-se duas instituições públicas responsáveis por controlar o comércio e uso de armas em território nacional, quais seja: O SIGMA, Sistema de Gerenciamento Militar de Armas, órgão relacionado ao Exército Brasileiro, o qual é responsável pelo armamento das forças armadas e auxiliares, bem como dos caçadores, colecionadores e atiradores esportistas; e o SINARM, Sistema Nacional de Armas, órgão vinculado ao Departamento de Polícia Federal e que controla as demais armas de fogo de uso permitido.

3.2 REQUISITOS PARA A **POSSE** DE ARMA DE FOGO

O art. 12 do Decreto 5.123/04, que, por sua vez, regulamenta o Estatuto do Desarmamento, elenca um rol de requisitos a serem cumpridos pelo interessado em adquirir a arma, sendo eles:

> I - declarar efetiva **necessidade**;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> II - ter, no mínimo, vinte e cinco anos;
>
> III - apresentar original e cópia, ou cópia autenticada, de documento de identificação pessoal;
>
> IV - comprovar, em seu pedido de aquisição do Certificado de Registro de Arma de Fogo e periodicamente, a idoneidade e a inexistência de inquérito policial ou processo criminal, por meio de certidões de antecedentes criminais da Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral, que poderão ser fornecidas por meio eletrônico;
>
> V - apresentar documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa;
>
> VI - comprovar, em seu pedido de aquisição do Certificado de Registro de Arma de Fogo e periodicamente, a capacidade técnica para o manuseio de arma de fogo;
>
> VII - comprovar aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestada em laudo conclusivo fornecido por psicólogo do quadro da Polícia Federal ou por esta credenciado. (BRASIL, 2004)

Como se pode observar, a COMPROVAÇÃO de efetiva necessidade prevista no art. 7º da Lei 9.437/1997 foi substituída pelo termo DECLARAR, quando a referida lei foi revogada pela promulgação do Estatuto do Desarmamento, e no seu lugar entraram as seguintes regras:

1 – Para adquirir uma arma de fogo, o cidadão precisa DECLARAR a efetiva necessidade (não comprovar) – art. 4º, caput;

2 – Para requerer o Porte de Armas do art. 10º, o cidadão precisa DEMONSTRAR efetiva necessidade (não comprovar) – art. 10º, § 1º, I;

3 – A única categoria que precisa COMPROVAR efetiva necessidade, é a dos caçadores de subsistência – Art. 6º, § 5º.

3.3 REQUISITOS PARA O **PORTE** DE ARMA DE FOGO

O Estatuto do Desarmamento proíbe o porte de armas em seu artigo sexto, ao mesmo tempo que define as exceções possíveis nos incisos subsequentes:

> Art. 6º É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para:
>
> I – os integrantes das Forças Armadas;
>
> II- os integrantes de órgãos referidoss incisos I, II, III, IV e V d o caput do art. 144 da Constituição Federal e os da Força Nacional de Segurança Pública (FNSP);
>
> III – os integrantes das guardas municipais das capitais dos Estados e dos Municípios com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, nas condições estabelecidas no regulamento desta Lei;
>
> IV - os integrantes das guardas municipais dos Municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, quando em serviço;
>
> V – os agentes operacionais da Agência Brasileira de Inteligência e os agentes do Departamento de Segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República;
>
> § 1º As pessoas previstas nos incisos I, II, III, V e VI do caput deste artigo terão direito de portar arma de fogo de propriedade particular ou fornecida pela respectiva corporação ou instituição, mesmo fora de serviço, nos termos do regulamento desta Lei, com validade em âmbito nacional para aquelas constantes dos incisos I, II, V e VI.
>
> § 1º-B. Os integrantes do quadro efetivo de agentes e guardas prisionais poderão portar arma de fogo de propriedade particular ou fornecida pela respectiva corporação ou instituição, mesmo fora de serviço, desde que estejam:
>
> (BRASIL, 2003)

Nesse cenário, temos o art. 144, da Constituição Federal, com a seguinte redação:

> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
>
> I - polícia federal;
>
> II - polícia rodoviária federal;
>
> III - polícia ferroviária federal;
>
> IV - polícias civis;
>
> V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. (BRASIL, 1988)

O art. 6º, § 5º, traz, ainda, a hipótese do porte de arma de fogo, na categoria de caçador para subsistência, para os residentes em áreas rurais, maiores de 25 anos que comprovem depender da arma de fogo para prover sua subsistência alimentar familiar, sendo a arma de uso permitido, de tiro simples, com um ou dois canos, de alma lisa e calibre igual ou inferior a 16, desde que comprove a efetiva necessidade em requerimento.

Todavia, todas as hipóteses citadas, devem corresponder aos requisitos legais estipulados no Estatuto do Desarmamento, para poderem conseguir o acesso à arma de fogo. São previstos, ainda, em alguns casos, a possibilidade de limitação quanto à modalidade do porte, podendo ser funcional (ligado ao cargo ocupado, para o exercício de sua função ou atividade), ou pessoal (para defesa pessoal), dependendo da categoria do titular.

Excepcionalmente, a Polícia Federal poderá conceder porte de arma de fogo, conforme o art. 10º do Estatuto do Desarmamento que traz a hipótese do porte para defesa pessoal, chamado de autorização de porte de arma de fogo, sendo ato administrativo discricionário e precário, sujeito à análise das condições pessoais do interessado, podendo ser revogável por ato fundamentado da Administração, a qualquer tempo, devendo o interessado estar submetido a quadro de perigo direto e concreto, ou seja, em situação de perigo distinto dos demais cidadãos.

3.4 DAS PENAS PARA A POSSE E PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FOGO

Diferentemente da Lei do SINARM, o Estatuto do Desarmamento trata os crimes relacionados às armas de fogo de maneira mais detalhada, as diferentes condutas são tipificadas em crimes específicos, estabelecendo uma maior coerência entre a gravidade da conduta do agente e o rigor da respectiva pena.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O artigo 12 da referida Lei atribui pena de detenção de 1 a 3 anos, e multa, para a posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Isto é, não é permitido que o indivíduo mantenha sob sua posse tal artefato, assessórios ou munição sem o devido registro.

O artigo 13 discorre acerca da omissão de cautela, prevendo pena de 1 a 2 anos de detenção, e multa, para quem não observar as devidas cautelas que impeçam menores de 18 anos ou pessoa portadora de deficiência mental de se apropriar de sua arma de fogo ou que esteja em sua posse.

O novo estatuto do desarmamento dispõe sobre o crime de Porte Ilegal de Arma de Fogo de Uso Permitido em seu artigo 14, assim redigido:

> "Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
>
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.
>
> Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente." (BRASIL, 2003)

A posse em residência ou no local de trabalho caracteriza o crime do artigo 12, se a arma não for registrada, enquanto o porte, em outros locais, caracteriza o crime do artigo 14, se o agente não tiver a devida autorização expedida pela Polícia Federal, ainda que a arma seja registrada.

O objeto material do delito é a arma de fogo de uso permitido. Em se tratando de arma de uso proibido ou restrito, tanto a posse em residência quanto o porte caracterizam crimes mais graves, previstos no artigo 16, caput, do Estatuto. Se a arma estiver com a numeração, marca ou qualquer sinal identificador raspado, suprimido ou alterado, a posse ou o porte caracteriza o crime do artigo 16, parágrafo único, IV, do Estatuto.

4 A FLEXIBILIZAÇÃO DO PORTE E DA POSSE DE ARMAS DE FOGO EM RELAÇÃO À REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE

4.1 DECRETO 9.785/2019

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O decreto assinado em 07 de maio de 2019, pelo atual Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, pretendia regulamentar a Lei nº 10.826/2003 e, assim, dispor sobre a aquisição, cadastro, registro, posse, porte e a comercialização de armas de fogo e de munição e sobre o Sistema Nacional de Armas e o Sistema Nacional de Gerenciamento Militar de Armas.

Dentre as mudanças pretendidas pelo supracitado decreto, novas categorias ficariam autorizadas a transportar armas, como os Advogados, agentes de trânsito, conselheiros tutelares, caminhoneiros, políticos eleitos, sem precisar comprovar 'efetiva necessidade' para transportar armas fora de casa, os adolescentes não precisam mais de autorização judicial para praticar tiro esportivo, e principalmente, as armas mais letais deixaram de ser de uso restrito das Forças armadas.

No entanto, rapidamente, passou-se a questionar a constitucionalidade e a legalidade do referido decreto, uma vez que extrapola as disposições previstas no Estatuto do Desarmamento, visto que, ao invés de regular as normas aprovadas no Congresso Nacional – que determinam a redução de armamentos na população brasileira – o decreto ampliou e facilitou a posse e o porte de armas de fogo, inclusive de calibres antes reservados às forças de segurança pública e militares.

Assim, poucos dias após a publicação do decreto alvo deste tópico, foi tomada a decisão de revogar o decreto sobre regras referentes às armas de fogo para que o Congresso pudesse discutir o porte do armamento. Até então, apenas as novas regras referentes ao porte de armas foram revogadas. Em seu lugar, o governo reeditará as regras anteriores, de 2004. Essas normas ficam valendo enquanto o Congresso não vota o projeto de lei encaminhado pelo governo.

4.2 A RELAÇÃO ENTRE A FLEXIBILIZAÇÃO DA PASSE E DO PORTE DE ARMAS E A REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE

No Brasil o porte de armas é regulado pelo Estatuto do Desarmamento, que dispõe acerca do registro, da posse e da comercialização de armas de fogo e munição, restringindo o acesso de armas pelos civis e só permite sua posse e porte mediante o cumprimento de certos requisitos como comprovação de idoneidade por meio da apresentação de certidão negativa, ocupação lícita, aptidão psicológica, capacidade técnica e a presença de uma declaração que exponha os fatos e circunstâncias que justifiquem a necessidade de uma arma, como acontece com pessoas que exercem cargos de risco ou que se encontram em perigo de vida.

Criado com o intuito de reduzir as mortes causadas por arma de fogo, o Estatuto do Desarmamento tem sua redação, constantemente, sendo colocada em pauta, no que diz respeitos ao alcance de seus efeitos.

Na concepção de Waiselfsz (2017, p. 15), apesar de todas as restrições e burocracia impostas pelo Estatuto do Desarmamento, o Mapa da Violência demonstra que o número de mortes desde a sua publicação, não diminuiu, de fato. No ano em que a citada lei foi aprovada, foram 39.325 mortes, e no ano de 2014 esse número subiu para 44.861 mortes. Ou seja, as mortes relacionadas ao uso de arma de fogo só aumentaram, independentemente das previsões contidas no Estatuto do Desarmamento.

Ainda na opinião do autor, o Mapa da Violência é um dos mais confiáveis estudos estatísticos, registrando, em 2016, o quantitativo de 967.851 pessoas, vítimas de disparo de arma de fogo, entre os anos de 1980 a 2014, sem contar as várias ocorrências que não são registradas, por diversos motivos, e que consequentemente, não entram na pesquisa.

O que se infere é que, passados mais de quinze anos da aprovação do Estatuto do Desarmamento, aumentou-se a burocratização do processo para o cidadão de bem possuir uma arma para sua defesa pessoal, mas impacto algum teve na redução da violência no país, uma vez que o número de mortes por arma de fogo não diminuiu conforme o esperado, ao passo que o número de armas de fogo nas mãos dos bandidos cresceu disparadamente, sendo que, boa parte dessas armas não são registradas.

Eis que das 15 milhões de armas nas mãos de brasileiros, 8 milhões não têm registros, ou seja, são ilegais, e 4 milhões dessas estão nas mãos de bandidos, conforme dados do mapa da violência de 2014, com apoio da UNESCO e com dados da Polícia Federal (VIEIRA; SILVA, 2018)

Embora exista essa corrente que acredita na ineficácia do Estatuto do Desarmamento, uma outra parcela da doutrina e da jurisprudência acredita, piamente, no exercício de seus efeitos. Em Nota Técnica expedida pelo Ministério Público Federal, em resposta ao decreto 9.785, de 7 de maio de 2019, assinado pelo presidente da República, acredita-se na segunda versão, conforme disposto abaixo:

> Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018, publicado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), em 2017 o Brasil alcançou a marca histórica de 63.895 homicídios. Isso equivale a uma taxa de 30,8 mortes para cada 100 mil habitantes, ou seja, ao menos 30 vezes maior que os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> índices europeus. Segundo o Ipea (Atlas da Violência 2018), 71,1% dos homicídios no país são provocados por armas de fogo, índices próximos de países como El Salvador (76,9%) e Honduras (83,4%). Essa proporção permanece estável desde 2003, quando sancionado o Estatuto do Desarmamento.

Na concepção do Ministério Público Federal, os índices de homicídio por arma de fogo mantiveram-se estáveis desde o ano que foi promulgado o estatuto, até os dias de hoje:

> Importante ressaltar que os índices de homicídio por arma de fogo eram 40% do total de homicídios na década 1980 e cresceram ininterruptamente até 2003 – ano no qual foi sancionado o Estatuto – quando atingiram o patamar de 71,1%, ficando estável até 2016. O número de homicídios por arma de fogo passou de 6.104, em 1980, para 42.291, em 2014, crescimento de 592,8%. Se não fosse o Estatuto do Desarmamento e limitação da posse e porte de armas, estima-se que entre 2004 e 2013 teriam ocorrido mais 160 mil mortes violentas no país. (BRASIL, MPF, 2019)

Por sua vez, estudos do Instituto Sou da Paz (2015) apontam que a redução no número de armas legais em circulação produz efeitos positivos na circulação de armas ilícitas, pois parcela relevante das armas ilícitas tem origem lícita.

Deve-se ressaltar, também, o impacto da posse de armamento nos feminicídios e crimes de intolerância sexual. Em 2016, 2.339 mulheres foram mortas por arma de fogo no Brasil, o que significa, aproximadamente, metade dos homicídios de pessoas do sexo feminino naquele ano, segundo dados disponíveis do Ministério da Saúde, em levantamento feito pelo Instituto Sou da Paz. Dessas, 560 foram mortas dentro de casa. Em números absolutos, o Brasil é o país que mais pratica feminicídios na América Latina (1.133 vítimas em 2017). (BRASIL, MPF, 2019)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estatuto do Desarmamento foi criado em 2003, com o objetivo de reduzir a circulação de armas e estabelecer penas rigorosas para crimes como o porte ilegal e o contrabando, sendo regulamentando por meio do decreto A regulamentação do estatuto ocorreu por meio do Decreto Nº 5.123, de 1º de julho de 2004.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Atualmente, para se ter uma arma é preciso ser maior de 25 anos, ter ocupação lícita e residência fixa. Não é permitido ter sido preso ou responder a algum processo criminal.

A Polícia Federal é a responsável por avaliar os pedidos, que devem ter comprovação de capacidade técnica e psicológica para o uso do equipamento e declarar a efetiva necessidade da arma.

Desde a sua promulgação, no entanto, as discussões para rever a proibição do porte e da posse de armas de fogo continuaram e não são consensuais na sociedade e, principalmente, no meio político.

Nas últimas eleições, o líder nas intenções de voto para a Presidência da República, Jair Bolsonaro (PSL), colocou a proposta no centro do debate. Capitão reformado do Exército, o ex-deputado federal é, declaradamente, um dos maiores defensores do armamento da população e o sinal da arma com os dedos virou uma de suas marcas registradas.

Em seu plano de governo, há a proposta de "reformular o Estatuto do Desarmamento para garantir o direito do cidadão à legítima defesa sua, de seus familiares, de sua propriedade e a de terceiros!"

Assim, o atual presidente da República assinou o Decreto nº 9.785/2019 com o declarado objetivo de reverter a política pública de redução de armas de fogo adotada com a edição da Lei nº 10.826/2003. Esta última instituiu um sistema de permissividade restrita de posse e porte de armas, visando diminuir a circulação, a posse e o porte de armas, e o presente decreto adveio com o nítido intuito de alterar substancialmente essa orientação, para um modelo de elegibilidade geral à posse e ao porte de armas de fogo.

No entanto, essa possiblidade de flexibilização foi, rapidamente, questionada em relação à sua constitucionalidade e legalidade, sendo considerada uma afronta ao Estatuto do Desarmamento, que visava, justamente, reduzir a circulação de armas.

Dias depois de sua publicação, o decreto foi revogado, após emissão de Nota Técnica do Ministério Publico Federal. Através de minuciosos levantamentos, foi constatado que o Decreto 9.785/2019, o qual, a pretexto de regulamentar a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento), ostensivamente inverteu o vetor normativo. Ao invés de regular as normas aprovadas no Congresso Nacional – que determinam a redução de armamentos na população brasileira – o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

decreto ampliou e facilitou a posse e o porte de armas de fogo, inclusive de calibres antes reservados às forças de segurança pública e militares.

Estudos apontados pelo MPF demonstram que a flexibilização da posse e porte de armas de fogo, além de inconstitucional, afronta as bases científicas que reiteradamente demonstram que a expansão do porte de armas, longe de reduzir a violência, é prejudicial à segurança pública, de modo que a expansão do arsenal de armas de fogo de origem lícita contribui para a utilização ilícita e criminosa dessas mesmas armas. Estudo do Instituto Sou da Paz aponta que a redução no número de armas legais em circulação produz efeitos positivos na circulação de armas ilícitas, pois parcela relevante das armas ilícitas tem origem lícita.

Assim, de acordo com os dados apresentados no decorrer deste estudo, é possível dimensionar e concluir que, seja em meio urbano, seja em meio rural, a posse e o porte generalizado de armas de fogo agravarão o já muito sério problema atual de segurança pública no Brasil, uma vez que o afrouxamento das permissões de posse de arma não pode solucionar a questão.

No contexto atual, falta policiamento, controle de fronteira, dos presídios. Não adianta armar a população e ter a desordem do outro lado. A pessoa pode agir em legítima defesa, mas o governo mal consegue controlar as facções que dominam os presídios, o armamento nas favelas. Em primeiro lugar, é preciso se preocupar com a segurança pública, antes de armar civilmente a população.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto n° 20.602 de 06 de julho de 1934. Disponível em https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24602-6-julho-1934-503043-publicacaooriginal-1-pe.html . Acesso em 11 ago. 2019.

_____. Lei Nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997. Institui o Sistema Nacional de Armas - SINARM, estabelece condições para o registro e para o porte de arma de fogo, define crimes e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/cciviL_03/leis/L9437.htm. Acesso em 12 ago. 2019.

_____. Lei Nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.826.htm. Acesso em 12 ago. 2019.

_____. Decreto Nº 5.123, de 1º de julho de 2004. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5123.htm. Acesso em 13 ago. 2019.

_____. Decreto nº 9.785, de 07 de maio de 2009. Regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para dispor sobre a aquisição, o cadastro, o registro, a posse, o porte e a comercialização de armas de fogo e de munição e sobre o Sistema Nacional de Armas e o Sistema de Gerenciamento Militar de Armas. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9785.htm. Acesso em 15 ago. 2019.

_____. Ministério Público Federal. Nota Técnica nº 8/2019-PFDC, 13 de maio de 2019. Disponível em http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/notas-tecnicas/nota-tecnica-8-2019. Acesso em 15 ago. 2019.

_____. STJ - HC: 92136 RJ 2007/0237240-9, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 26/08/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 03/11/2008)

BICALHO, M.F.B. Crime e castigo em Portugal e seu Império. Topoi, 1, p.224-231, 2000.

BISPO, I.C.G. Do Reino ao Ermo: O Degredo para o Brasil no Livro V das Ordenações Filipinas. Caderno UFS História, São Cristóvão: Editora da UFS, p.101-111, 2010.

WAISELFSZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2016. Homicídios por armas de fogo no Brasil. Brasília: Flacso. Disponível em http://www.mapadaviolencia.org.br acesso em 17 de agosto de 2017. p. 14.

---

[1] Especialista em Práticas Educacionais Comunitárias pela Faculdade EST, Brasil.

www.conteudojuridico.com.br

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º, DO ARTIGO 477, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

DIOGO ESTEVES PEREIRA: Advogado inscrito na OAB/DF. Advogado Associado ao escritório de Advocacia: Arnaldo Lima & Barbosa e Moreira (Escritório do Ministro aposentado do STJ Arnaldo Esteves Lima). Especialista pelo UniCEUB em Prática Processual nos Tribunais

RESUMO: Trata-se de artigo científico cujo objetivo é analisar o § 2º, do artigo 477, do Código Processual Penal frente aos Direitos e Garantias Fundamentais, previstos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Palavras-chaves: §2º, do artigo 477, do Código de Processo Penal, mais de um acusado na Sessão Plenária do Tribunal do Júri, Garantias Fundamentais, Constituição Federal.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O §2º, do artigo 477, do Código de Processo Penal. 2. A função do Processo Penal. 3. Da aplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. 4. Do Princípio da Igualdade ou da Isonomia. 5. Do Princípio da Ampla Defesa. 6. Do Princípio do Contraditório. 7. Do Princípio do Devido Processo Legal. 8. Do Princípio da Plenitude de Defesa. Conclusão. Referências

Introdução

Trata-se de um estudo realizado com o objetivo de analisar o § 2º, do artigo 477, do Código de Processo Penal, o qual prevê que caso tenha mais de um acusado na Sessão Plenária do Tribunal do Júri, o tempo de debates orais para as defesas serão acrescidos de uma hora e dividido entre os Advogados de defesa dos acusados.

Após a análise do citado dispositivo legal, faremos uma abordagem sobre função precípua do processo penal, passando a abordar a aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais, em seguida discorrendo acerca dos direitos e das garantias fundamentais como Isonomia, Ampla Defesa, Contraditório, Devido Processo Legal e Plenitude de Defesa frente a citada norma infraconstitucional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Finalmente, buscaremos expor nossa conclusão acerca da problemática, discorrendo de qual a situação da norma processual frente as garantias fundamentais, demonstrando nossa posição acerca do tema.

1. O §2º, do artigo 477, do Código de Processo Penal

Preliminarmente, antes de adentrar a problemática, temos que transcrever o dispositivo em estudo o qual prevê o seguinte:

> Art. 477. O tempo destinado à acusação e à defesa será de uma hora e meia para cada, e de uma hora para a réplica e outro tanto para a tréplica.
>
> § 1º Havendo mais de um acusador ou mais de um defensor, combinarão entre si a distribuição do tempo, que, na falta de acordo, será dividido pelo juiz presidente, de forma a não exceder o determinado neste artigo.
>
> § 2º Havendo mais de 1 (um) acusado, o tempo para a acusação e a defesa será acrescido de 1 (uma) hora e elevado ao dobro o da réplica e da tréplica, observado o disposto no § 1º deste artigo. [1]

Sobre o citado dispositivo legal o Doutor Denilson Feitoza aduz o seguinte:

> [...]
>
> Nos debates, o tempo destinado à acusação e à defesa será de uma hora e meia (não mais duas horas) para cada, e de uma hora para a réplica (não meia hora) e outro tanto para tréplica (art. 477, *caput*), ou seja, respectivamente: 1h 30min, 1h 30min, 1h e 1h.
>
> Havendo mais de um acusado, o tempo para acusação e a defesa será acrescido de uma hora e elevado ao dobro o da réplica e da tréplica (art. 477, §2º), ou seja, respectivamente: 2h 30min, 2h 30min, 2h e 2h.
>
> Todavia, havendo mais de um acusador ou mais de um defensor, combinarão entre si a distribuição do tempo, que, na falta de acordo, será dividido pelo juiz-presidente, de forma a não exceder o determinado acima (art. 477, §1º). [2]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Na mesma linha, os Promotores de Justiça Pedro Demercian e Jorge Maluly, afirmam o seguinte:

> [...]
>
> Terminada a inquirição das testemunhas, o Promotor produzirá a acusação, isto é, iniciará os debates (arts. 476 e 477 do CPP). As partes disporão de 1 (uma) hora e ½ (meia) para a sustentação em plenário; a acusação de 01 (uma) hora para a réplica; e a defesa, de igual período para a tréplica (art. 477, CPP).
>
> [...]
>
> Havendo mais de um réu, o tempo para as partes será acrescido em uma hora e dobrado na réplica e tréplica (art. 477, § 2º, CPP). [3]

Como se verifica, as doutrinas pesquisadas não se pronunciam quanto a constitucionalidade do § 2º, do artigo 477, do Código de Processo Penal, os autores se limitam tão somente a expor o tema e dar uma explicação acerca da matéria, não abordando o citado dispositivo frente aos direitos e garantias fundamentais, que é o objeto deste trabalho.

Diante do citado dispositivo legal, e do entendimento dos doutrinadores, passemos a discorrer neste tópico somente do seu conceito literal.

Assim, conforme preceitua a citada norma processual, em seu *caput*, há tão somente a previsão de que nos debates orais na sessão plenária do tribunal do júri, o tempo destinado para a acusação e para a defesa é de uma hora e meia para cada, ou seja, a acusação fará jus a uma hora e meia para sustentar suas teses e a defesa também fará jus ao mesmo tempo para sustentar as teses defensivas. Quanto a réplica e a tréplica, o dispositivo diz que ambas será de uma hora.

Quanto ao § 1º, o dispositivo afirma que caso tenha mais de um acusador ou mais de um defensor, o tempo dos debates orais, serão divididos entre eles, e caso não haja acordo será dividido pelo Juiz-Presidente do Tribunal do Júri, e ainda diz que o tempo total dos debates orais da acusação e da defesa mesmo que haja mais de um acusador ou defensor, não excederá o determinado pelo *caput* do artigo, ou seja, uma hora e meia nos debates e mais uma hora para a réplica e outro tanto para a tréplica.

O § 2º prevê que caso haja mais de um acusado, o tempo para os debates orais da acusação e da defesa, serão acrescidos de uma hora, ou seja, uma hora e meia mais uma hora sendo o total de duas horas e meia, já no caso da réplica e da tréplica será elevado ao dobro, passando a ser de duas horas, e deverá ainda ser observado o que dispõe o § 1º, sendo que este tempo deverá ser dividido entre as partes do polo ativo e as partes do polo passivo, caso haja mais de um, e caso não haja um acordo entre eles o Juiz-Presidente irá dividir o tempo.

Acerca do citado dispositivo legal, a jurisprudência pátria não tem muitas decisões acerca do assunto, sendo assim, a única em que achamos após as devidas buscas foi o Acórdão proferido pela Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Acre no *Habeas Corpus* n. 148 AC 2009.000148-7, que diz o seguinte:

> Argumenta-se que a decisão de primeiro grau, que indeferiu idêntico pedido, traduz ilegalidade, uma vez que carente de fundamentação, bem como porque, em síntese, obstaculiza o exercício da plenitude de defesa.
>
> No entanto, os elementos de informação trazidos aos autos apontam em sentido contrário.
>
> A decisão questionada está acostada às fls. 17/22, de onde se infere que, não obstante tenha negado a separação do julgamento do réu/paciente, determinou a separação dos processos de números 001.07.011947-4, 001.07.011946-6 e 001.03.006605-1 dos autos de número 001.99.010284-0, com fundamento no prejuízo que a reunião trouxe para celeridade processual, haja vista a pluralidade de delitos e réus.
>
> Outrossim, está evidente a impossibilidade de se albergar o pedido do impetrante, pois conforme texto expresso de lei, sendo dois ou mais os acusados, somente haverá separação de julgamentos quando, em virtude das recusas, não se obtiver o número mínimo de jurados para compor o Conselho de Sentença (art. 469, § 1º, do CPP, de acordo com a redação dada pela lei 11.689/08).
>
> Com efeito, dentre as reformas sofridas pelo Código de Processo Penal, a do júri tem como nota principal a busca da celeridade processual que se materializa, sobretudo, através da simplificação do procedimento e da quesitação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, a separação dos julgamentos doravante tornou mais difícil, seja em virtude da possibilidade de ocorrer o julgamento sem a presença física do acusado, seja porque a separação decorrente das recusas de jurados somente ocorrerá se não se obtiver o número mínimo de jurados (sete) para composição do Conselho de Sentença.

E nem se diga que tais alterações padecem de inconstitucionalidade, pois, conforme muito bem sublinhado pelo procurador de justiça atuante no feito, o projeto que resultou na lei 11.689/08 tramitou no Congresso Nacional, tendo passado pelo controle preventivo de constitucionalidade e, até agora, não foi objeto de argüição de inconstitucionalidade, perante o STF.

De outro norte, não se avista como o julgamento conjunto do paciente e demais acusados possa prejudicar o exercício de sua ampla defesa.

Ora, é cediço que tanto a acusação quanto a defesa possuem o mesmo tempo para desempenhar seu ofício, em plenário de julgamento (uma hora e meia, segundo art. 477, *caput*, do CPP). No caso de ser mais de um réu, acrescer-se-á uma hora (art. 477, § 2º, do CPP), totalizando duas horas e meia para a acusação e duas horas e meia para a defesa. Havendo defensores diferentes a divisão do tempo far-se-á por acordo e, em caso de não entendimento, por decisão do juiz (art. 477, § 1º, do CPP).

Assim, considerando que serão 04 (quatro) réus a serem julgados, no intervalo de duas horas e meia a acusação deverá expor as suas razões, obviamente, em relação aos 04 (quatro) acusados, da mesma forma que a defesa disporá de duas horas e meia para fazer a sua sustentação, referentemente aos 04 (quatro) acusados.

Portanto, a meu sentir, respeita-se o contraditório e paridade de armas entre as partes, mantendo-se o equilíbrio na equação acusação/defesa. [4] (grifo nosso)

De acordo com o citado julgado, parece-me que a defesa alegou inconstitucionalidade do dispositivo legal por infringir o princípio da plenitude de defesa o que foi afastado pelo tribunal, alegando que a lei antes de ser sancionada passou pelo controle de constitucionalidade preventivo, porém o Magistrado esqueceu de que há a possibilidade da lei já em vigor passar pelo controle de constitucionalidade repressivo, quando sancionada esta lei também poderá ser novamente analisada frente a Carta Magna, através do controle de constitucionalidade repressivo.

Quanto a paridade entre as armas de acusação e de defesa, no sentido de que ambos terão o mesmo tempo, há um equívoco, considerando que a acusação, geralmente o *Parquet*, acusa os réus de agirem em co-autoria ou participação, sendo imputado o mesmo contexto fático aos co-autores ou partícipes, já as teses defensivas, quando temos vários defensores de réus diferentes, cada um sustentará sua tese defensiva, que muitas vezes serão diferentes das teses dos demais defensores, e quando há esta limitação do tempo, não há como falar em paridade de armas, uma vez que a acusação dispôs de um amplo tempo para uma tese de acusação, enquanto as defesas dos diferentes réus cada um teve seu tempo reduzido para na maioria das vezes apresentarem teses diversas, concluindo, a acusação geralmente terá duas horas e meia para sustentar uma tese de acusação, enquanto os defensores terão duas horas e meia para sustentar mais de uma tese defensiva. Nesse rumo, no caso em debate, não há paridade entre as armas das partes, ou seja, houve equívoco no entendimento acima mencionado.

Apesar, de não haver enfrentamento a respeito da constitucionalidade do § 2º, do artigo 477, do Código de Processo Penal, nem por parte da jurisprudência e nem da doutrina, passamos a análise da questão.

2. A função do Processo Penal

Para tratarmos da função do processo penal, vale citar o que o que o Mestre Eduardo Luiz, em sua obra acerca do processo penal, fala sobre a função do processo penal:

> Toda e qualquer ingerência estatal na esfera privada do indivíduo há que submeter aos limites impostos pela legalidade e legitimidade. Eis, portanto, a tarefa do processo penal no sentido de viabilizar a preservação dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente tutelados. [...] [5] (grifo nosso)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Tratando ainda da função do processo penal, o promotor de justiça Paulo Rangel, em sua obra acerca do processo penal afirma o seguinte:

> [...]
>
> O processo, como unidade, tem como finalidade principal assegurar ao acusado os direitos previstos na Constituição da República, visando ao acertamento do caso penal, apresentando-se como *instrumento técnico, público, político e ético, do exercício da jurisdição* (Tucci, Rogerio Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal: Jurisdição, Ação e Processo Penal – Estudo Sistemático**. São Paulo: RT, 2002, p. 41).
>
> O processo penal, enquanto instrumento de efetivação das garantias constitucionais, é uma segurança do cidadão de que, uma vez acusado da prática de um crime, serão assegurados a ele todos os mecanismos de proteção contra atos arbitrários por parte do Estado, pois seu *status* de não-culpabilidade se mantém intacto, enquanto não houver sentença penal condenatória transitada em julgado. Logo, diferente do que se possa pensar, a instauração de um processo criminal é a certeza que o indivíduo tem de que seus direitos serão respeitados. Imaginem o indivíduo ser acusado de cometer um crime hoje, e hoje mesmo o Estado puni-lo? Seria o caos no seio da sociedade.
>
> *A jurisdicionalização da pena é uma verdadeira garantia da pessoa tida como infratora da norma penal, pois, inadmitida sua imposição imediata, substitui-se "o império da violência privada pelo regime do direito"* (Tucci, Rogerio Lauri. Ob. cit., p. 42). [6]

Diante das citações doutrinárias acerca da função do processo penal, não resta dúvidas de que é a de garantir aos cidadãos os direitos e garantias fundamentais previstos no Título II – DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, da Constituição.

Assim, quando temos a garantia de que seremos processados e julgados através do devido processo penal, tal garantia busca coibir possíveis arbitrariedades

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que porventura o julgador possa cometer, além de estabelecer as regras prévias de julgamento.

Ante o ora demonstrado o processo penal tem a função de garantir aos estrangeiros e aos cidadãos brasileiros que não serão condenados, senão após o devido processo penal observado as garantias e os direitos fundamentais os quais vedam qualquer possibilidade de arbitrariedade do julgador.

3. Da aplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais

A respeito da aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais, alocadas no *caput* e nos vários incisos do artigo 5º da Carta Magna, o § 1º, do citado dispositivo constitucional, dispõe o seguinte: "*§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias* fundamentais *têm aplicação imediata.*" [7]

Neste contexto, não resta dúvidas de que em regra, a aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais é imediata, exceto quando o direito ou a garantia fundamental necessita de lei para ter aplicabilidade o que não é o caso das garantias fundamentais que serão estudadas adiante que tem a aplicação imediata.

4. Do Princípio da Isonomia

Previsto no *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal, que diz o seguinte: "*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...]*" [8] Consoante tal disposição constitucional, constata-se que é um direito, uma garantia fundamental aos brasileiros e estrangeiros, de serem iguais perante a lei, sendo que as normas infraconstitucionais não poderão prever distinções/discrimine entre os cidadão.

Sobre o princípio da igualdade o Mestre José Afonso da Silva afirma que: "*É que a igualdade* constitui *o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. [...]*" [9].

Ainda tratando do princípio da igualdade Cármen Lúcia Antunes Rocha afirma que:

> "Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõe o sistema jurídico fundamental". [10]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No mesmo sentido Ada Pellegrini Grinover afirma: "*A igualdade perante o juiz decorre, pois, da igualdade perante a lei, como garantia constitucional indissoluvelmente ligada à* democracia." [11]

Sobre a discriminação, o Professor José Afonso da Silva ainda nos ensina o seguinte:

> São inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela Constituição. O ato discricionário é inconstitucional.
>
> Há duas formas de cometer essa inconstitucionalidade. Uma consiste em outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação. Neste caso, não se estendeu às pessoas ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros. O ato é inconstitucional, sem dúvida, porque feriu o princípio da isonomia.
>
> [...]
>
> A outra forma de inconstitucionalidade revela-se em se impor obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupos de pessoas, discriminando-as em face de outros na mesma situação que, assim, permaneceram em condições mais favoráveis. O ato é inconstitucional por fazer discriminação não autorizada entre pessoas em situação de igualdade. [...] [12]

Sobre o princípio da igualdade o Professor José Tarcízio afirma: "*A isonomia significa também o* direito *ás mesmas oportunidades, de acordo com as condições pessoais. Não haverá discriminação entre pessoas iguais e o Estado deve favorecer para que o patamar desejável seja obtido pelo maior número de pessoas.* " [13]

Já o doutrinador Alexandre de Moraes, afirma que em regra, os direitos e garantias fundamentais são de eficácia imediata[14], e sobre o princípio da isonomia ainda preleciona o seguinte:

> [...] todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico.[15] Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, [...]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado. [16]

Importante, igualmente, apontar a tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade – *limitação, ao intérprete/autoridade pública e ao particular.* [17] O legislador, no exercício de sua função constitucional de edição normativa, não poderá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucional. Assim, normas que criem diferenciações abusivas, arbitrárias, sem qualquer finalidade lícita, serão incompatíveis com a Constituição Federal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> O intérprete/autoridade pública não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Ressalte-se que, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas. [...] [18]

Assim, diante do já citado fica evidente que nos termos da Constituição a regra é a isonomia, não podendo a lei infraconstitucional tratar de maneira desigual os iguais, exceto como nos ensina o filósofo Aristóteles que afirma que os iguais devem ser tratados de forma igual e os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades.

5. Do Princípio da Ampla Defesa

Situado no inciso LV, do artigo 5º, da Constituição, o princípio da ampla defesa garante aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral a ampla defesa, ou seja, o Estado é obrigado a garantir aos litigantes em geral os meios necessários a sua defesa.

O Professor Alexandre de Moraes a respeito da garantia fundamental da ampla defesa afirma o seguinte:

> Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário... [19]

Diante desse contexto fático, a ampla defesa é a garantia que o Estado assegura aos litigantes de utilizarem todos os meios legais para efetivar sua defesa, ou seja, a todos é garantido o direito ao exercício da autodefesa e o direito a defesa técnica por profissional habilitado.

6. Do Princípio do Contraditório

Alocado no mesmo dispositivo constitucional que o princípio da ampla defesa, o princípio do contraditório é a possibilidade que é dada aos litigantes em geral de conhecer, rebater, de expor suas versões sobre a acusação e as alegações em geral. Para que seja garantido o princípio do contraditório, é necessário que seja

observado o conhecimento, a participação e a possibilidade de influir na decisão do julgador.

O doutrinador Alexandre de Moraes a respeito do contraditório entende que o contraditório:

> ...é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. [20]

Assim, a ampla defesa e o contraditório se complementam, sendo os pilares do Estado de Direito, uma vez que enquanto por ampla defesa entende-se que é assegurado aos litigantes dos meios necessários à sua defesa, o contraditório é a garantia que é dada aos polos do litígio de opor-se, de dar sua versão dos fatos, ou até mesmo de alegar a melhor interpretação jurídica do caso segundo seu entendimento.

7. Do Princípio do Devido Processo Legal

Preliminarmente, é necessário frisar que para falar em devido processo legal, obrigatoriamente deverá ser observado as garantias da ampla defesa e do contraditório.

Por devido processo legal entende-se que a consecução, o desenvolver processual, deverá observar tanto os direitos e garantias fundamentais, como também o seu rito próprio estabelecido na legislação infraconstitucional, ou seja, o processo deverá ser legal, correto, possibilitar as partes tanto o direito defesa, quanto a possibilidade de contraditar, de dar sua versão acerca dos fatos, não admitindo qualquer arbitrariedade por parte do condutor do procedimento, muito pelo contrário, sendo obrigado nos termos do inciso IX, do artigo 93, da Carta Política, motivar todas as suas decisões.

Neste cotejo, o devido processo legal nada mais é do que o respeito, a obediência tanto por parte do julgador quanto das partes das normas que regulam o processo.

8. Do Princípio da Plenitude de Defesa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Previsto na alínea "a", do inciso XXXVIII, do artigo 5º, da Constituição, o Princípio da Plenitude de defesa é aplicado no tribunal do júri, que é o rito processual especial utilizado nos crimes dolosos contra a vida e conexos.

Diante das peculiaridades de que tal procedimento, por exemplo, o corpo de jurados que é formado por cidadãos comuns, entendeu por bem o constituinte originário garantir aos acusados no tribunal do júri uma defesa mais abrangente, total, absoluta, completa, sendo assim, a plenitude de defesa é uma garantia constitucional aos acusados no sentido de possibilitar toda e qualquer modalidade de defesa, tanto o Magistrado na primeira fase como o Juiz Presidente na segunda do Tribunal do Júri, tem o dever de garantir ao réu todos os meios hábeis de defesa.

Conclusão

Conforme mencionado o § 2º, do artigo 477, do Código de Processo Penal, preceitua que caso na sessão plenária do tribunal do júri, haja mais de um acusado, nos debates orais tanto a defesa quanto a acusação terão o seu tempo de sustentação adicionado de uma hora. No caso de haver mais de um acusado, as defesas dos acusados terão o mesmo tempo da acusação dividido entre eles. Nesse rumo, tal preceito afronta tanto a ampla defesa, o contraditório, a plenitude de defesa e o devido processo legal, pois não haverá no caso a paridade de armas entre as partes, pois, o tempo destinado para a acusação e para defesa deverá ser o mesmo tempo considerando individualmente, independentemente da quantidade de pessoas que houver na acusação ou na defesa. Ilustrando a inconstitucionalidade do presente dispositivo legal tomemos como exemplo a hipótese de que na acusação termos somente o Ministério Público que via de regra sustenta suas teses em uma ordem que abrange todos os acusados agindo em co-autoria ou participação, ou seja, independe o número de acusados, suas teses serão desenvolvidas abarcando as condutas de todos os acusados. Nesse contexto, a acusação fará jus a duas horas e meia para os debates orais e mais duas horas para a réplica, enquanto a defesa se imaginarmos que tenhamos cinco acusados e que cada um deles constitua um defensor, cada defesor irá desenvolver suas próprias teses defensivas, nos debates orais as duas horas e trinta minutos irão ser divididas entre elas o qual cada uma terá 30 minutos para os debates orais, já na tréplica serão apenas vinte e quatro minutos. No caso, diante do demonstrado fica patente que não há paridade de armas entre as partes, uma vez que a acusação terá menos teses a serem desenvolvidas, além de possuir o direito ao tempo bem superior ao das defesas considerados individualmente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A aplicação do citado § 1º do artigo 477, do Código de Processo Penal, ilustrativamente, ficaria da seguinte forma:

Tempo da Acusação		Quantidade de Acusados	Tempo da Defesa individual de cada acusado	
Debates	Réplica		Debates	Tréplica
1h 30min	1h	1	1h 30min	1h
2h 30min	2h	2	1h 15min	1h
2h 30min	2h	3	50min	40min
2h 30min	2h	4	37min 50seg	30min
2h 30min	2h	5	30min	24min
2h 30min	2h	6	25min	20min
2h 30min	2h	7	21min 42seg	17min 14seg
2h 30min	2h	8	18min 75seg	15 min

O processo penal é instrumento fundamental no Estado de Direito, pois é através dele que se observa, garante aos litigantes em geral seus direitos e garantias constitucionais, o Estado busca fazer o que é justo, sem desrespeitar os direitos e garantias individuais prevista no Título II, Capítulo I, da Constituição, mais precisamente no artigo 5º e seus incisos e parágrafos, sendo assim, não há que se falar em condenação justa com desrespeito ao devido processo legal.

No que concerne a aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais, o §1º do artigo 5º, da Carta Magna, prevê a aplicação imediata dos direitos e garantias, não se faz necessário regulamentação ou qualquer outro instrumento para efetivar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a sua aplicação, tendo aplicabilidade em qualquer caso desde logo e diretamente, ou seja, conforme demonstrado o mencionado dispositivo do Código Processual Penal deverá ser imediatamente afastado, uma vez que afronta vários direitos e garantias fundamentais.

Quanto ao princípio da igualdade ou isonomia, o § 2º, artigo 477, do Código de Processo Penal afronta tal princípio que diz que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza. No caso, quando se permite que nos julgamentos no tribunal do júri o acusado que for processado individualmente terá o tempo integral de debates para efetuar sua defesa. Por outro lado, quando houver mais de um acusado o tempo de defesa será acrescido de uma hora e dividido entre as partes, há um tratamento desigual entre situações semelhantes, pois tanto poderá ocorrer o caso de haver um único acusado, como por questões processuais poderá também ocorrer o desmembramento do feito, hipótese em que acusados que atuaram em co-autoria ou participação terão possibilidades diversas de defesa, uma vez que o acusado que responde sozinho ao processo penal terá maiores garantias de defesa, enquanto os acusados que respondem em conjunto no mesmo feito penal terão suas defesas prejudicadas, pois o tempo previsto para a defesa será diminuído, sendo assim, a própria legislação induz o defensor a tentar a qualquer custo o desmembramento do feito, com a finalidade de garantir a eficiente e justa defesa do acusado, contando com o tempo integral nos debates orais e na tréplica.

No pertinente a ampla defesa, quando se refere a redução do tempo de defesa por ter mais de um acusado, a defesa que a Constituição garante ser ampla será restringida, pois haverá grandes restrições a defesa e ao próprio contraditório, uma vez que a acusação que terá o tempo integral para o debate de uma ou algumas teses, enquanto as várias defesas terão o tempo reduzido para a defesa de várias teses comprometendo o contraditório, pois a arma da acusação é superior ao da defesa. Nesse rumo, será inviável para as defesas contraditarem os termos da acusação, uma vez que o tempo da defesa, considerado individualmente, é inferior ao tempo da acusação.

Especificamente no Tribunal do Júri, a Constituição garante aos acusados em geral não só a ampla defesa, mas também a plenitude de defesa que segundo alguns autores é uma defesa mais ampla, entendo ser uma garantia maior do que a ampla defesa por se tratar de um julgamento atípico em que os julgadores são pessoas comuns do povo e não juristas, sendo assim, entendemos que o legislador constituinte através da plenitude de defesa quis garantir todos os meios hábeis de defesa aos acusados processados sob o rito do tribunal do júri. Neste diapasão,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

quando se fala em limitar, ou diminuir o tempo dos debates orais da defesa, o legislador está restringindo a plenitude de defesa, está na verdade limitando a defesa dos acusados.

Quanto ao devido processo legal, é outra garantia constitucional em que o citado dispositivo infraconstitucional afronta, pois por devido processo legal entende-se que os direitos e garantias constitucionais deverão ser observados e respeitados, e quando se fala em desrespeito aos princípios constitucionais da isonomia, ampla defesa, contraditório e plenitude de defesa, consequentemente haverá flagrante inobservância, desrespeito ao devido processo legal.

Diante do exposto, verifica-se que o § 2º, do artigo 477, do Código de Processo Penal, é inconstitucional, uma vez que afronta os direitos e garantias constitucionais da isonomia, ampla defesa, contraditório, plenitude de defesa e devido processo legal.

Referências

ALVES, Afonso Telles. *Minidicionário Soares Amora da língua portuguesa.* 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acessado em 30 nov2019.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acessado em 30 nov2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Interceptação Telefônica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FEITOZA, Denilson. *Reforma Processual Penal: Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008: uma abordagem sistêmica*. Niterói: Impetus, 2008.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Técnico Jurídico.* 8. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

JESUS, Damásio de. *Código de Processo Penal Anotado.* 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELO, José Tarcízio de Almeida. *Direito Constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

---

[1] BRASIL. *Código de Processo Penal*. Artigo 477. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acessado em 30 nov2019.

[2] FEITOZA, Denilson. *Reforma Processual Penal: Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008: uma abordagem sistêmica*. Niterói: Impetus, 2008. p. 149

[3] DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 495.

[4] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Acre. *Habeas Corpus* n. 2009. 000148-7, da relatoria do Desembargador Arquilau de Castro Melo. Disponível em: https://esaj.tjac.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8885&cdForo=0 Acessado em: 30 nov2019.

[5] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Interceptação Telefônica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 01.

[6] RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 475.

[7] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,* § 1º, do artigo 5º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acessado em 30 nov2019.

[8] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, caput, do artigo 5º.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acessado em 30 nov2019.

[9] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 211.

[10] Apud: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 214.

[11] Apud: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 218.

[12] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 227/229.

[13] MELO, José Tarcízio de Almeida. *Direito Constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 316.

[14] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 32.

[15] Apud: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 36.

[16] Apud: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 37.

[17] Apud: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 37.

[18] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 37.

[19] Idem. P. 106.

[20] Ibidem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL: REPERCUSSÕES JURÍDICAS E EFEITOS SOBRE O INFANTE

PAULO AUGUSTO LOPES JUCA: Graduando do Curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA

GILBERTO ANTONIO NEVES PEREIRA DA SILVA[1]

(Orientador)

RESUMO: Este trabalho, tem como tema central: Síndrome da alienação parental: repercussões jurídicas e efeitos sobre o infante. Tema de grande relevância para o direito brasileiro, tendo em vista que os casos relatados aumentam de forma exponencial, provocando lesões nas vítimas – crianças e genitor alienado, sendo o objetivo geral: compreender o entendimento do judiciário brasileiro frente o alienante e as consequências da alienação. E ainda como objetivos específicos, analisar o contexto da família no contexto brasileiro; evidenciar a importância da convivência familiar para a formação da criança e do adolescente, e analisar brevemente a Lei da Alienação Parental – Lei nº 12.318/2010. A pesquisa caracteriza-se como bibliográfica de cunho qualitativo. O menor pode vim a apresentar vários tipos de sequelas e sintomas como consequência da violência que está sofrendo ou já sofreu. Para coibir essa alienação foi criada a lei n° 12.318.2010 Lei da Alienação Parental, que veio para proteger as vítimas alienadas e punir os alienadores. Conclui-se que, com advento de leis mais benéficas para as crianças e os adolescentes como a Constituição Federal do Brasil e o Estatuto da criança e Adolescente, reconhecendo estes como seres com direitos e garantias prevendo sua responsabilidade enquanto Estado com auxílio da família e da sociedade em garantir a integridade física, psicológica e a dignidade humana desses indivíduos para que estes vivam tranquilamente e preferencialmente no seio de suas famílias, visto que a Lei não só deu visibilidade a temática, mas contribuiu apresentando sanções para a prática da alienação parental.

Palavras-Chave: Alienação. Parental. Diminuir. Judiciário. Brasileiro.

ABSTRACT: This work has as its central theme: Parental Alienation Syndrome: legal repercussions and effects on the infant. This issue is of great relevance to Brazilian law, given that the reported cases increase exponentially, causing injuries to the victims - children and alienated parents. The general objective is to understand the understanding of the Brazilian judiciary against the alienator and the consequences

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

of alienation. . Also as specific objectives, analyze the family context in the Brazilian context; highlight the importance of family life for the formation of children and adolescents, and briefly analyze the Law of Parental Alienation - Law No. 12.318 / 2010. The research is characterized as bibliographic of qualitative nature. The minor may come to have various types of sequelae and symptoms as a consequence of the violence he is suffering or has suffered. To curb this alienation was created Law No. 12.318.2010 Parental Alienation Law, which came to protect the victims and punish the alienators alienated. It is concluded that, with the advent of more beneficial laws for children and adolescents such as the Federal Constitution of Brazil and the Statute of the Child and Adolescent, recognizing them as beings with rights and guarantees providing their responsibility as a State with the help of family and society to ensure the physical, psychological integrity and human dignity of these individuals so that they live peacefully and preferably within their families, since the Law not only gave visibility to the issue, but contributed by presenting sanctions for the practice of parental alienation.

Key-words: Alienation. Parental. Decrease. Judiciary. Brazilian.

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, na sociedade brasileira, os números de dissoluções de uniões estáveis, casamentos e relacionamentos crescem de forma constante. Na maioria destas sociedades familiares, existem crianças e adolescentes envolvidos surgindo uma questão de fundamental relevância: a disputa da guarda da criança. De forma corriqueira, nas ações judiciárias tangentes a guarda do menor, tem sido concedida a guarda unilateral, atendendo desta forma o princípio constitucional que protegem e resguardam o direito do menor.

Em razão do rompimento do casal, o menor muitas vezes sofre direta ou indiretamente com este evento. De forma indireta, a criança sofre com os sentimentos instalados durante o decorrer do processo de divórcio, quais sejam de tristeza, abandono, dentre outros. O sofrimento direto é considerado o causado por um dos genitores, que por meio de atitudes de influência, tentam denegrir a imagem do outro, em consequência da separação.

As questões familiares vêm acompanhando as mudanças contemporâneas, transformando a sociedade, e consequentemente, carecendo de instrumentos legais afim de resolver as problemáticas e resguardar direitos. Com o surgimento da Alienação parental, e por consequência a síndrome no seio da família atual, perante a disputa no processo de guarda dos filhos, verificou-se exigência de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

instrumentos jurídicos para a tutela dos direitos dos menores e genitores vítimas deste ato ilícito.

Esta conduta tem representado na sociedade uma problemática de grande desafio, no que concerne segurança dos direitos e garantias fundamentas da população infanto-juvenil, em paralelo à convivência familiar saudável com ambos genitores, e com a família destes, ainda que não exista a convivência do casal. A Alienação parental é o ato provocado por um dos genitores da criança ou do adolescente, afim de denegrir a conduta do outro pai, por meio de interferência psicológica, podendo também serem autores da conduta os avós, ou pessoa que detenha a guarda ou vigilância do menor. Diante disto, surge o questionamento: qual o entendimento do judiciário brasileiro frente o alienador?

O presente estudo tem como objetivo geral: compreender o entendimento do judiciário brasileiro frente o alienante e as consequência da alienação. E ainda como objetivos específicos, analisar o contexto da família no contexto brasileiro; evidenciar a importância da convivência familiar para a formação da criança e do adolescente, e analisar brevemente a Lei da Alienação Parental – Lei nº 12.318/2010.

Trabalhar com essa matéria requer uma delimitação precisa, qualquer deslize no fracionamento, e o assunto fugirá de controle de modo que não se poderá ter um desfecho embasado e conciso. Dessa forma, a escolha do tema da pesquisa foi feita com a devida cautela, afinal, ao se propor a pesquisar algo, deve haver identificação e afinidade com o tema, para que, assim, se torne fácil dissertar sobre aquele determinado assunto.

Um dos maiores desafios da realização de uma pesquisa é a tomada do caminho metodológico, a trilha por onde o pesquisador irá caminhar na elaboração do seu trabalho. Na Fase de Investigação e de Tratamento de Dados foi empregado o Método Dedutivo, e o Relatório dos dados obtidos expressos foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da Pesquisa, foram estabelecidos as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica e Jurisprudencial.

A pesquisa seguiu as características de estudo exploratório, por meio de uma pesquisa bibliográfica, de cunho qualitativo que, segundo Gil (2016, p.50), "é desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído de livros e artigos científicos". Sobre a pesquisa qualitativa, Marconi e Lakatos (2019, p. 45) disserta como, premissa, "analisar e interpretar aspectos mais profundos, descrevendo a complexidade do comportamento humano e ainda fornecendo análises mais detalhadas sobre as investigações, atitudes e tendências de comportamento".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Desse modo, o trabalho foi realizado utilizando-se do método analítico-descritivo, na medida em que foi elaborado a partir de material já publicado com o fim de explicar o problema apresentado, fundamentando a hipótese em referenciais teóricos apresentados nas doutrinas encontradas sobre o tema. A pesquisa descritiva é suavemente parecida com a experimental, entretanto, há uma diferença que preceitua Prodanov e Freitas (2013). Segundo esses autores, a diferença entre a pesquisa experimental e a descritiva é que esta procura classificar, explicar e interpretar fatos que ocorrem, enquanto a pesquisa experimental pretende demonstrar o modo ou as causas pelas quais um fato é produzido.

O presente estudo encontra-se divido em três momento a saber: no primeiro momento observa-se a família no contexto brasileiro, apontando os diversos conceitos e as mudanças dos tipos de família; no segundo momento observa os conceitos, fundamentos e naturezas jurídicas da alienação parental, os princípios constitucionais que ás regem e a Lei da Alienação Parental – Lei nº 12.318/2010; no terceiro momento, verifica-se a responsabilidade civil do alienante, bem como análise jurisprudência e as consequência da alienação.

2 AS FAMÍLIAS NO CONTEXTO BRASILEIRO

Antes da Constituição Federal de 1988, o Estado e principalmente a igreja fizeram a imposição de que a família só era formada após o casamento, pois consideravam que a única relação afetiva aceita era o casamento entre homem e a mulher, cujo foco principal era a procriação.

Muita coisa mudou com a chegada da CF/88, principalmente na área do Direito de Família, em razão do reconhecimento de outros institutos familiares, abrangendo assim o conceito de família, além daquela construída pelo casamento e a igualdade entre os filhos dentro e fora do casamento, passando assim, os descendentes a serem tratados de forma equânime, independentemente da origem dos pais. Dessa forma, nessa sessão se observa um breve histórico do instituto da família entrelaçando com os diversos conceitos e tipos de família.

2.1 Conceito e Espécies de Família

Foi a jurisprudência que abriu caminho para a Constituição albergar as uniões extramatrimoniais sob o nome de união estável, ensejando a constitucionalização do conceito de entidade familiar sem estar condicionado à tríade: casamento, sexo e reprodução (DIAS, 2015).

Para Gonçalves (2010) o Direito de Família é o que está intrinsecamente atado à vida, pois o indivíduo, qualquer um, provém de uma entidade familiar. Para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a família é uma realidade importantíssima, constitui a base do Estado, o núcleo de qualquer organização social:

> Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. A Constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem a sua estrutura, sem no entanto defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito como na sociologia. Dentro do próprio direito a sua natureza e a sua extensão variam, conforme o ramo (GONÇALVES, 2015, p 17).

Na Constituição Federal de 1988 apenas três tipos de famílias estão institucionalizadas, e são elas: A Família Matrimonial é a união formal entre o homem e a mulher, sendo o casamento a base da relação e expresso pelo ato volitivo positivo de ambos os cônjuges. A própria Constituição Federal acrescenta, ainda, que a lei (Artigo 226 §§ 1º e 2º) deve facilitar a conversão da união estável em casamento, parecendo, desta forma, conferir prioridade e preferência ao matrimônio.

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.
>
> § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

Para a Constituição, como pode-se observar, a base da sociedade é a família, por isso a especial proteção por parte do Estado. Desta forma, o casamento civil, que é o contrato firmado entre duas pessoas com o objetivo de constituir família, é gratuito, ou seja, sem cunho monetário.

A partir da Constituição de 1988, a União Estável, que é a convivência duradoura entre duas pessoas com o intuito de constituir família, antigamente não tinha o status de família, pois havia a discriminação em relação a mulher que não era oficialmente casada. Era considerada incapaz de viver sem um homem que a sustentasse.

Assim, as mulheres quando separadas do marido ficavam à mercê da própria sorte, em desamparo. Porém, de acordo com a dinamicidade da sociedade,

começaram a aceitar as famílias extramatrimoniais e o texto constitucional fez expressa referência a esta forma de família:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Importante frisar que este artigo foi mencionado no final do texto legal que trata do Direito de Família, como se fosse um acréscimo não planejado do que é família.

A Família Monoparental também é considerada pela CF/88 como família, e está expressa em seu artigo 226 § 4º, onde diz que "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes". O nome dado a este tipo de família provém da doutrina, pois afirma que está se constitui de um dos pais mais os seus filhos.

> Como primeiro fator responsável pelo fenômeno monoparental pode-se citar a liberdade com que podem as pessoas se unir e se desunir, seja através de formalidades cogentemente estabelecidas, como decorre do casamento, seja de maneira absolutamente informal, como acontece na união estável (OLIVEIRA, 2002, p. 215).

E existem também aquelas famílias que não foram mencionadas na Constituição Federal de 1988, porém, têm respaldo na doutrina e jurisprudência em face do rol do artigo 226 não ser considerado exaustivo, mas meramente exemplificativo, podendo os indivíduos constituírem famílias segundo modelos diversos

A Família Anaparental é a que não possui nem ascendência e nem descendência, mas as pessoas envolvidas possuem parentesco, como é no caso deum grupo familiar constituído de parentes colaterais: dois irmãos, um primo e irmãos, tio e sobrinhos, etc. Dias (2015, p. 46), esclarece a respeito:

> A convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar batizada com o nome de família anaparental.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A família Anaparental, como se dá aplicado no já referido Art.226 da Constituição Federal, existe de ter um alto grau de severidade, ainda mais apoiada a ideia de afetividade que promove uma superior dignidade da pessoa no núcleo familiar, o que é mais deslindado ainda a sua proteção estatal, quando está se descobre diretamente relacionada com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A Família Pluriparental é o surgimento de novos vínculos sem o desfazimento dos mais antigos. Dias ainda fala que este tipo de família é como se fosse um mosaico de relações anteriores. Também esclarece sobre este tipo de família:

> A especificidade decorre da peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores. Eles trazem para a nova família seus filhos e, muitas vezes, têm filhos em comum. É a clássica expressão: os meus, os teus, os nossos. (DIAS, 2015, p. 47).

A relação familiar dos parentes colaterais recebe o nome de família pluriparental. Não importa a igualdade ou diferença do grau de parentesco entre eles. Desta forma, tios e sobrinhos que vivem em família constituem uma família pluriparental.

A espécie Eudemonista é aquela que decorre do afeto, independentemente do vínculo consaguíneo, tem como objetivo a felicidade do homem. Neves (2018) aduz que surgiu um novo nome para essa tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família Eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros.

> O Eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do principio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram. (DIAS, 2015, p. 52)

A matéria da família Eudemonista, se fundamenta em que somente o esforço correspondente, se orientando exclusivamente no companheirismo, representa um núcleo familiar, em sua compreensão, existe princípios formados para caracterizar uma nova modalidade de família.

A Família Homoafetiva é aquela cuja junção se dá com pessoas do mesmo sexo. É a espécie de família que mais sofre preconceito e até os dias de hoje e lutam para ter um maior reconhecimento. Porém, o princípio da Igualdade imerso no da Dignidade da Pessoa Humana não permite que estas famílias sejam atingidas por moralistas e não sejam reconhecidas como um instituto familiar.

Ante este entendimento, Dias (2015, p. 1) explica:

> Diante da expressão legal, é imperioso reconhecer que as uniões homoafetivas constituem uma unidade doméstica, não importando o sexo dos parceiros. Quer as uniões formadas por um homem e uma mulher, quer as formadas por duas mulheres, quer as formadas por um homem e uma pessoa com distinta identidade de gênero, todas configuram entidade familiar. Ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, fato é que ampliou o conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros. Se também família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens. Basta invocar o princípio da igualdade.

Por isso, imperioso falar que qualquer entidade familiar baseada na afetividade, no amor é considerada uma família, seja ela entre dois homens, duas mulheres, duas mulheres e um homem ou dois homens e uma mulher.

"A família multiespécie é aquela formada por humanos e seus animais de estimação, quando considerados membros ou, até mesmo, filhos. Uma nova realidade afetiva que reclama a proteção do ordenamento jurídico pátrio" (DIAS, 2015, p. 1). Cumpre ao Direito, desse modo, adequar-se a essa nova forma de organização familiar que vem cada vez mais obtendo ambiente nos lares, sendo que este novo sistema, de igual forma, vale proteção estatal sucedendo delas, por consequência, ações legais resultantes de eventuais rupturas, de acordo com a abordagem a que é dado ao animal em questão.

A família com- parental para Dias (2015) significa, em cena, os novos protagonistas da família mais durável possível, aquela que possui sua extensão na exata forma que prossegue pelos infantes que existem; desafiando os sistemas jurídicos, a doutrina e a jurisprudência a uma vigília anti-alienante de uma parentalidade mórbida e desconforme. A família com- parental é a família que não deixa de existir, quando os filhos estão a exigir que esta subsista neles.

2.2 O Papel dos Pais no Exercício do Poder Familiar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O poder familiar é um aglomerado de direitos e deveres inerentes aos pais em relação aos bens e a pessoa dos filhos. Os filhos devem ter o apoio dos pais para a vida em sociedade e até mesmo no âmbito particular, não podem, os genitores, deixar que seus filhos sejam criados à mercê da natureza, como se fossem animais, mas sim dar-lhes a prestação de alimentos, amor e cuidado.

Segundo Lobo (2017, p. 268), o poder familiar representa, resumidamente, o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos menores, sempre no interesse destes, representando autoridade temporária, eis que somente existirá até a maioridade dos filhos.

O exercício do poder familiar abrange um complexo de deveres, impostos pela lei em benefício da prole, de acordo com o artigo 1.634 do Código Civil:

> Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
>
> I - dirigir-lhes a criação e educação;
>
> II - tê-los em sua companhia e guarda;
>
> III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
>
> IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
>
> V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
>
> VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
>
> VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição".

O artigo supracitado não expressa o mais importante dever dos pais, como informa Dias (2015, p. 63) "nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho".

Embora o Direito não tenha o condão de interferir na seara íntima dos sentimentos humanos, obrigando um indivíduo a desenvolver afeto por outro, é possível verificar que, todo este rol está baseado indiretamente no amor e cuidado, cada dispositivo expresso obrigação de quem gerou o que, em regra, decorre naturalmente da relação biológica.

Do contrário, doutrinadores como Gonçalves (2010), entende que neste rol o que mais importa e tem extrema relevância é o dever de criação e educação. Expressam que cabe aos pais não apenas a criação, mas também a formação intelectual, social e psicológica do menor, cujo intuito seja o de formar seres humanos dignos e capazes de exercer uma boa convivência na sociedade em geral.

O poder familiar não apenas engloba o dever de prestar alimentos, mas também o dever de dar apoio à vida acadêmica do filho na escola, tem que fornecer educação, devendo os pais por obrigação manter os filhos na escola.

Assinala Gonçalves (2005, p.364):

> pai não poderia bem prover à educação do filho, sem ter o direito de obrigá-lo a residir na casa paterna, ou em qualquer lugar que lhe aprouvesse, como colégio, escola de artífices, etc.; fixa-lhe as horas de trabalho e estudo proibir-lhe diversões licenciosas, determinar o momento em que se deve recolher etc. O conjunto desses pequenos direitos paternos é o que constitui o dever do filho de ficar na companhia e sob a guarda do seu pai.

Para o exercício de tal dever é necessário que ambos os pais estejam cotidianamente na vida do filho, por isso, em caso de separação ou divórcio a guarda ideal para alcançar tais objetivos já citados é o da guarda compartilhada. Até os 16 anos incompletos, considerados absolutamente incapazes, os pais são responsáveis em sua totalidade por seus filhos, pois estes não se encontram aptos para o pleno desenrolar da vida civil.

2.3 A Importância da Convivência Familiar para a Formação da Criança e do Adolescente

É imprescindível para que a criança se desenvolva de forma saudável, a presença dos pais em total apoio ao melhor interesse do menor. A proteção à convivência dos filhos para com os seus pais está prevista no artigo 227 da CF/88 e no ECA (Estatuto da Criança e do adolescente) em seus Artigos 4º, 19 ao 52.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Diante o exposto, a legislação expressa que é dever da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar a concretização do direito fundamentais dos menores. Observando também a Dignidade da Pessoa Humana, convivência familiar e comunitária.

O doutrinador Filho (2005, p. 45) afirma que "o direito à convivência familiar, deve ser priorizado pela sociedade, poder público, mas, primordialmente, pelos pais, pois suas responsabilidades não se resumem a dar vida a um ser humano. É fundamental que esse ser, tenha uma criação implementada com afeto e aconchego". Assim, apesar da lei referir-se à guarda como um direito dos pais, também é o menor titular de igual direito de ser visitado.

O problema mais grave e que fere esse direito à convivência é quando os pais se separam de forma litigiosa, pois inevitavelmente os filhos serão atingidos. Neste momento crítico os pais deveriam deixar as diferenças de lado e pensar no que é melhor ao menor, porém, não é bem isso o que acontece na realidade (PEREIRA, 2010).

Ainda segundo Pereira (2010), as prioridades psíquicas e físicas dos filhos ficam em segundo plano diante do problema que deveria ser particular apenas ao casal e não atingir a relação para com os filhos. Diante a situação exposta, o menor sente-se inseguro e desprotegido trazendo assim transtornos para a sua vida.

Pelo motivo do divórcio ou separação o genitor guardião não deve proibir o direito/dever de convivência do filho com o outro o genitor, pois há a necessidade de cultivar o afeto e o amor e manter a relação e o convívio de forma real, para que o filho não se sinta eliminado da vida de um dos pais. Conforme explica Madaleno (2013, p. 106-7):

> Diante de uma desunião, a finalidade desse instituto é a manutenção de uma natural e adequada comunicação do filho com o pai ou mãe com quem não convive, para fomentar e consolidar os vínculos paterno ou materno-filiais, encurtando, quanto possível, o contato que existiria no seio da família unida. A pendência desses processos devem repercutir minimamente sobre os filhos mediante o regime de visita pretende-se, de certa maneira mitigar a necessidade de convivência dos filhos com seus pais quando estão sob a aguarda de um só destes.

Durante a união, os pais que mantinha o equilíbrio moral e afetivo, após a separação, isso deve se intensificar, pois do contrário o seu filho terá alguns transtornos psicológicos, devem priorizar o convívio familiar, pois o papel dos pais é de extrema importância na formação do menor. Assim, quando os pais mantêm o equilíbrio e ambos concordam que o melhor para criança é a criação dos dois em sua vida a guarda compartilhada na maioria das vezes é o ideal para o pleno desenvolvimento do menor.

3 DA ALIENAÇÃO PARENTAL

3.1Conceitos, Fundamentos e Naturezas Jurídicas

A alienação parental acontece quando há um rompimento da família, quando os pais se separam, dessa maneira nas maiorias das vezes o alienador é a mãe que nesses casos está com a criança aí fica jogando a criança contra o pai, por sentimento de ódio que a mesma está com o ex-companheiro, ela fica tentado se vingar e dessa maneira fica usando a criança.

> Após diversos anos de intensa pesquisa e estudo a alienação parental foi identificada em 1985, nos Estados Unidos pelo Doutor Richard A. Gardner, professor de psiquiatria infantil da Universidade de Columbia, como sendo a maneira pela qual o guardião do filho menor, que na maioria dos casos é a mãe, imbuído pelo sentimento de ódio e vingança, consegue destruir a figura paterna, desmoralizando-a e gerando um descrédito por parte do filho, afastando-o de seu pai (THEODORO JÚNIOR, 2013).

A Síndrome da Alienação Parental é o termo proposto pelo psiquiatra americano Richard Gardner, em 1985. A alienação parental foi identificada nos processos de separação conjugal, sobretudo, nos casos em que havia disputa pela guarda do(s) filho(s), no qual a criança demonstrava grande apego ao cônjuge que detinha a guarda e desprezo injustificado pelo outro. Segundo Gardner, a síndrome se desenvolve a partir de programação ou lavagem cerebral induzida por um dos genitores para que a criança denegue o outro responsável (DIAS, 2016).

A alienação parental que ficou conhecida como síndrome da alienação parental através de Gardner ele identificou essa síndrome nos processos de separação dos pais dos menores, separação essa que havia disputa entre os pais da criança, nas audiências foi percebida o tratamento da criança com o ex-cônjuge que era totalmente de desprezo já com o genitor que a mesma residia era de afeto, percebendo assim o tratamento diferente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A síndrome da alienação parental é um transtorno que se nota através de sintomas, que o cônjuge alienador demonstra, chega no ponto tão grave em querer prejudicar o ex companheiro que usa o próprio filho para o atingir, faz com que a criança odeie o outro genitor:

> A Síndrome de Alienação Parental é um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição. Em outras palavras, consiste num processo de programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativa, de modo que a própria criança ingressa na trajetória de desmoralização desse mesmo genitor (TRINDADE, 2007, p.102).

O autor se refere sobre a alienação parental, que para ele é um "transtorno psicológico" em que um dos genitores é o alienador que fica criando estratégias para afastar a criança do ex companheiro que é o alienado, faz com que o filho passe a odiar sem motivos o outro genitor. Desta forma a alienação parental é mais comum do que se imagina principalmente em casal separados, em que o alienador fica tentando separa os filhos do ex companheiro,

> "A situação é bastante comum no cotidiano dos casais que se separam: um deles, magoado com o fim do casamento e com a conduta do ex-cônjuge, procura afastá-lo da vida do filho menor, denegrindo a sua imagem perante este e prejudicando o direito de visitas. Cria-se, nesses casos, em relação ao menor, a situação conhecida como "órfão de pai vivo" (CASABONA, 2009, p.105).

Pode afirmar que, a alienação parental tem como consequência o afastamento do menor com genitor que não está com a guarda do filho, dessa maneira o genitor alienador que está com a guarda da criança, usa a criança com os meios possíveis para atingir o excompanheiro, simplesmente para se satisfazer por sentimento de ódio, mas com isso a criança acaba sendo afetada sem perceber. Para Sandri (2013, p.97),

> Considera-se então, que a alienação parental é o processo de afastamento do filho de um dos genitores, ou seja, refere-se aos atos que um dos genitores realiza em face do filho para afastá-lo do outro genitor, e que por sua vez, a síndrome de alienação parental diz respeito ao filho, que, vitimado pela alienação executada pelo genitor alienador, cede às acusações e rejeita a presença do outro genitor, vítima de todo esse fenômeno.

É notório que essa síndrome afeta as crianças que as mesmas e jogada contra o genitor que chega a se afastar, gerando confusão no seu psicológico, destruindo vínculos afetivos, amoroso, de carinho. A criança que ama seu genitor, é levada a se afastar dele, que também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Restando órfão do genitor alienado, acaba identificando-se com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado (DIAS, 2015)

Essa síndrome afeta muitas crianças que fica no meio entre o alienador e o alienado, elas ficam sem saber o que fazer, ou depois de tanto ser alienadas elas acabam acreditando nas mentiras que o alienador inventa pra ela.

Essa alienação é motivada pela disputa da guarda, gerando assim esse comportamento por parte do alienador e como se fosse uma tentativa de proteção por sua parte, achando ele que fazendo isso vai ficar com a guarda do filho menor. Para Dias (2015) a alienação parental é uma violência contra a criança, que para tentar parar o alienador a Lei estabelece punição para quem prática esse ato, dessa maneira tentando coibir tal atitude:

> A Síndrome de Alienação Parental é um tipo sofisticado de maltrato ou abuso, e o direito deveria estudar novos caminhos para reparar o dano que recai sobre o filho (a) e sobre o alienado. A responsabilização civil e criminal do alienador pode representar um freio ao ódio inveterado que produz a metamorfose do amor (DIAS, 2015, p.102).

Elias (2005, p.27) em seu trabalho afirma que "[...] a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Pode-se afirmar que a alienação parental é um transtorno que é gerado na maioria das vezes começando pelo rompimento dos laços matrimonias, acarretando assim o fim de um laço, com isso destruindo a família que era formada a um tempo, o alienador para tentar vingasse ou ficar com a guarda cria essa estratégia de ficar jogando a criança contra o ex companheiro, muitas das vezes falando mentiras, criando situações para afastar a criança do outro genitor alienado com isso afetando muito esse menor.

3.2 Princípios que Norteiam a Alienação Parental

Alguns dos princípios constitucionais são imprescindíveis para que se possa interpretar o Direito de Família com cautela e senso de justiça, pois a Carta Magna traz consigo valores positivados por meio desses princípios, contribuindo para realização e desenvolvimento da pessoa humana.

O primeiro princípio é o da dignidade da pessoa humana presente no art. 1º, III da Carta Magna de 1988. O princípio constitucional respalda-se na valorização da pessoa humana com finalidade em si mesmo e não como objeto ou meio para consecução de outros fins. Conforme a Declaração Universal da Organização das Nações Unidas (ONU):

> Todo ser humano, enquanto dotado de razão e consciência, possui dignidade, que é inerente a ele não lhe pode ser retirada, sendo esta irrenunciável, inalienável e constituindo elemento que qualifica a pessoa humana como tal (BRASIL, 1955).

A dignidade da pessoa humana é o pilar para todos os valores morais, sendo assim, o Estado deve assegurar proteção integral ao exercício desta liberdade, não facultando sua violação. Como ordenamento jurídico, que já vem oferecer uma tutela mais ampla aos direitos da personalidade, valorizando gradativamente o ser humano como detentor de direitos mais específicos inerentes da personalidade de valores insertos da categoria existencial, o que torna o conteúdo muito vasto.

Para entender melhor a colocação da dignidade da pessoa humana, deve-se fazer uma relação com os outros direitos e valores que cercam cada caso em particular. Segundo Penna Júnior (2008, p.138), a Dignidade da pessoa humana é um direito tão importante que até quem a desconhece merece tê-la resguardada como garantia fundamental ao cidadão.

Conforme definição de Sarlet (2014) este princípio é:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> [...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável (SARLET, 2001, p. 60).

Dessa forma, sendo os pais, juntos ou separadamente, os principais garantidores dos direitos e deveres fundamentais da criança e do adolescente, dando-lhes condições para uma vida saudável; boa alimentação; educação; moradia; vestuário; lazer; afeto e cuidados, podemos então trazer o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana para dentro da conjuntura familiar, dizendo que a família deve dá aos mais novos as primeiras noções de dignidade, para que sua formação cidadã tenha início em casa, junto das pessoas em quem mais ama e confia.

Assim, um lar que não respeita a dignidade humana, forma pessoas frágeis, que acabam marginalizadas pela própria sociedade. O princípio da dignidade da pessoa humana é o eixo central para o crescimento de uma nova sociedade que seja justa e igual. Constitucionalmente, os direitos e garantias fundamentais, dentre eles os positivados como direitos sociais, direitos à educação, à saúde, ao trabalho, moradia, previdência, assistência social, ao lazer, dentre outros, são decorrentes da dignidade da pessoa humana.

O segundo princípio, do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, para Dias (2015) têm-se, o princípio do melhor interesse do menor que objetiva, senão, para garantir os direitos relacionados ao infante, garantindo o pleno desenvolvimento psicossocial e sua formação cidadã, vedando os abusos de poder pelos elementos mais fortes da relação jurídica que cobre a criança, seja o seu pai ou mãe já que o infante a partir da compreensão de tal princípio conquista classe de parte dependente que por esse motivo, deve ter sua assistência jurídica maximizada.

Diante destas considerações, observa-se que o bem tutelado pelos genitores em razão do rompimento matrimonial são os filhos, por muitas vezes essa disputa reflete 28 psicologicamente de forma negativa a criança e ao adolescente, esse conflito familiar entre os genitores acaba por usar as crianças e o adolescente como forma de chantagear o parceiro ou parceira. Assim, involuntariamente induzem os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

seus filhos ao distanciamento do pai ou mãe pelos motivos criados pelo alienador ou alienadora que acreditam estar se vingando usando o seu filho(a).

Dessa forma, a alienação acontece diante dos fenômenos criados pelo alienador fazendo por onde, o infante alienado sinta raiva, rancor, ou ódio do genitor. A maioria das vezs, depressão, distúrbio de comportamento e revolta em crianças e adolescentes, são frutos da alienação parental, que mesmo no início, já começa com seus efeitos devastadores para a mente de um ser em desenvolvimento.

3.3 Á Lei da Alienação Parental – Lei nº 12.318/2010

Alienação Parental ocorre com a dissolução das relações conjugais, ocasionando comportamento em um dos genitores afins de denegrir a imagem do primeiro para com os filhos em comum do casal. As consequências provenientes deste comportamento são observadas com o afastamento do filho para com o genitor alienado, e pôr fim a dissolução da relação de ambos, dando-se desta forma a Síndrome de Alienação parental. Com a necessidade dos casos que vinha ocorrendo foi criada uma Lei para tentar coibir os atos de alienação parental, dessa maneira em 2010 foi promulgada a Lei nº 12.318 para garantir e preservar os direitos de quem foi atingido.

Diante de tal necessidade, a Lei nº 12.318/2010 promulgada em 26 de agosto de 2010, surgiu como forma de garantir uma boa convivência familiar a quem de fato é parte fundamental dessa relação, ou seja, a criança. A lei 12.318/2010 adverte Alienação Parental ao ato de fazer campanha difamatória contra um dos genitores, determinado cônjuge alienado, dificultando toda e qualquer forma de autoridade, atrapalhando o exercício de convivência familiar.

A Lei nº 12.318/2010, que dispõe sobre a alienação parental, é também aplicável aos guardiães, que podem perder a guarda e/ou sofrer outras sanções caso criem obstáculos ao exercício do direito de visitas pelos pais ou pratiquem outras condutas descritas no art. 2º, do mencionado Diploma Legal, destinadas a impedir a manutenção/fortalecimento de vínculos da criança/adolescente com sua família de origem. Já o dever de prestar alimentos persiste mesmo após eventual destituição do poder familiar, já que é determinado pela relação de parentesco, que não é suprimida mesmo pelo deferimento de tal medida extrema (apenas haverá perda da condição de filho - e o subsequente desaparecimento de todos os deveres paternofiliais - com o deferimento de eventual adoção).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O parágrafo único do artigo 2º traz um rol meramente exemplificativo de atitudes que podem indicar a alienação parental, contudo, o caso concreto, ao chegar ao judiciário, o juiz, mediante a gravidade do assunto, necessita de cautela, devendo valerse de estudo multidisciplinar, apoiando-se em provas periciais, com a participação de psicólogos, assistentes sociais e psiquiatras, relativos à pessoa do menor, bem como do alienador e do alienado, para que seja possível a identificação da alienação parental, visando sempre à proteção do interesse do menor, que não pode ser privado, de forma absoluta e aleatória, do convívio de qualquer um dos genitores. (LEMOS JUNIOR; COSTA, 2014).

O artigo 2º da lei 12.318/2010 é para identificar os atos de alienação parental, contudo deve ter provas para que seja comprovada essa alienação. "Essa legislação foi criada com o intuito de destacar ainda mais o princípio da proteção integral ao menor e busca estabelecer mecanismos que punam quem dificulta o acesso ao filho, prevendo sanções ao alienador (LIMA, 2018).

Assim sendo, a Lei nº 12.318/2010 oferece a garantia da convivência familiar e direitos da criança e do adolescente, onde visa coibir todos os atos de alienação parental, com o objetivo de que estes atos não se transformem em síndrome. E quem interferir na formação psicológica da criança com a finalidade de alimentar sentimento de rejeição e obstruir o relacionamento dela com os seus genitores poderá ser multado ou até perder a guarda da criança.

A Lei n.º 12.318/2010 trás no artigo 2º caput uma definição do que é a alienação parental:

> Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2010).

Sousa e Brito (2011) afirmam que as pesquisas sobre SAP, sua incidência no país e as legislações sobre o tema ganharam destaque a partir de 2008 quando da tramitação do projeto de lei sobre a guarda compartilhada. A partir deste momento, Bulhões (2018, p.52) afirma:

> A mobilização da opinião pública e a comoção gerada em torno do sofrimento de crianças que supostamente seriam vítimas da SAP culminou, naquele mesmo ano, na elaboração

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> do Projeto de Lei nº. 4853/08, que teria como objetivo identificar e punir os genitores responsáveis pela alienação parental dos filhos. Tal projeto, com célere trâmite legislativo, foi sancionado pelo Presidente da República, em agosto de 2010, como Lei nº 12.318/10.

Ressalta Perez (2008, p.56) a importância de tipificação da Síndrome de Alienação Parental:

> O reconhecimento da existência da síndrome da alienação parental, pelo ordenamento jurídico, representaria mais uma importante ferramenta para inibir ou atenuar o processo de alienação parental. Há, notória resistência - decorrente, regra geral, de desconhecimento e não de estudo - entre os operadores do Direito ao reconhecimento desse processo, identificado originalmente pela Psicologia. É evidente que temos, hoje, instrumentos, no atual ordenamento, que permitem, de alguma forma, esse combate, mas tal, como regra geral, depende de conhecimento profundo dessa matéria específica, pelo operador do Direito e, sobretudo, ciência de que está a lidar com abuso de dimensão relevante. É certo, também, que a objetiva vedação a condutas caracterizadas como de alienação parental, pelo ordenamento jurídico, representaria um claro recado aos jurisdicionados, contribuindo, de alguma forma, para inibir, em alguns casos, esse processo. Outra vantagem indireta, parece ser o estímulo aos operadores do Direito e profissionais de Psicologia para que aprofundem o estudo sobre o tema, afinal, incorporado ao ordenamento, não haveria mais simplesmente como ignorá-lo. Faço esse comentário porque não é rara, hoje, a descuidada negativa da existência da alienação parental ou subestimação de seus efeitos, por parte das autoridades e profissionais que têm por dever a proteção jurídica dos direitos das crianças e adolescentes. Em particular, penso que mais importante do que a conceituação da Síndrome de Alienação Parental (SAP) é a indicação do que vem a ser o processo de alienação parental (que culmina com a síndrome) e de quais condutas devem ser repreendidas pelo ordenamento jurídico. Isso porque não basta identificar a síndrome e corrigir a rota na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> formação psicológica da criança ou adolescente quando danos já estão consumados. Além disso, é necessário que o ordenamento viabilize efetiva intervenção preventiva, quando constatado procedimento que tenderá à instalação da síndrome; na melhor das hipóteses, se não concretizada, estaríamos a tratar de prejuízo irreparável à convivência familiar, assegurada pela Constituição Federal. Em síntese, a importância da tipificação é criar ferramenta específica preventiva e que facilite e dê efetividade ao trabalho dos profissionais que trabalham com o tema da alienação parental.

A lei nº 12.318/2010, parágrafo único traz:

> São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; 25 II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, 2010).

A lei da alienação parental foi criada com a demanda de vários casos que surgiram, com isso foi notado que havia uma necessidade da criação de uma Lei para regulamentar, coibir, punir, e delimitar o que venha a ser, dessa forma para garantir e proteger as vítimas dessa alienação, as vítimas que são mais afetadas são as crianças e os adolescentes.

A Lei 12.318/10, no seu art. 6º, elenca o rol de medidas alternativas para inibição dos atos alienatários, no qual são sanções a serem impostas pelo magistrado, de forma cumulativa ou não, com o objetivo de frustrar ou abrandar as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

consequências provenientes da Alienação Parental. As medidas previstas no artigo são:

> Art. 6º. Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I – declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II – ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III – estipular multa ao alienador; IV – determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V – determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI – determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII – declarar a suspensão da autoridade parental. (BRASIL, 2010)

A dificuldade em se coibir o dano moral nas relações que envolvam família sempre foi um fator controverso, no sentido da não aceitação por parte da doutrina e até mesmo pela sociedade, tendo como justificativa que o afeto não tem preço.

4 A ALIENAÇÃO PARENTAL CARACTERIZADA NAS FAMÍLIAS

4.1 Responsabilidade Civil do Alienador

Como forma de tentar coibir a Lei de alienação parental traz punição ao alienador, responsabilidade civil consiste na obrigação que um indivíduo que provocou dano a outrem assumir as consequências jurídicas do ato que praticou, com a finalidade de reparar o prejuízo que causou, restaurando o equilíbrio, retornando ao status quo anterior. A responsabilidade civil é discutida nas suas variadas perspectivas. Mas, de maneira ampla, esta expressão tanto pode designar a situação jurídica através da qual um cidadão se vê frente ao dever de indenizar outrem, quanto o próprio compromisso de que originou a situação (FONTENELE FILHO, 2017)

A Lei 12.318 de 2010 apresenta as sanções aplicáveis aos alienadores, com a finalidade de que os danos ocasionados pela SAP sejam cessados. Porém, essas punições não possuem caráter compensatório no que diz respeito às lesões já sofridas pelo alienado e as crianças e adolescentes. É assegurado no artigo 6º da lei

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

acima citada, onde também se encontram as penalidades, que o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil aplicar as medidas punitivas. Deste modo, além das penalidades apresentadas na supracitada lei, ainda fica resguardado o direito de ser pleiteada a reparação de danos, decorrentes da responsabilidade civil do alienador, ao praticar os atos ilícitos (SOUZA, 2017).

Assim, ressalta Pereira (2015, p.52) que

> verificada a prática de alienação parental, pode o juiz, de forma cumulativa ou não, com ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, aplicar as seguintes sanções: Advertência ao genitor alienador; ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; estipular multa ao genitor alienado; determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; alterar o sistema de guarda; fixar de forma cautelar o domicílio do alienado, e; suspender o poder de família do genitor alienante, neste caso não ocorre a destituição, mas tão somente a suspensão. Ocorrerá aquela se houver suspensão do poder familiar em processo anterior.

Dessa forma pode o juiz de forma consciente utilizar meios para coibição desses atos de alienação, colocando em prática o que a Lei estabelece para que dessa maneira acabe com a alienação que os menores sofrem.

Depois da Constituição surgiu o Código Civil de 2002 que solidificou a responsabilidade civil por danos tanto patrimoniais como extrapatrimoniais conforme asseveram os artigos 186 e 187 e mais adiante complementa o art. 927 do mesmo diploma legal. Portanto, para que seja configurado o dano moral, deve recair sobre a vítima ato que ofenda seu direito da personalidade. Insta salientar, que o sentimento de dor, mágoa é mera consequência e não causa da violação do direto.

A Lei 12.318/2010 preconiza em seu art. 6 medidas a serem tomadas para impedir á pratica da alienação parental, sem qualquer prejuízo da responsabilidade civil. No entanto, resta destacar que tanto o pai quanto a mãe alienante, sofrem danos morais, seja pela imagem denegrida ou pela restrição ou pela restrição da convivência com o filho, como ainda pela perda de afetividade.

Por esta razão, passível a responsabilidade civil pelo genitor alienador. Outrossim, no que diz respeito a pratica da alienação parental, torna-se indenizável

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a pratica da conduta alienadora, afinal, e notória a existência de um ato ilícito culpável gerador de dano, constituindo os elementos identificadores da responsabilidade civil a luz dos artigos 186. 187 e 927 do Código Civil. Entretanto, o dano não se configura somente pelo genitor alienado, mas também pela criança ou adolescente que foi privado do convívio como pai e teve atingida sua integridade moral e psíquica devido à falta de liberdade de pensamento e influencias de implantação de falsas memórias pelo alienador (MOTA, 2017).

Quando configurada a alienação parental, que pode ser feita através de laudos periciais entre outros meios, a Lei n° 12.318/2010 regulamenta no seu artigo 6° as medidas em que, a depender do caso, o juiz poderá aplicar, punições:

> Art. 6° Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:
>
> I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
>
> II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
>
> III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
>
> V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
>
> VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
>
> VII - declarar a suspensão da autoridade parental. Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Neste contexto com o intuito de inibir ou amenizar os danos causados pela alienação parental, a legislação busca a interrupção dos atos de alienação criminal e o imediato retorno da criança ao convívio com o genitor alienado.

A alienação parental fere o direito fundamental da criança e do adolescente por abster esse do convívio familiar saudável, por prejudicar a manutenção do afeto entre o genitor alienado e com o grupo familiar, podendo assim ser caracterizado como abuso moral e descumprimento dos deveres inerentes a autoridade parental ou decorrentes da tutela e da guarda.

Essa alienação fere um direito que é fundamental do menor que é ter direito ao convívio no âmbito familiar de forma pacífica, segura, sem que haja prejuízo a sua educação, criação, conceitos, se houver violação ou descumprimentos os causadores devem ser punidos.

Segundo Duarte (2010, p.49):

> Mesmo levando em consideração as correntes existentes, a doutrina predominante quando o assunto é a aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares, é a de que caberá a reparação pelo dano moral sofrido pelo genitor alienado, face às facetas da Alienação Parental introduzidas na formação psicológica da criança, com o intuito da quebra do convívio com o genitor alienado, configurado, assim, o ato lesivo e o dever de ressarcir a crueldade da atividade ilícita atentatória aos direitos fundamentais de convívio familiar.

Dessa forma com a alienação parental acontecendo, o genitor alienador será punido da forma em que o juiz achar mais adequada para aquele caso especifico, para que essa alienação acabe de forma de preservar a integridade do menor que é o maior prejudicado e sendo a vítima mais afetada e do alienado que também acaba sendo vítima, dessa maneira a lei trás nos seus artigos as melhores possibilidades para solucionar o problema.

4.2 A Resposta Do Judiciário Aos Parentes Alienantes

Ao analisar um caso de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul do ano de 2017 processo nº 70074544032[2], cuja ementa tratava de declaração de alienação parental por parte do genitor, verificamos que foi aplicado ao genitor medidas de advertência e de reversão definitiva da guarda dos dois filhos em favor da genitora e que os interesses dos filhos seriam atendidos agora pela mãe.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Após o estudo do caso torna-se evidente que o magistrado tomou tal decisão visando proteger os menores quando constatou exclusivamente em laudos fornecidos pela psicóloga e pelo estudo social feito pela assistente que os menores e a sua genitora tinham sido vítimas de alienação parental por parte do genitor que com suas ações contribuiu para um distanciamento materno-filial sem a preocupação do cumprimento do seu dever de pai que e zelar pela bem-estar e o desenvolvimento dos menores.

Destaca-se também um caso de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro do ano de 2018 processo nº 0260279-97.2013.8.19.0004[3] no qual o pai alegava alienação parental por parte da genitora.

O genitor alegou que as diversas mudanças de endereço da genitora tinham o intuito de impedir ou inviabilizar a visitação do pai as crianças. Nesta mesma ação o genitor pediu a reversão da guarda em seu favor em caráter liminar e em tutela de urgência, o magistrado então não reconheceu que os requisitos para esse deferimento existiam que é perigo do dano e risco do resultado, entendeu ainda que uma mudança drástica como a reversão da guarda mesmo que de forma provisória seria uma muito maléfica nesse momento para a vida das crianças já que esse não tinha o suporte probatório necessário para comprovar ou descartar a prática da alienação parental. Dessa forma, o juiz com o seu conhecimento empírico de pronto conseguiria identificar um caso de alienação parental? o que nesse caso mostrou-se impossível, para tanto o magistrado precisará dos laudos fornecidos pelo psicólogo e da assistência fornecida pela assistente social.

Analisando ainda um caso de alienação parental também do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul processo nº 70059431171[4], envolvendo novo ator como figura alienante a avó paterna. Que em uma disputa direta com a genitora pela a guarda de suas netas, usou do meio ardiloso da alienação parental para desqualificar a figura da genitora frente a suas filhas e frente ao tribunal, a avó paterna motivou as menores a mentir em juízo dizendo que sua genitora recebia vários namorados em sua casa onde residia também as menores, estas também foram coagidas a dizer que flagraram uma cena de sexo de sua genitora e que por várias vezes viram a sua genitora nua, tal farsa ardilosa e vil, armada pela alienadora só foi descoberta pelo magistrado com a ajuda da equipe psicossocial que conseguiu com seu preparo identificar a fala repetida das menores que sempre se pautavam nestas mesmas memórias.

Após a confecção do laudo psicossocial, a psicóloga entendeu que deveria conversar com as menores na presença da avó e da mãe e avaliar melhor o caso

para que pudesse esclarecer divergências nas falas auxiliando assim o magistrado de forma precisa na sua decisão. Feito isto quando a psicóloga falava sobre as cenas que as menores e avó alegavam ter de fato acontecido as menores choraram e, aos poucos afirmaram que era mentira e que isso nunca tivera acontecido, que a mãe não batia nelas, que nunca a viram nua e, que esta nunca sequer tinha levado um namorado em casa.

Neste momento as menores pediram desculpas a sua mãe, que disse que apesar de todo sofrimento que já vinha passando por um longo período em que perdurou esta disputa pela guarda e, por todo desgaste causado pelas mentiras inventadas pela avó e, contada pelas menores mesmo assim ela as perdoava. O magistrado indagou as menores se estas queriam passar um tempo com a sua genitora, o que deixou a avó paterna bastante chateada e antes que as menores pudessem responder a avó paterna tomou a frente, buscando mais uma vez persuadir as menores o que só corrobora com a tese da alienação parental.

E por fim analisando um caso de alienação parental e abuso sexual do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul processo nº 70076720119 onde foi alegado abuso sexual na ocasião de visitação paterna. Neste caso, foi realizada perícia por psicóloga tendo como base na dinâmica de constelações familiares de Madaleno; Madaleno (2017).

Entretanto, como salienta o processo, no caso descrito não foi suficiente a utilização da dinâmica mencionada sendo necessário a utilização de outros elementos que comprovassem ou não existência de abuso sexual por parte do pai. No início do processo as visitas foram suspensas como uma medida cautelar. E á análise da primeira perícia não comprovou a existência de abuso, sendo indicada a ocorrência de alienação parental por parte da mãe ao implantar na criança falsas memórias.

Em face do primeiro laudo as visitas do pai foram retomadas e uma nova perita psicóloga foi nomeada para verificar a existência ou não de alienação parental. Deste modo, foi realizada uma segunda perícia que utilizando-se da dinâmica de constelações familiares constatou a não ocorrência de alienação parental por parte da mãe e, constatou o abuso por parte do pai. Cabendo ao pai recurso no qual argumentou que esta técnica não é reconhecida pelo conselho Federal de Psicologia não podendo deste modo ser utilizada como prova, tendo em vista ainda que a magistrada e a perita possuíam relação de amizade e que juntas difundiam a técnica de Constelações familiares, desobedecendo assim a neutralidade necessária nos casos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Diante de tais fatos foi solicitada nova perícia realizada por psicóloga especializada que descartou o abuso sexual pelo genitor, o magistrado em sua decisão também defendeu a técnica da constelação que é usada a mais de 40 anos e em 80 países do mundo, e que pode sim junto com outras técnicas ser de grande valia ao psicólogo, pois faz parte da sua 'expertise' buscar a verdade para tomar a melhor decisão no caso em tela.

Na decisão o magistrado deu provimento ao recurso impetrado pelo genitor, e este chegou a um acordo com a genitora sobre a visitação da menor, ficando acordado que este poderia visitar a menor na residência da genitora do forma regular e sob sua supervisão o que na visão do magistrado desqualifica a primeira denúncia de abuso sexual, pois na sua concepção nenhuma genitora deixaria mesmo sob supervisão, o filho (a) na companhia de um potencial abusador. Ao analisar os casos acima descritos evidencia-se a importância da análise cautelosa e precisa a fim de evitar danos aos menores envolvidos. Quanto aos casos que envolvem a acusação de abuso sexual é necessário extrema atenção e investigação a fim de descartar falsas denúncias e identificar casos reais de abuso sexual.

4.3 Consequências da Alienação Parental

O término do relacionamento entre os pais pode ser um episódio extremamente difícil e traumático para uma criança ou menor. Vários sentimentos como tristeza, abandono, culpa, trazem consequências na vida destes, que, além das dificuldades advindas da ocorrência da separação, também passa a ter complicação nos relacionamentos, na escola entre outros. Com o intuito de salvaguardar os interesses destes menores, surgiu a necessidade da criação de institutos legais, para atenuar o sofrimento destes.

Instituído pela lei 8.069/90, o Estatuto Criança e do Adolescente, traz detalhadamente os direitos que são assegurados para os menores, a ainda os meios para que haja a efetiva aplicação deste instituto legal. "São direitos fundamentais da criança a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação das políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência." (BRASIL, 1990).

O genitor alienado, no contexto da Alienação Parental, sofre com os danos causados pelas atitudes cobertas de ódio vindas do detentor da guarda da criança ou adolescente, este tem o difícil encargo de enfrentar com o fato buscando práticas para não afastar-se do menor. Destaca Figueiredo (2014, p.47) que,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> [...] esse filho cria um sentimento de rejeição contra o genitor ausente, chegando ao ponto de recusar a manter uma relação com este pai e, ao extremo, de decidir excluí-lo definitivamente, da sua vida, acarretando inúmeros problemas emocionais e psicológicos ao menor que se estenderão na sua fase adulta.

Silva (2017), relata que as consequências da alienação parental podem ser inconvertíveis para o alienado com o passar dos conformes; existindo uma necessidade de interferência urgente na situação, para que esta não se agrave ainda mais, sendo um preço alto, custando tempo e sentimentos entre pai e filho extremamente desgastados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do tempo, a instituição denominada família vem sofrendo mudanças em conjunto com a evolução da sociedade. Mudanças que trouxeram consigo um novo modelo de organização e estrutura familiar. Nesta linha, as dissoluções matrimoniais têm se mostrado mais frequentes, como consequência muitas crianças e adolescentes estão envolvidos neste contexto, ao passo que a separação, também, demanda um processo de guarda dos menores, que sofrem não só com o rompimento dos pais, mas com as disputas naturalmente criadas por esse processo doloroso, que costuma acarretar em comportamentos abusivos, visando utilizar o menor como instrumento de ataque contra o outro cônjuge.

Surge então a Alienação Parental, conduta esta que foi tipificada na Lei 12.318/10 pelo ordenamento pátrio. Decorrência natural frente ao aumento da prática e a necessidade de tutela protetiva Estatal para assegurar os direitos constitucionais de proteção ao menor. Este tipo de comportamento, hoje tipificado, ocorre muitas vezes por um genitor que, de forma a diminuir, ou até mesmo desfazer os vínculos afetivos entre a criança e o outro pai, por meio de implantação de falsas memórias e falas com o intuito de prejudicar a imagem do outro genitor.

Ao passo que a alienação continua, a criança se afasta do pai alienado, e por muitas vezes, o genitor alienante alcança o objetivo. Ao identificar a conduta alienante, e a violação de bens jurídicos tutelados, quais sejam, a dignidade e integridade psicológica, bem como, o direito de convivência do menor com o outro genitor, é fundamental a atuação efetiva de operadores do direito e demais conviventes com o menor para identificar esta prática e aplicar as sanções demandadas ao caso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Após identificadas a alienação, o pai alienado ou qualquer outro parente, poderá buscar a justiça. O magistrado, depois de identificados a alienação, por meio de perícias e laudos, poderá discorrer sanções legais afim de punir o genitor alienante, em casos mais graves, até mesmo a suspensão ou destituição do poder familiar. Nesse contexto surge a responsabilidade civil no âmbito do direito de família, pois como visto, o art. 3º da Lei 12.318/2010, caracteriza a conduta ilícita e abusiva por parte do genitor alienante, pois esta causa dano à honra, a sua integridade moral e acarreta na impossibilidade de convivência pacífica com seu filho. Esta reparação é por muitas vezes de caráter pecuniário.

Pode-se concluir que a Lei de Alienação Parental, a 12.318/10, além de ser um instituto de suma importância jurídica para a proteção do menor, o qual preceitua a alienação parental, trás também em seu escopo como as formas responsabilização que tangem ao alienador, fazendo com que esta conduta seja menorizada e combatida para a melhor convivência da criança ou adolescente com a família.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Planalto do Governo. Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. **Planalto do Governo. Lei 13.431, de 4 de Abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90**, Capitulo I – do Direito à vida e à saúde. Brasília, DF, Senado Federal, 1990.

BRASIL. [**Constituição (1988)]** Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. – Brasíli : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. 496 p.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: Mai. 2019.

BRASIL. **Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990.

CASABONA, Marcial Barreto. **Guarda compartilhada**. São Paulo: QuartierLatin, 2009. P.105.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 44.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. Ed. Rev. Atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DUARTE, Marcos. **Alienação Parental**: Comentários iniciais à Lei n°12.318/2010.2. Revista Síntese Jurídica de Família. V. 12. N.62, 2010.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Alienação Parental**. São Paulo: Saraiva, 2014

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas,2016.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro:** direito de Família. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6.

LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira. **Alienação parental – uma análise da lei 12.318/2010**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0c57998b6a829067>, acesso em: 16 de Nov. de 2019.

LÔBO, P. **Direito Civil:** famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Ana Carolina; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental**: Importância de Detecção – aspectos legais e processuais. 4 ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2017

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria **Fundamentos de Metodologia Científica.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. A Síndrome da Alienação Parental. In: **APASE Associação de Pais e Mães Separados (Org.).** Síndrome da Alienação Parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos. Porto Alegre: Equilíbrio, 2007. p. 45

NEVES, C. B. **A Guarda Compartilhada como método capaz de inibir a Pratica da Alienação parental**. 2018. 31 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade de Cuiabá, UNIC, Cuiabá, 2018.

PENA JÚNIOR, Moacir Cesar. **Direitos das Pessoas e das Famílias Doutrina e Jurisprudênci**a. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva**. Instituições de Direito Civil**, volume V: Direito de Família. 14 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico**. 2ª ed. Universidade Feevale – Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, 2013

SANDRI. Jussara Schmitt. **Alienação parental:** O uso dos filhos como instrumento de vingança entre os pais. Curitiba. Ed. Juruá, 2013. P.97.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome de alienação parental**: o que é isso?. Campinas, SP: Armazém do Ipê, 2017

SOUSA, Analícia Martins; BRITO, Leila Maria Torraca de. **Síndrome de Alienação Parental:** da Teoria Norte-Americana à Nova Lei Brasileira. In: Psicologia: ciência e profissão, 2011, V.31, pp. 268-283

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2013.

TRINDADE, Jorge. **Incesto e alienação parental**: realidades que a justiça insiste em não ver São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

---

[1]Professor orientador do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. *E-mail:* gilberto0814@gmail.com

[2] TJ-RS - AC: 70074544032 RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 28/09/2017, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/10/2017)

[3] TJ/RJ. Processo No: 0037998-07.2017.8.19.0000. Relator: DES. FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS. Arquivamento Definitivo Código de rastreabilidade: 81920183260267

[4] TJ-RS-AC: 70059431171 RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Data de Julgamento: 26 11 2014, Sétima Câmera Civil, Data de Publicação: Diário da Justiça do Dia 02 12 2014

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ATIVISMO JUDICIAL: OS PROBLEMAS DECORRENTES DO ABUSO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

ANTONIO LEONARDO DA SILVA JÚNIOR: Graduando do curso de bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

MARCUS VINICIUS DO NASCIMENTO LIMA[1]

(Orientador)

Resumo: O presente artigo tem como finalidade analisar a crescente atuação do Poder Judiciário na atualidade, bem como perscrutar as recentes decisões polêmicas proferidas e que movimentaram a vida dos brasileiros nos últimos tempos. Cumpre-se ainda definir o conceito de Ativismo Judicial que basicamente se dá com uma participação mais intensa e ampla do Poder Judiciário que interfere em assuntos que são de competência dos outros poderes, abordando-se, portanto, os fenômenos da Judicialização da Política e intrinsecamente o constitucionalismo e o neoconstitucionalismo. Discute-se o quanto os magistrados no seu exercício estão cultuando a lógica de que os fins justificam os meios com o destaque do problema da Insegurança Jurídica ao Estado democrático de direito que esta atuação extensiva causa.

Palavras-chave: Insegurança Jurídica. Judicialização da Política. Constitucionalismo. Neoconstitucionalismo. Tripartição dos Poderes.

Abstract: This article aims to analyze the growing performance of the judiciary today, as well as to examine the recent controversial decisions that have made the lives of Brazilians in recent times. It is also necessary to define the concept of Judicial Activism that basically occurs with a more intense and broad participation of the Judiciary Power that interferes in matters that are the competence of the other powers, thus addressing the phenomena of Judicialization of Politics and intrinsically. constitutionalism and neoconstitutionalism. It is discussed how much the magistrates in their exercise are worshiping the logic that the ends justify the means by highlighting the problem of Legal Insecurity to the democratic rule of law that this extensive action causes.

Keywords: Juridical insecurity. Judicialization of Politics. Constitutionalism. Neoconstitutionalism. Tripartition of Powers.

Sumário: 1 Introdução. 2 Os poderes governamentais instituídos no Brasil e a Harmonia necessária para o correto exercício da democracia. 2.1 A separação de poderes para Aristóteles e Montesquieu. 2.2 O sistema de freios e contrapesos. 2.3 A hipertrofia do poder judiciário. 3 O ativismo judicial. 3.1 Conceito. 3.1.1 Constitucionalismo. 3.1.2 Neoconstitucionalismo. 3.2 A judicialização da política. 3.3 O ativismo judicial no Brasil. 4 Os problemas decorrentes do abuso da função jurisdicional. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O atual cenário que o Brasil se encontra é de uma enorme instabilidade econômica, social e principalmente política, decorrendo destas circunstâncias uma grande mobilização e participação da população acerca dos assuntos relacionados aos três poderes institucionais.

A crescente polarização política que emana na atualidade, eleva aos extremos os sentimentos do povo, que nos últimos tempos se materializou num crescente descontentamento da população em relação a atuação dos três poderes. Nos últimos tempos, o alvo da população deixou um pouco de ser o Poder Executivo e Legislativo, ou seja, a discussão se deslocou da arena política para o seio do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, não somente pelo aumento da sua atuação caracterizando um cenário de Judicialização, mas pelos temas que são levados ao plenário quando deveriam ser apreciados na cúpula dos demais poderes. (TASSINARI, 2018).

Neste sentido, essa presença mais ativa do poder Judiciário cria um processo de judicialização de demandas sociais, que se preocupam com uma ampla concretização dos Direitos Fundamentais e que geram grandes consequências à Teoria Processual. Este processo pode ser denominado como "Judicialização da Política". (VIEIRA, 2009).

Portanto, cabe delimitar os limites desta atuação proativa e extensiva do Poder Judiciário nos segmentos sociais para que não ultrapasse e atue nos assuntos que são de competência dos demais poderes e assim se concretize o Ativismo Judicial e consequentemente a Insegurança Jurídica.

Nessa perspectiva é que o presente trabalho científico se dispõe a debater o tema mesmo sabendo da dificuldade em se esgotar a temática. Incialmente será contextualizada discussão observando a gênese das teorias relacionadas a separação de poderes. Num momento subsequente, tratou-se da definição e as decorrências do que seria a judicialização da política, bem como do Ativismo Judicial. À guisa de conclusão, foram evidenciadas as consequências da atuação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

hipertrofiada no Judiciário no sentido de prenunciar aqueles que poderiam ser deveras danosos no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro.

No artigo utilizar-se-á o método dedutivo e a pesquisa dogmático-jurídica de natureza bibliográfica, por meio da consulta de obras, legislação e jurisprudência brasileira atinente à temática. A pesquisa não tem a intenção de esgotar o assunto, que merece atenção crescente da academia tendo em vista o atual cenário que se desenha.

2.OS PODERES GOVERNAMENTAIS INSTITUÍDOS NO BRASIL E A HARMONIA NECESSÁRIA PARA O CORRETO EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA

2.1.A separação dos poderes

A teoria da Tripartição dos Poderes consiste na ideia de que as funções do estado não devem ser concentradas em uma única pessoa ou órgão, assim descentralizando o poder e evitando o seu uso indevido, o que sempre se traduz no distanciamento da ordem democrática e aproximação de regimes ditatoriais.

Embora atribuída à Montesquieu, a ideia de separação dos poderes é bem mais antiga, sendo idealizada ainda que de maneira diversa por alguns filósofos no decorrer dos tempos, sendo eles: Platão, Aristóteles e Maquiavel.

O filósofo grego da antiguidade Platão nasceu aproximadamente em 427 a.C, e já naquela longínqua época entendia que a concentração do Poder em apenas uma pessoa era algo extremamente perigoso, citando em sua obra a República, que o Poder deveria ser descentralizado em três funções essenciais:

A função Deliberativa que consistia na discussão sobre os negócios do Estado; A função Executiva, responsável por compreender todos os poderes necessários à ação do Estado, e; A Função Judicial que abrangeria os cargos de jurisdição.

Embora ocorrido em um período bem distante, o pensamento dos gregos em relação à separação dos poderes pouco foi acrescido no decorrer dos tempos, sendo apenas aperfeiçoada, como aduz Ives Gandra da Silva Martins (1988, p. 187):

> (...) em matéria de filosofia, pouco se acrescentou ao que os gregos desvendaram. Qualquer filósofo posterior, como Pobílio, que era também historiador, passando por Hume, Hobbes, Locke, Bacon, Maquiavel – historiador, filósofo, político e sociólogo – Rousseau e outros, traz pequena

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

contribuição ao pensamento universal descortinado pelos gregos.

Já no Século XIV, o italiano Nicolau Maquiavel em sua famosa obra, O Príncipe, também idealizou o Poder descentralizado e divido em três funções, quais sejam: *Função Legislativa*, que seria representada pelo Parlamento; *Função Executiva*, que seria representada pelo Rei, e; *Função Judiciária*, que seria autônoma.

Para Maquiavel, a separação dos poderes seria uma forma de beneficiar o rei, que ao não ter que julgar os dissídios individuais de seus súditos ou criar leis, não seria então alvo de críticas e perda de popularidade, preservando assim sua imagem.

Já para o inglês John Locke, no século XVI, idealizou a separação dos poderes em também três funções distintas, expostas abaixo:

Função Legislativa que competia ao parlamento e era hierarquicamente superior às demais; Função Executiva que seria a responsável pela aplicação das Leis, e a; Função Federativa, que tinha como fim cuidar das relações internacionais.

Diferentemente dos outros idealizadores, para Locke as funções não eram totalmente independentes, sendo que a federativa embora legítima, deveria estar atrelada à executiva e para que não houvesse a concentração em apenas uma pessoa, as funções executivas e legislativas deveriam sem exercidas por pessoas diferentes.

No sistema lógico matemático de Montequieu dos "pesos e contrapesos" entre os poderes, necessário seria ter um poder Judiciário "neutro". Que pudesse servir como o fiel da balança. Num melhor juízo seria o poder com capacidade de estabelecer um ponto de equilíbrio sempre que por algum motivo houvesse uma superposição ou extrapolação de funções.

Um Poder que munido de imparcialidade seria visto como um contrapoder, munido de razão soberana, a garantir uma objetividade alheia aos interesses políticos dos demais poderes e sem os sentimentos de subjetividade e passionalidade.

Por fim, embora atrelado ao Barão de Montesquieu, a ideia de separação dos poderes não foi originalmente idealizada por ele, entretanto foi por meio de sua interpretação que houve a exposição de maneira mais eficiente, perdurando assim até hoje.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2.2.O sistema de freios e contrapesos

Tendo como base os ensinamentos dos filósofos citados anteriormente, Montesquieu em sua obra "O Espírito das Leis" formulou a sua ideia de tripartição dos poderes conhecida como *sistema de freios e contrapesos*.

Acreditava Montesquieu que para que o governo se distanciasse de ideologias ditatoriais e evitasse a produção de normas tirânicas, seria indispensável que limites fossem estabelecidos a cada um dos poderes, sendo assim, entende-se que somente o poder pode se autorregular. Nesta toada que surge o Sistema de Freios e Contrapesos *(Checks and Balances System)***,** que consiste na autonomia de cada um dos poderes exercer uma função própria e determinada, mas que deve ser controlada, ou seja, limitada pelos outros poderes, ou seja, um Poder é capaz de conter os abusos do outro e assim manter o equilíbrio. Segundo Montesquieu (1998), "cada um dos poderes institucionais deveria ser autônomo e independente, e por meio deste sistema, o próprio poder poderia se limitar, devendo então cada um exercer apenas o que lhe foi atribuído, ficando então os demais poderes responsáveis apenas pelas suas respectivas atribuições"

Em sua obra, Montesquieu idealizou a divisão das funções governamentais em também três poderes:

O Poder Executivo, teria a finalidade de administrar a coisa pública; O Poder Legislativo, responsável por fiscalizar e legislar, e; O Poder Judiciário, por fim, que diante de um conflito de interesses, deveria aplicar a lei ao caso concreto.

Podemos utilizar como exemplo, a seguinte situação: o Judiciário ao se deparar com uma lei pode julgá-la inconstitucional, sendo este um freio a um ato do poder Legislativo que poderia conter uma arbitrariedade, sendo o contrapeso o fato de que os poderes possuem funções distintas e, portanto não havendo uma hierarquia entre eles, tornando-os independentes e harmônicos.

O Sistema de Freios e Contrapesos é o modelo adotado pela no ordenamento jurídico brasileiro, que é previsto na Constituição Federal de 1988 em seu art. 2°: "Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

O legislador constituinte atribuiu diversas funções a todos os poderes, ficando cada um deles com uma função predominante, bem como de outras previstas no texto da constituição, sendo elas atípicas e típicas.

Ao poder Legislativo foi atribuído a função típica de legislar e fiscalizar, ou seja, é responsável por elaborar as normas jurídicas bem como de fiscalizar as ações do poder executivo. Já como função atípica é de sua competência administrar, visto que a ele compete sua organização e operacionalidade internas.

Cumpre-nos ressaltar ainda como função atípica do Poder Legislativo, a função de julgar, uma vez que é competência do Congresso Nacional, julgar o Presidente da República pelos crimes de responsabilidade. Esta função foi bastante utilizada nos últimos anos, quando em meados de 2015 a então Presidente Dilma Roussef foi condenada em um longo e conturbado processo que acabou acarretando seu afastamento e posteriormente o Impeachment.

O Poder Legislativo é ainda subdividido internamente, no qual o Congresso Nacional é composto por duas casas, os representantes do povo (Câmara dos Deputados) e os representantes dos Estados (Senado Federal) nos dizeres Alexandre de Moraes (2014, p. 416):

> O Poder Legislativo Federal é bicameral e exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara Dos Deputados e do Senado Federal, deferentemente dos estaduais, distritais e municipais, onde é consagrado o unicameralismo.
>
> (...)
>
> O bicameralismo do Legislativo Federal está intimamente ligado à escolha pelo legislador constituinte da forma federativa de Estado, pois no Senado Federal encontram-se de forma paritária, representantes de todos os Estados-Membros e do Distrito Federal, consagrando o equilíbrio entre as partes contratantes da Federação.

Tal divisão encontra ainda previsão na Constituição Federal de 1988, *in verbis:*

> Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.
>
> Parágrafo único. Cada legislatura terá a duração de quatro anos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.
>
> Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.

O Poder Executivo, por sua vez segue uma tradição de forma presidencialista, no qual é concentrada a chefia dos negócios e do governo em uma única pessoa, previsto na Constituição no art. 76, *in verbis:* "art. 76 O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República auxiliado pelos Ministros de Estado". É o órgão constitucional cujas funções cingem se às práticas dos atos de governo, de chefia e de administração.

Montesquieu atribuiu ao executivo à realização e definição constante da política de ordem interna e das relações exteriores.

Por fim, o Poder Judiciário tem como funções principais administrar a Justiça e primordialmente a guarda da Constituição visando preservar os princípios da igualdade e legalidade, estes que por sua vez garantem a finalidade dos demais.

Para Zaffaroni (1995, p.87): *"a chave do poder do judiciário se acha no conceito de imparcialidade"*, portanto, este poder tem como chave a ideia de independência e autonomia, visto que como guardião da constituição e das leis não deve estar subordinado ou sob influências externas, sob pena de perder-se a imparcialidade. Assim o juiz imparcial está acima das partes e exerce a sua função de forma objetiva. Se revela como um Poder contramajoritário desenvolvendo suas funções através de decisões judiciais concebidas no plano lógico, como produto do pensamento racional do juiz, sendo que tais decisões, fruto de um juiz equidistante, portanto, imparcial.

2.3.A hipertrofia do poder judiciário

Diferente dos outros Poderes que tem seus representantes eleitos pelo povo, os integrantes do Poder Judiciário são oriundos dos certames públicos ou através da indicação constitucional do quinto constitucional ou, em uma terceira via aplicada com exclusividade no STF, através de indicação política acompanhada da respectiva sabatina do Legislativo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Dentre os papeis exercidos pelo Poder Judiciário, podemos citar a Judicialização da Política e o Ativismo Judicial como casos de hipertrofia, uma vez que os membros do Judiciário não são representantes do Povo tendo em vista que não foram eleitos e, portanto, não devem usurpar a competência dos demais poderes.

Nos últimos tempos, com a crescente participação da população no exercício da democracia, com um alto engajamento e "fiscalização" das atividades do estado, a recente atuação do Poder Judiciário deu causa a insatisfações e reclamações por parte daqueles que elegem, principalmente quando o Poder Judiciário passa a assumir uma função substitutiva legislativa ou executiva, uma vez que a competência do Judiciário deveria se concentrar em rever os atos dos demais poderes e não atuar em seus lugares, ressaltando ainda que as decisões equivocadas estejam imunes a uma revisão pelos demais poderes.

Não obstante ao fato de que os desafios apresentados ao poder judiciário enquanto órgão judicante terem evoluído de maneira avassaladora, demandando do julgador uma avaliação bem mais acurada e cuidadosa, não se autorizou que a regra constitucional fosse desprezada.

Portanto, falar em atuação jurisdicional ainda significa falar em postura subjuntiva e despida de preconceitos ou paixões capazes de contaminar as manifestações com aproximações sem reservas dos juízes em relação as partes e às suas demandas. Ou seja, a função do magistrado continua sendo a de aplicar a lei nos limites por ela estabelecido sem, contudo, invadir a seara de atuação dos demais poderes. A legitimidade primária, segundo determina a Constituição Federal e os repositórios processuais nacionais, se engaja na vertente do devido processo legal com respeito aos preceitos republicanos na Carta Magna claramente instituídos e cravados na máxima da separação e *fiscalização* dos demais poderes, não a sua invasão.

3. O ATIVISMO JUDICIAL

3.1 Conceito

Primeiramente, é tarefa bastante complexa definir o que seria "Ativismo Judicial", uma vez que dado a característica residual do Poder Judiciário, deve ele analisar, julgar e suprir todas as demandas que os Poderes Executivo e Legislativo se omitiram de resolver, mas basicamente pode se resumir como o "Juiz Legislador", ou seja, é quando o juiz extrapola seu ofício de julgar e entra na competência do poder legislativo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para Barroso (2012, p.6), o Ativismo Judicial pode ser conceituado como:

> O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Não há nenhum problema na simples interferência de um dos poderes nas atividades que são de competência de outro, desde que tal interferência esteja prevista na constituição, como por exemplo, nos crimes de responsabilidade, nos quais são de competência do Senado Federal o julgamento do Presidente da República. Entretanto, quando o membro de um dos poderes interfere em outro poder desamparado por qualquer norma, lei ou pela própria constituição, os problemas emergem.

Nesta toada, aduz Ives Gandra Martins (2018, p.12) que:

> (...) O que se discute é o seu protagonismo, ou seja, o individualismo de que muitos deles sentem-se imbuídos, não poucas vezes tendendo mais impor sua opinião pessoal até como legislador, do que fazer justiça ou dar estabilidade às instituições. A esta nova onda que impregnou parte da magistratura tem-se denominado de neoconstitucionalismo, consequencialísmo, judicialização da política ou politização do judiciário, mas que se pode resumir em invasão de competência de outros poderes, quando estes poderes não estão agindo ou agem contrariamente às convicções pessoais do magistrado[2].

Destarte, frente ao exposto, temos que a maior polêmica que gira em torno do Ativismo Judicial se dá no momento em que o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, passa a atuar de maneira proativa e expansiva, ou seja, a norma positivada é deixada em um segundo plano e sendo passível então às conveniências e dos entendimentos pessoais do julgador. Portanto, não há como se falar em Ativismo Judicial, sem antes conceituar o que seria o Constitucionalismo e o Neoconstitucionalismo.

3.1.1.Constitucionalismo

O constitucionalismo nasceu com as Constituições Americana e Francesa, e consiste na premissa de que todos os países devem possuir artifícios que possibilitem a limitação do poder, podendo ser em alguma norma, lei ou na própria constituição, sendo assim, se pode afirmar que constitucionalismo e positivismo andam juntos.

Para o renomado Walber de Moura Agra (2008), o Constitucionalismo tem como significado principal o princípio de que as condutas sociais deveriam se determinar por normas, sendo o cume normativo o constante nas normas constitucionais.

Portanto, temos que a principal característica do constitucionalismo é de limitar o poder, com o fim de dificultar ou extinguir arbitrariedades por meio de normas positivadas que assegure os direitos fundamentais, e desta forma, se respeite a separação dos poderes.

3.1.2.Neoconstitucionalismo

Já o neoconstitucionalismo se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e como o próprio nome induz, é o constitucionalismo que veio depois, que prega uma nova releitura, uma nova interpretação da constituição, que busca regular o homem na sociedade, seguindo um sentido moderno do direito constitucional, do qual se retira como como princípio norteador a dignidade da pessoa humana, que passa a ser o centro do estado democrático de direito.

Deixa ainda de lado os princípios constitucionais que o julgador discorda e interpreta de acordo com suas preferências pessoais. É um método irracional e, portanto, a decisão jurídica é ditada pelo aplicador do direito de acordo com a vontade do intérprete, ou seja, substitui a vontade do legislador que foi eleito democraticamente, pela vontade do Juiz ou Ministro, que são aprovados em provas ou nomeados e não eleitos, sendo assim não traduzindo a vontade da população e portanto se distanciando do governo das leis e se aproximando de uma ditadura do poder judiciário.

3.2.A judicialização da política

Devido à quantidade exorbitante de demandas que são sujeitas à apreciação do Poder Judiciário para que seja proferida uma sentença e assim, se resolva o caso real, se deu a chamada Judicialização, que consiste basicamente na busca do judiciário para resolver questões que deveriam ser resolvidas primordialmente no âmbito dos poderes Legislativo e Executivo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesta toada, aduz Barroso (2012, p.3):

> Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

A judicialização originou-se da promulgação da vigente Constituição, que passou a dar poderes para que o Judiciário fosse competente para resolver diversas demandas. Significa ainda que parte do Poder Político está sendo derrogada para o Poder Judiciário, e, portanto, dando a este a última palavra sobre questões sociais, econômicas ou morais, que deveriam ser dos demais poderes, visto que eles como representantes do povo deveriam traduzir e implementar as soluções em acordo com o povo.

No âmbito da jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal podemos citar alguns exemplos com os quais fica francamente caracterizada a Judicialização. A decisão na ADPF 132[3], que fundada na dignidade da pessoa humana perfazendo uma leitura isonômica do art. 1723 do CC assegurou a equiparação entre as uniões entre pessoas do mesmo sexo às das relações heterossexuais. Também operando a judicialização podemos chamar a atenção para a ADPF 54 de relatoria lavrada pelo Ministro Marco Aurélio Mello, afastando a ilicitude da prática de aborto ocasionado como consequência da interrupção da gravidez nos casos de anencefalia.

As decisões citadas, além de alcançar esfera de competência legislativa, noutra banda foram submetidas a robustas críticas dada a simplicidade com o que foram tratados temas tão caros ao seio da sociedade como o fato de regulamentar não fazer parte do portifólio do Supremo Tribunal Federal.

É de extrema importância salientar que o Supremo Tribunal Federal ao proferir tais manifestações sempre foi provocado e assim fez dentro dos limites dos pedidos formulados. Não é facultado ao Tribunal conhecer ou não as ações, uma vez provocado deve se pronunciar sobre o seu mérito desde que preenchidos os requisitos de cabimento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3.3.O ativismo judicial no Brasil

Na Constituição Federal do Brasil, foi adotado o sistema de Controle de Constitucionalidade Híbrido ou Misto, conforme aduz Barroso (2012, p. 4):

> Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no artigo 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas — as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais — podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.

Destarte, este tipo de controle, possibilita a apreciação e defesa da constituição por qualquer Juiz de Direito, bem como por ações impetradas diretamente perante o Supremo Tribunal Federal.

Conforme externado anteriormente, uma vez que o Judiciário não pode escusar-se de resolver uma demanda pela inexistência de uma Lei que o obriga a decidir sobre matérias mesmo que o Legislativo tenha sido omisso e em decorrência do modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo brasil em conjunto com o fenômeno da judicialização é que surge o Ativismo Judicial, que não é nada além do que uma atuação expansiva do Judiciário.

Entretanto, tivemos no Brasil nos últimos tempos, uma série de decisões polêmicas pela Suprema Corte brasileira, que invocaram os mais odiosos sentimentos da população, gerando uma grande insatisfação para com os seus membros.

Uma vez que a alta criminalidade e o grande índice de reincidências provocam a revolta da população houve o debate nas duas Casas Legislativas, entre os representantes eleitos do povo, que editaram, por lei, a vedação à progressão de regime em casos de crimes hediondos. Entretanto o STF alegando uma densa base

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

principiológica, entendeu que tal vedação era inconstitucional e impôs sua vontade mesmo diante de um procedimento legislativo legítimo.

De maneira similar, o STF atropelou o devido processo legislativo e vedou o voto impresso nas urnas eletrônicas, declarando a inconstitucionalidade da norma em alhures. Também utilizou diversos princípios para tentar dar razão à sua decisão.

Ainda de maneira totalmente ativista, o Supremo Tribunal Federal usurpou a competência Legislativa ao "criar um novo crime"[4], quando em 13 de junho de 2019 no ao julgar a Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão n° 26 equiparou a homofobia e a transfobia ao crime de racismo consubstanciado na Lei nº 7716/1989, e assim abrindo precedentes perigosos para o futuro.

Em outra decisão ativista, o Supremo editou de maneira *contra legen* ao descriminalizar o aborto até o 3º mês de gestação, atentando diretamente contra a segurança jurídica visto que o aborto é crime, e as exceções legais já estão previstas no Código Penal, cabendo única e exclusivamente a sua revogação ou edição ao Poder Legislativo.

Por fim, atualmente seis dos 11 ministros do Supremo Tribunal Federal votaram a favor de uma tese que pode levar à anulação de condenações judiciais em todo o país, inclusive no âmbito da Operação Lava-Jato. Segundo o entendimento majoritário, os delatores deverão apresentar as alegações finais, nos processos judiciais, sempre antes dos réus que não fizeram acordo de colaboração premiada.

Em seu voto o ministro Edson Fachin, relator do habeas corpus apresentado pelo ex-gerente de empreendimentos da Petrobras Márcio de Almeida Ferreira, condenado em primeira instância pela Lava-Jato a 10 anos e três meses de prisão por corrupção passiva e lavagem de dinheiro indeferiu o recurso por entender que a definição de uma ordem para a apresentação de alegações finais não está prevista no Código de Processo Penal, na lei que disciplina as delações premiadas nem na jurisprudência do STF.

Na decisão em alhures houve uma clara incidência do Ativismo Judicial, uma vez que o STF está criando uma regra nova, não prevista no Código de Processo Penal, na lei de delação premiada ou na própria Jurisprudência do STF.

4.OS PROBLEMAS DECORRENTES DO ABUSO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Diante de um cenário bastante politizado, com grande incerteza sob o futuro, num Brasil cercado de problemas, no dia 17 de outubro de 2019, voltou a ser votado pelo Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade da prisão após sentença condenatória em 2ª instancia.

Em fevereiro de 2016, o plenário do STF no julgamento do HC 126.292 decidiu pelo início do cumprimento de sentença após a condenação em 2ª instância, pacificando por pouquíssimo tempo o tema em questão.

Nesta época a linha de pensamento vencedora por 6 votos a 5 foi a de que é possível o cumprimento da pena após a condenação por órgão colegiado em segunda instância, como um TJ ou TRF por exemplo, mesmo que ainda tenham recursos cabíveis para instâncias superiores. Já a tese derrotada era a de que o princípio da presunção de inocência prevalecesse até o trânsito em julgado, entretanto, a maioria dos ministros entendeu de maneira diversa.

Agora, novamente, o tema voltou a ser debatido pelo Supremo Tribunal Federal como se este fosse o único problema enfrentado no Brasil, como se o órgão não tivesse milhares de outros processos pendentes de um julgamento, como no absurdo caso do aposentado que esperou por uma decisão do órgão, até morrer após longos 11 anos de espera.

Ao fim do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, novamente o Supremo Tribunal Federal mudou seu entendimento e passou a não ser mais cabível a execução provisória da pena após sentença condenatória proferida por órgão colegiado, passando a reconhecer a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, então a imperando o princípio da presunção de inocência consubstanciado no art. 5°, LVII da Constituição federal.

Entretanto, não é objeto do presente trabalho, tratar sobre o acerto ou erro na proibição da prisão após condenação por órgão colegiado em segundo grau. O que nos cabe a debater, é a mudança repentina do entendimento sobre uma matéria que já deveria estar pacificada a muito tempo.

O principal ponto a se destacar é o voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que por muito tempo defendeu a possibilidade da prisão após sentença condenatória em segundo grau, tendo desta maneira votado quando o tema foi à tribuna em 2009, além de se encontrar o mesmo posicionamento em sua grande obra, Curso de Direito Constitucional (2018. p. 846), da qual é possível se retirar desde as primeiras edições até a presente o seguinte trecho:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos.

Já em seu voto no julgamento das ADC's, de maneira surpreendente, o Ministro foi contra tudo que defendeu por tanto tempo e votou de maneira diversa, vejamos:

> Todavia, a realidade é que, após o julgamento de 2016, os Tribunais brasileiros passaram a compreender essa possibilidade como um imperativo. Entendeu-se, equivocadamente, que estávamos determinando a prisão em segundo grau sem nenhuma avaliação acerca da eventual controvérsia, da possibilidade de recurso, da observância inclusive da jurisprudência de tribunais superiores e ainda quanto à possibilidade de a decisão de segundo grau estar em contradição com entendimento do STJ ou do Supremo em determinadas matérias
>
> (...)
>
> Posteriormente, em 4.4.2018, o Plenário julgou o HC 152.752/PR (DJe 27.6.2018), que tinha como paciente o ex-presidente Luís Inácio Lula as Silva, quando novamente me manifestei no sentido de que o julgamento pelo STJ seria a opção que confere maior segurança à execução provisória da pena. Isso porque, como anteriormente citado, o STJ pode corrigir questões relativas à tipicidade, à antijuridicidade ou à culpabilidade do agente, alcançando inclusive a dosimetria da pena. Esse novo marco, com o fim da prisão automática no segundo grau, consubstancia apenas um ajustamento do momento inicial para a execução da pena, mais consentâneo com o nosso ordenamento jurídico e com a nossa realidade.
>
> (...)
>
> **Diante do exposto, acompanho o relator, para julgar procedente o pedido desta ADC, de modo a declarar a**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> **constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, determinando que "ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva"**. É como voto.
>
> **(grifo nosso)**

Essa sequência de decisões cercadas de "indecisões", com um reexame frequente sobre o mesmo assunto trazem consigo um cenário bastante conturbado de Insegurança Jurídica. A Segurança Jurídica é uma forma que o cidadão possui de garantir seus direitos e deveres frente o Estado e os demais cidadãos.

Neste sentido, aduz Canotilho (2000, p. 256) que:

> O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito.

Como o próprio nome remete, a segurança deveria aparentar termos a certeza de cumprimento do que está estabelecido em lei, o que não se verifica no caso em alhures, visto que não há uma certeza quanto ao tema em questão, e ao invés de após vários julgamentos o Supremo Tribunal Federal aplicar a jurisprudência, reexaminou novamente o tema até que o resultado do julgamento apontou para o rumo das opiniões e desejos pessoais dos julgadores, em um claro caso de Ativismo Judicial.

CONCLUSÃO

Diante disso, definidos a competência de cada um dos poderes institucionais, bem como do sistema de freios e contrapesos que foi implantado no Ordenamento Jurídico brasileiro, pode-se vislumbrar o atual cenário de Judicialização da Política na atualidade,

Tendo em vista o exposto, conclui-se que o Ativismo Judicial é causador de um grave problema ao estado democrático de direito, pois esta atuação proativa e extensiva que ultrapassa os limites constitucionais que são impostos ao Poder

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Judiciário pela Constituição geram um terrível cenário de Insegurança Jurídica e, portanto, deve o poder Judiciário se resguardar ao seu papel de julgar, deixando o papel de "criador de leis" para o Legislativo respeitando-se o princípio constitucional da tripartição dos poderes.

Já em relação ao Supremo Tribunal Federal, assevera-se que sua responsabilidade consiste na garantia do respeito à Constituição Federal e pelo cumprimento da lei, e como responsável pela lei máxima do país, ou seja, como o grande guardião da Constituição Federal, portanto, deve concentrar suas ações como um tribunal constitucional e se afastar do tribunal penal em que está se transformando.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) thesis**, v. 5, n. 1, 2012. p. 6.

BRASIL. [Constituição Federal (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, [2016] Brasilia. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Constitucionalidade n° 43/DF - Distrito Federal**. Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Requerente: Partido Ecológico Nacional e outros. Relator: Min. Marco Aurélio. Resumo do Voto Min. Gilmar Mendes. 7 de novembro de 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes1.pdf. Acesso em: 22 out. 2019. p. 15-32.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro.** Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento

das condições da ação. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. 5 de maio de 2011. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633. Acesso em: 20 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão n° 26/DF - Distrito Federal.** Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, proposta pelo PARTIDO POPULAR SOCIALISTA - PPS, para o fim de obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia. Requerente: Partido Popular Socialista – PPS. Relator: Min. Celso de Mello. 13 de junho de 2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf. Acesso em: 29 out. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 2 ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1998. p. 256.

_____, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da** Constituição. Op. Cit. P. 252. 7ª Ed.. São Paulo: Almedina, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional **–** Teoria do Estado **e da Constituição – Direito Constitucional Positivo**. 16 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Trad. Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A Constituição Brasileira de 1988: interpretações**. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p.187.

_____, Ives Gandra da Silva. Insegurança Jurídica e o Judiciário. **Revista do Sescon - SP –** Direito e Justiça. São Paulo, Ano XXIX, n° 351, ago., 2018, p. 12.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe.** Trad. Pietro Nassetti. 2. Ed. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1. ed. Santa Catarina: SAFE – FABRIS, 1998. p. 38.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2018. p. 846.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 416.

PLATÃO. **A República. Trad. Enrico Corvisieri**, São Paulo: Nova Cultural, 2004.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Livraria do Advogado Editora, 2018.

VIEIRA, José Ribas. **Revista Estação Científica.** Verso e Reverso: A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial no Brasil. Juiz de Fora, V.01, n.04, out. nov. 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário.** Trad. De Juarez Tavares**.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 87.

---

[1]Marcus Vinicius do Nascimento Lima, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. e-mail: marcus.n.lima@gmail.com

[2] MARTINS, Ives Gandra da Silva. Insegurança Jurídica e o Judiciário. **Revista do Sescon-SP – Direito e Justiça**, p. 12, São Paulo, Ano XXIX, n° 351, ago., 2018.

[3] Cf. ADPF 132, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, 05.05.2011.

[4] Cf. ADO 26, Rel. Min. Celso de Mello, 13.06.2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A ÁGUA COMO DIREITO HUMANO

RUTH HELENA SILVA VASCONCELOS PEREIRA: Advogada da União, pós-graduada em Direito Empresarial e mestranda em Derecho de las Relaciones Internacionales y de la Integración en América Latina pela Universidad de la Empresa de Montevideu/Uruguai.

RESUMO: A água é um recurso natural indispensável e que se encontra distribuído de maneira irregular pelo planeta, havendo regiões que dispõem abundantemente desse recurso enquanto outras sofrem de sua insuficiência. As relações entre Direito Internacional Humanitário e a água, em qualquer de suas dimensões, são inúmeras e envolvem desde regulação internacional até regional e bilateral, bem como cooperação para compartilhamento e/ou exploração. Os principais precursores jurídicos acerca da "água" como tema central passam por uma evolução desde o uso da água e dos aquíferos com vieses notadamente comerciais e estratégicos para uma abordagem ambiental e humana, gerando uma série e de institutos que vão se agregando ao longo do tempo para o entendimento atual da água como um direito humano. Em 28 de Julho de 2010 a Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução A/RES/64/292, declarou a água limpa e segura e o saneamento um direito humano essencial para gozar plenamente a vida e todos os outros direitos humanos. A comunidade internacional passa a aceitar a ideia cuidado coletivo da água como um bem não só econômico, mas fundamental para a vida humana e para o desenvolvimento, devendo ser preservada e protegida em sua totalidade.

Palavras-chave: Direito à água. Direitos Humanos. Comunidade Internacional. ONU.

RESUMEN: *El agua es un recurso natural indispensable y que se encuentra distribuido de manera irregular por el planeta, habiendo regiones que disponen abundante de ese recurso mientras que otras sufren de su insuficiencia. Las relaciones entre el derecho internacional humanitario y el agua, en cualquiera de sus dimensiones, son innumerables e implican desde la regulación internacional hasta regional y bilateral, así como la cooperación para compartir y / o explotación. Los principales precursores jurídicos sobre el agua como tema central pasan por una evolución desde el uso del agua y de los acuíferos con vicios notadamente comerciales y estratégicos para un enfoque ambiental y humano, generando una serie y de institutos que se van agregando a lo largo del proceso tiempo para el entendimiento actual del agua como un derecho humano. El 28 de julio de 2010, la*

Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de la Resolución A / RES / 64/292, declaró el agua limpia y segura y el saneamiento un derecho humano esencial para gozar plenamente de la vida y todos los demás derechos humanos. La comunidad internacional pasa a aceptar la idea de cuidado colectivo del agua como un bien no sólo económico, sino fundamental para la vida humana y para el desarrollo, y debe preservarse y protegerse en su totalidad.

Palabras clave: *Derecho al agua. Derechos humanos. Comunidad Internacional. ONU.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

INTRODUÇÃO

A água é um recurso natural precioso sem o qual os seres não podem sobreviver. Trata-se de bem essencial para a existência da vida no planeta e para o desenvolvimento humano sustentável, a figurar como objeto de grande relevância a ser discutido. Por se revestir de caráter transindividual e que perpassa interesse de cada Estado isoladamente, deve ser abordado à luz do estudo do Direito Internacional e dos Direitos Humanos.

O presente trabalho se propõe demonstrar a necessidade imperiosa de que haja uma iniciativa político-jurídica conjunta das Nações/Estados para um tratamento jurídico internacional da água.

Nesse passo, temos como objetivo geral demostrar que a água é um bem social, ambiental, econômico, à luz de direitos humanos e de sua relevância para a comunidade internacional. Por sua vez, como objetivos específicos, deve abordar o tema no sentido de demostrar que a água pode ser objeto de conflito entre povos, a demandar a necessidade de interveniência de organismos internacionais para disciplinar o acesso à agua, tal como a Convenção das Nações Unidas sobre o acesso à agua.

A fim de realizar o presente estudo, adotou-se uma pesquisa de natureza qualitativa, utilizando-se do método hipotético-dedutivo para demonstrar o tratamento da comunidade internacional através da Convenção das Nações Unidas sobre o acesso à agua e entendimentos jurídicos internacionais utilizados na construção de um pensamento adequado à questão, a fim de garantir seu uso proveitoso, sustentável e pacífico de importante.

O desenvolvimento e o referencial teórico sobre os quais a presente pesquisa se constitui terão por base estudos doutrinários e levantamentos bibliográficos como principal recurso metodológico, de modo a respaldar as observações em

evidência, dando sentido aos argumentos que serão demonstrados no escopo do estudo.

Nesse sentido, o presente trabalho foi dividido em três Capítulos. O primeiro, abordará aspectos conceituais traçando as ligações entre desenvolvimento sustentável, direito internacional e a água. Notadamente, o referido capítulo tratará do Direito Internacional do meio ambiente dentro do universo dos direitos humanos. Ainda, da água como fonte de conflitos e o Direito Internacional e Humanitário da água.

Posteriormente, serão apresentados alguns marcos na jurisprudência internacional e que tiveram importância determinante para resultar em Convenções das Nações Unidas sobre o acesso à água.

Por fim, segue o ponto principal do desenvolvimento do presente trabalho, em que se aborda especificamente a água como Direito Humano e a analisa além de um bem social, ambiental e econômico, consubstanciando-a um direito humano a um meio ambiente seguro, saudável e sustentável.

1. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, DIREITO INTERNACIONAL E ÁGUA

1.1 Direito internacional do meio ambiente e direitos humanos

Em linhas gerais, os direitos humanos são os direitos pertencentes a todos, sem qualquer distinção, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, entre outros, sendo que tal expressão está ligada ao direito internacional público, tendo sua proteção dada pelo ordenamento jurídico internacional através tratados, convenções, declarações, etc.

Segundo a ONU (Organização das Nações Unidas) "Os direitos humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição".

Seu conceito tem por base a doutrina jusnaturalista, pois seriam direitos inatos ao ser humano somente pela sua qualidade de ser um humano, possuindo como principais características a universalidade, pois são criados para proteger todas as pessoas, de igual forma; a indisponibilidade/inalienabilidade, já que não possuem conteúdo econômico, também não podem ser transferidos ou cedidos; são inter-relacionados/complementares, visto que possuem uma relação de interdependência, devendo todos eles serem respeitados; enfim, são direitos fundados da dignidade da pessoa humana e no valor que cada ser humano possui.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No ano de 1948, após o período pós-segunda guerra mundial, dadas as condições de terror pela qual o planeta Terra acabara de passar, foi então elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo o marco para a sua proteção, desenvolvimento e o meio pelo qual estes direitos obtiveram uma forma legal.

Vejamos o que informa o preâmbulo da referida declaração:

> Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,
>
> [...]
>
> Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,
>
> [...]
>
> Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla
>
> Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades humanas fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,
>
> [...]

Assim, percebe-se que a Declaração Universal teve o objetivo bem claro não só de firmar o reconhecimento, mas também de proteger todos os indivíduos existentes no planeta, sem qualquer distinção, conferindo a todos dignidade e valor humano, atestando que todas as pessoas são dotadas de direitos e de liberdades humanas fundamentais, considerando que "direitos iguais e inalienáveis são o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo".

Outrossim, dada a vasta gama de direitos protegidos pelo referido documento, transcreverei aqui apenas o artigo terceiro, dada sua relevância para esta pesquisa, vejamos: "*Artigo III - Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.*"

O direito a vida não consiste apenas no direito à sobrevivência, mas ao acesso a uma vida digna e a um meio ambiente saudável, o qual diz respeito à poluição, à pesca, ao mar e a sua exploração, a energia nuclear, ao lixo tóxico, a proteção do clima, ao aquecimento global, a biodiversidade, conservação de espécies e espécimes, etc.

Dessa forma, com o aumento da temperatura global, dos altos índices de poluição causado pelo consumo desenfreado, com desmatamento da fauna, da flora e a degradação ambiental, a partir dos anos 60 a 70, começou-se a ter uma maior conscientização sobre a necessidade da proteção da natureza e com isso surgiram vários instrumentos internacionais de proteção ao meio ambiente. Vejamos: Convenção Africana para a Conservação da Natureza e Recursos Naturais de 1968, assinada na Argélia; Convenção de Terras Úmidas de Importância Internacional assinada em 1971 no Irã, conhecida como Convenção de Ramsar; Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial Cultural e Natural assinada em Paris; Convenção das Nações Unidos sobre o Direito do Mar de 1992, conhecida também como Convenção de Montego Bay; Convenção para Proteção do Ambiente Marinho no Atlântico, conhecida como Convenção OSPAR; Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas assinada na cidade de Nova Iorque em 1992; Protocolo de Quioto de 1997 que limita a quantidade dos gases de efeito estufa; Convenção de Viena para Proteção da Camada de Ozônio assinada 22 de março de 1985; Protocolo de Montreal de Substâncias que Diminuem a Camada de Ozônio; Convenção de Viena de 2004; Convenção sobre a Transmissão de Poluentes Atmosféricos de 1979; Convenção de Combate a Desertificação em Países com Seca ou Desertificação assinada em 17 de junho de 1994; Convenção das Nações Unidas sobre a Biodiversidade, entre outras (CASTRO, 2009, p. 135).

Finalmente, no dia 28/07/2010, a Assembleia Geral da ONU declarou que o acesso à água limpa e segura é um direito humano fundamental, aprovando a Resolução A/RES/64/292 na sede das Nações Unidas em Nova York.

1.2 A água como fonte de conflitos

A água é um recurso natural indispensável, que se encontra distribuído de maneira irregular pelo planeta, havendo regiões que dispõem abundantemente desse recurso enquanto outras sofrem de sua insuficiência. Por isso, ao longo da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

história a água tem sido fonte de conflitos, entretanto o problema tem ganhado proporções cada vez maiores.

Um dos locais onde mais ocorre e pode acontecer conflitos pela água é o Oriente Médio. Durante a Guerra dos Seis Dias, em 1967, Israel invadiu a Síria não apenas pela sua posição estratégica, mas também por acolher o Rio Jordão.

Nos dias de hoje, a população da Palestina é frequentemente impedida de ter acesso às fontes desse recurso pelo governo de Israel, o que aumenta a instabilidade política em uma região com poucos recursos hídricos.

A Turquia também sofre com a inconstância geopolítica com o Iraque e a Síria em virtude da água, uma vez que sírios e iraquianos são abastecidos pelos rios Eufrates e Tigre, que tem suas nascentes em território turco. No ano de 2009 o fluxo dos rios diminuiu e o Iraque acusou a Síria e a Turquia de usarem água dessas fontes mais do que lhes seria devido, ocasionando escassez de água no país. Entretanto, a polêmica em torno desses rios é ainda mais antiga, em 1998 os turcos deram início a construção de represas nesses rios, o que diminuiu suas vazões e quase houve conflito entre a Turquia e a Síria.

Por sua vez, o Rio Nilo passa por uma disputa semelhante entre Etiópia, Egito e Sudão. Assim como em outras regiões do mundo, mas não apenas quanto à água em si considerada, incluindo o controle de suas nascentes, que podem ser consideradas como fonte de energia.

Na década de 1960, o Brasil e o Paraguai discutiram em virtude do projeto de construção de uma hidroelétrica que a princípio seria totalmente brasileira, teria o mesmo potencial de Itaipu e que poderia ser ainda mais produtiva. O Paraguai havia solicitado que o Brasil considerasse que "as sete quedas" seria uma área de litígio entre os dois países, já que área acima de Setes Quedas está no Paraguai, o que não foi admitido pelo Brasil e gerou um conflito político entre eles.

Essa desavença encerrou-se em 1966 quando assinaram a Ata do Iguaçu, na qual o Brasil assentiu com a construção de uma hidroelétrica no rio Paraná, feita em condomínio com o Paraguai. No ano de 1973, foi assinado o tratado de Itaipu, a construção do empreendimento iniciou no ano de 1975, começando a produzir energia em 1989.

Essa mesma hidroelétrica também foi motivo de discórdia com a Argentina, que tinha intenção de construir uma usina com o Paraguai no mesmo Rio e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

questionou que o nível do rio Paraná sofreria com a construção da barragem e, consequentemente, prejudicaria a construção da barragem por eles almejada.

Entretanto, diferentemente do que pode parecer, os conflitos em virtude desse recurso natural não estão adstritos a disputas internacionais. No Brasil, um dos nossos maiores rios é a esperança de alguns entes federados de mitigar o sofrimento com as estiagens prologadas de várias cidades.

A origem da ideia de transpor as águas do Rio São Francisco surgiu no ano 1847, quando apresentado ao Parlamento e a Dom Pedro II um projeto de construção de barragens e canais que levariam água desse Rio para as mais secas regiões do Nordeste, reaparecendo várias vezes no decorrer dos anos, mas constantemente acompanhado de opiniões contraditórias, em virtude de interesses particulares e de regiões desfavorecidas.

Em 1980 ocorrem os primeiros estudos de viabilidade, no ano de 2001 tiveram várias manifestações da população da região ribeirinha contrária à transposição do rio São Francisco, no mesmo ano o Governo Federal desiste da transposição e este projeto é substituído por um denominado como Revitalização do Rio São Francisco. No ano de 2004 o projeto é reelaborado, surgindo mais uma vez inúmeros conflitos de interesses, contudo em 17 de janeiro de 2005 a transposição finalmente é aprovada pelo conselho nacional de recursos hídricos e em 2007 deram início as obras que estavam previstas para serem concluídas em três anos, mas até hoje elas não foram concluídas.

Desse modo, observamos que os conflitos ao redor desse recurso natural sempre existiram e afetam não só relações internacionais, sendo objeto de disputas políticas e sociais internas no Brasil. Senário esse que tende a se tornar cada vez mais grave com a diminuição das reservas de água potável do planeta, que pode presenciar um número sem precedentes de conflitos pela água.

1.3 O Direito Internacional Humanitário e a água

A água é recurso natural essencial ao pleno desenvolvimento humano e o fato de estar desigualmente distribuída entre os países e regiões do mundo faz com que essa questão também seja de interesse do direito internacional, com destaque para o direito internacional humanitário.

As relações entre Direito Internacional Humanitário e a água, em qualquer de suas dimensões, são inúmeras e envolvem desde regulação internacional até regional e bilateral, bem como cooperação para compartilhamento e/ou exploração.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com efeito, o direito do mar é um dos segmentos mais tradicionais do direito internacional, sendo tema de atenção do jurista clássico Hugo Grotius. Na atualidade, essa matéria se encontra basicamente regulada pela Convenção de Montego Bay de 1982, que instituiu tribunal especializado no direito do mar, além de que definiu que os Estados podem exercer soberania plena sobre o Mar Territorial (que vai da linha de maré baixa até 12 milhas náuticas).

No caso do direito marítimo, a preocupação humanitária com a água, evidentemente, não se deve ao seu consumo, mas sim ao seu caráter de meio de comunicação, e também quanto de delimitação das plataformas continentais dos Estados.

Quanto às águas de superfície, quando transfronteiriças, também ensejam aplicação do Direito Internacional. Citam-se, como exemplo, os Aquíferos Guarani e SAGA. O Brasil possui gestão compartilhada dessas águas com seus vizinhos, estando todos obrigados a proteger os aquíferos de contaminações e a usufruí-los de forma sustentável. Em 2012, o Brasil assinou o Plano Amazônia com os países vizinhos – membros da Organização do Tratado de Cooperação Amazônica (OTCA) no intuito de estabelecer regras acerca do uso dos aquíferos amazônicos.

Ainda no âmbito sul-americano, o avanço da integração regional, a partir da ALALC (1960), viabilizou a celebração de acordos prevendo o uso conjunto de recursos hídricos, como o Tratado da Bacia do Prata, no final da década de 1960.

A relação entre água os direitos humanos, como se pode observar, é mais muito antiga, mas foi somente recentemente que se desenvolveu maior preocupação da comunidade internacional com a importância de se regular a exploração desse bem.

Enquanto recurso fundamental ao ser humano, a questão água passou a ser abordada pelas declarações de direitos humanos aprovadas no pós-Segunda Guerra Mundial e pela aprovação, em 1966, do Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.

Portanto, pode-se perceber que a plena realização de direitos humanitários básicos como o direito ao transporte e comunicações, além do direito à saúde, à alimentação adequada e à vida digna dependem, em boa medida, do acesso a recursos hídricos, e por esse motivo que este recurso tão importante e fundamental deve possuir uma regulação de âmbito internacional de caráter humanitário.

2. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O ACESSO À ÁGUA

2.1 Precursores da Convenção

Segundo informa Douglas de Castro (2009, p. 82), doutrinadores como Guido Soares, Alexandre Kiss e MacCafrey destacam ser casos de maior relevância para o assunto no âmbito internacional os relativos à Comissão Internacional do Rio Oder; desvios de água do Rio Mosa; Estreito de Corfu; Lago Lanoux; Projeto Gabcikovo-Nagymaros; e, Fundição Trail.

Dentre tais enfoques, afirma que o caso da Comissão Internacional do Rio Oder reproduz aspecto mais puramente relacionados ao direito internacional do meio ambiente.

2.1.1 Comissão Internacional do Rio Oder

A Comissão Internacional do Rio Oder formou-se em virtude de uma consulta pública feita por seis países europeus (Alemanha, Dinamarca, França, Reino Unido, Tchecoslováquia e Suécia), pois a Polônia havia restringido a navegação de navios com as bandeiras respectivas em dois afluentes que correm exclusivamente em território polonês, os rios Warta e Notéc, e já que o Tratado de Versailles previu que todo rio com acesso ao mar possuem status internacional.

Concluiu-se pela necessidade da utilização de princípios de direito internacional fluvial no julgamento e que os estados que compartilham rios internacionais possuem comum interesse também na parte não navegável. Entretanto, nem todos os Estados banhados por tais cursos d'água dispõem dos mesmos direitos de forma igualitária, já que estão atrelados à hidrografia específica de cada país, consagrando o atual princípio da utilização racional (CASTRO, 2009, p. 84).

2.1.2 Desvios de água do Rio Mosa

O litígio relacionado à utilização do Mosa (Bélgica e Países Baixos) girou em torno da realização de obras de irrigação e navegação por parte da Bélgica no corpo do rio, violando, desta maneira, Tratado de 1863, que dispunha sobre questões envolvendo o uso do aquífero.

A Corte Permanente de Justiça Internacional acatou os argumentos dos Países Baixos de que a Bélgica violou direito daqueles e defendeu a soberania de cada Estado no uso de seus recursos hídricos, sem que interferência no nível normal das águas e em sua fluidez para aqueles a jusante.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A ideia evoluiu atualmente entende-se que mesmo os Estados a jusante devem resguardar interesses dos Estados a montante, pois poderia ocorrer de um represamento daquele causar prejuízos diretos ou indiretos aos últimos.

2.1.3 Caso do Estreito de Corfu

Na discussão em tela, Reino Unido e Albânia litigam na Corte Internacional de Justiça com fim de verificar se o Estado albanês teria responsabilidade na colocação de minas explosivas no Estreito de Corfu e que acarretaram a destruição de navios e morte de tripulantes ingleses.

Concluiu-se pelo direito de passagem inocente do Reino Unido e, por consequência, que o exercício deste direito não violaria a soberania albanesa.

Tendo em vista que não se comprovou que os explosivos teriam sido instalados pela Albânia, mas que não poderiam ter sido colocados sem o consentimento deste país, ele deveria sinalizar a todos navios que ali passassem serem alertados do iminente perigo.

Tal decisão baseia-se nos princípios elementares de humanidade, liberdade de comunicação marítima, bem como naquele que dispõe que os Estados não devem utilizar seus territórios para atos contrários ao direito de seus pares.

2.1.4 Caso do Lago Lanous

O desvio das águas do Lago Lanous pela França para construção de hidroelétrica em 1950 acarretaria impactos negativos para a Espanha.

A questão foi submetida ao Tribunal Arbitral internacional, que atestou não ter havido a violação alegada pela Espanha, mas que reconheceu o direito de existência de fluidez dos recursos hídricos de um para outro Estado. Fez, ainda, importantes considerações que tornaram este caso emblemático para o estudo da utilização de cursos d'águas internacionais para fins distintos da navegação no âmbito do direito internacional geral.

2.1.5 Projeto Gabcikovo-Nagymaros

A casuística atual trata de utilização de cursos d'água internacionais para fins diversos da navegação e detém enorme relevância para a temática da humanização do uso da água, reconhecendo-a como um bem em si mesma.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Apresentou-se à Corte Internacional litígio sobre o projeto de construção e operação de sistema de eclusas no Rio Danúbio, em razão de intensas críticas de natureza ecológica pela Hungria, que decidiu unilateralmente romper o tratado e abandonar a obras ali iniciadas em consórcio com a Eslováquia.

Concluiu-se, desta feita, que a qualidade da água deveria ser assegurada, bem como infirmou-se a necessidade precípua da proteção do meio ambiente.

2.2 *Institut de Droit Internacional (IDI)* e *International Law Association (ILA)*

Tratam-se de organizações internacionais com vistas à produção de normas (regras e recomendações) para o aperfeiçoamento do direito internacional. Dentre elas, são as principais referentes à temática da água as seguintes: Resolução de Madrid de 1911 sobre a regulamentação internacional quanto à utilização de cursos d'água internacionais (IDI); Resolução de Sauzburg de 1961 sobre o uso de águas internacionais não marítimas (IDI); Resolução de Atenas de 1979 sobre poluição de rios e lagos e direito internacional (IDI); e, Regras de Helsinque quanto ao uso da água em rios internacionais de 1966 (ILA).

O importante trabalho do IDI demonstra a evolução no âmbito do direito internacional dos cursos d'água no que se refere à visão quanto aos usos distintos da navegação, bem como a aplicação de regras para bacias hidrográficas como um todo e não só para águas de superfície. Ainda, demonstra o aumento significativo de mecanismos que auxiliarem no surgimento das modernas juntas de gerenciamento conjunto e a de que os interesses dos Estados ribeirinhos que compartilham água devem ser utilizado de maneira equitativa e razoável.

Por sua vez, o ILA representa importante trabalho no que diz respeito à participação pública na gestão de recursos hídricos, gerenciamento conjunto, gestão integrada, sustentabilidade, minimização dos danos ambientais, além de cooperação, utilização equitativa e prevenção de danos transfronteiriços.

2.3 As Convenções

Diante da evolução do pensamento acerca do uso da água descrito em tópico anterior, bem como da ação de diversos organismos e tratados internacionais relativos ao uso da água e direitos humanos, a Convenção das Nações Unidas sobre o acesso à Água é consecutivo lógico que reúne de forma ainda mais abrangente todo o debate envolvendo esse bem da vida indispensável à saúde e ao desenvolvimento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Importante destacar que, em razão do caráter transindividual atribuído à água como um direito humano, incluindo na discussão a questão sanitária, as NNUU, em caráter comercial e no tocante ao uso de aquíferos para fins de navegação comercial, emana convenção diversa da necessária ao estudo atual.

Assim, atualmente tem-se associado à ideia da água e da saúde humana direitos básicos de saneamento, compondo a meta do objetivo de Desenvolvimento do Milénio a redução significativa da proporção de população sem acesso sustentável a água potável segura e a saneamento básico.

Em 28 de Julho de 2010, a Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução A/RES/64/292, redigida pela Bolívia, declarou a água limpa e segura e o saneamento um direito humano essencial para gozar plenamente a vida e todos os outros direitos humanos.

Nos dizeres de Ban Ki-Moon, "a água potável segura e o saneamento adequado são fundamentais para a redução da pobreza, para o desenvolvimento sustentável e para a prossecução de todos".

3. ÁGUA COMO DIREITO HUMANO

3.1 Água como bem social e ambiental

A água é um recurso natural de uso comum do povo, caracteriza-se por ser renovável, porém limitado, essencial para vida e para equilíbrio ecológico. Trata-se de um bem ambiental de uso comum do povo, uma vez que todos têm o direito de usá-la.

A água não é um bem passível de apropriação pelo homem, além disso, é compreendida como um recurso findável, porque se for mal utilizado, não houver sua conservação e associado à poluição, pode resultar na extinção desse bem extremamente precioso, tanto para a sobrevivência humana, quanto para a manutenção do equilíbrio ecológico.

Nesse sentido, Frederico Amado, nos ensina sobre a água:

> Atualmente se reconhece a água como um recurso natural renovável (ciclo hidrológico), porém limitado, dotado de economicidade, pois há um custo ambiental no seu uso que deverá ser mensurado pecuniariamente a fim de racionalizar o seu consumo, mas sem privar a população carente do mínimo necessário à sua dignidade. (AMADO, 2014. Pag. 204)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Assim, como explicado pelo doutrinador supramencionado, a água se constitui por recurso renovável, ou seja, pode ser reutilizada de forma sustentável e consciente, porém é um recurso limitado, e que mesmo sendo legítima a cobrança por sua captação e serviços, não se pode privar àquelas pessoas mais carentes do uso necessário para viver com dignidade.

O doutrinador, EdisMilaré, nesse mesmo sentindo explica a importância da água para o ser humano, vejamos:

> [...] ela participa com elevado potencial na composição dos organismos e dos seres vivos em geral, e suas funções biológicas e bioquímicas são essenciais, pelo que se diz simbolicamente que a água é elemento constitutivo da vida. Dentro do ecossistema planetário, seu papel junto aos biomas é múltiplo, seja como integrante da cadeia alimentar e de processos biológicos, seja como condicionantes dos diferentes "habitats". (MILARÉ, 2004)

A afirmação acima elencada vem para corroborar com o entendimento de que a água é o elemento constitutivo da vida, ou seja, sem esse bem se torna impossível à manutenção da vida, entendida esta como sendo tanto animal quanto vegetal.

A ação humana ao não utilizar tal recurso de forma racional tem causado impactos negativos consideráveis, tais como poluição, secas e inundações. Muitos têm a ideia de que a água não vai acabar, e se isso acontecer será em um futuro muito distante, e até lá já deverão ter se encontrado algum meio que solucione a falta dela. Entretanto, esta forma de pensar e agir estão fazendo com que o ser humano acabe com o recurso vital a sua própria existência.

Destarte, esse não é um pensamento muito válido olhando pela perspectiva dos dados que disponíveis, vez que, muito embora o planeta terra tenha 70% (setenta porcento) de sua superfície composta por água, quase todo este porcentual não é água potável. Ou seja, apenas 3% (três porcento) dessa água é constituída por água doce. Sendo que desses 3% (três porcento), 2% (dois porcento) encontra-se nas calotas polares e nas geleiras. Os lençóis subterrâneos, lagos, rios e a atmosfera computam apenas 1% (um porcento). Assim sendo, 97% (noventa e sete porcento) da água do planeta se constitui por água salgada, sendo imprópria para o consumo humano.

Para a ONU essa quantidade seria mais do que suficiente para que toda população vivesse de forma digna, isso se não houvesse tantos desperdícios e poluição no mundo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por tal fato, a comunidade internacional passa a aceitar a ideia do cuidado coletivo da água como um bem não só econômico, mas fundamental para a vida humana e para o desenvolvimento, devendo ser preservada e protegida em sua totalidade.

3.2 A água como bem econômico

Os manuais de economia dividem os bens em livres, abundantes, econômicos e escassos. A água é um recurso limitado e a maior quantidade existente no planeta não pode ser consumida pelo homem, por ser salgada. A sua escassez manifesta-se na falta e no conflito de uso; neste último caso, porque, além do abastecimento humano, é utilizada em outras atividades produtivas, na geração de energia, na navegação e no saneamento básico.

O consumo da água é regulado, sobretudo, pelo preço: o consumidor urbano paga a conta de água pelos serviços de captação, tratamento e distribuição, bem como de esgoto sanitário; e o agropecuarista (mais, o irrigante) e o industrial, geralmente se submetem a cotas de uso ou outorgas de direito de uso, pela retirada, consumo e pelo lançamento de efluentes.

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS): "atualmente cerca de 1,2 bilhões de pessoas não tem acesso à água potável no mundo, sendo sua maioria em países africanos e do Oriente Médio." E acrescenta que "se o consumo de água continuar de forma desenfreada assim como sua poluição até o ano de 2025 serão cerca de 2,8 bilhões de pessoas de 48 países diferentes que viverá em situação de escassez total de água". Ou seja, a teor dos dados apresentados, "será um total de um terço da população mundial que sofrerá por falta desse recurso".

Muitos veem este caráter econômico atribuído á água de uma forma negativa, que compreende que por ser um recurso natural que está á disposição de todos os cidadãos a sua disponibilidade deve ser gratuita.

Entretanto, deve ser estabelecido um valor entre a lei da "*oferta x procura*", porque a certos lugares não há considerável escassez de água, enquanto há outros que essa escassez é uma realidade marcante. Mas, isso mostra a visão errônea da sociedade diante de uma questão de suma importância para humanidade.

Visto que em época de crise, não se cobrar pelo uso da água faz com que o consumo seja exagerado e o desperdício aumente.

Neste contexto, Cavalcanti (2001, p. 68) preleciona:

> A realidade da economia não pode estar dissociada, do que acontece no meio ambiente. Antes, regulam-se inteiramente pelos mesmos princípios que governam o ecossistema, precisando deste para as necessidades de um elenco de serviços ecológicos providos pela natureza – desde a regulação dos ciclos hidrológicos, feita pelas florestas, à filtração de poluentes, efetuada pelos pântanos, à ação microbiana no solo, etc.

Desta forma, percebemos que os recursos naturais importantes influenciadores da economia. Assim, dizemos que a economia é composta por três elementos básicos importantes que são eles o trabalho, capital e recursos naturais.

A grande ligação da água com a economia, já que ambas se relacionam e que todos os recursos são essenciais e indispensáveis para a produção de alimentos, bens e serviços o que surge a preocupação de que a água consumível no planeta não seja suficiente para atender as necessidades básicas da população.

A grande preocupação é que o valor econômico da água vem crescendo na mesma proporção de que sua escassez. A água é dotada de valor econômico, e com sua escassez a sua valoração implica em sua cobrança, desta forma para que seu uso passe a ser conscientizado ao invés de seu desuso, desperdício e poluição.

A água tem se tornado um bem cada vez mais valioso, sendo chamada por muitos cientistas do ramo por "Ouro Azul". Em um trabalho publicado no "Proceeding of the National Academy of Sciences of the United States" estima-se que entre os anos de 2005 e 2009 foram negociados cerca de meio trilhão de metros cúbicos de água potável em acordos de compra ou leasing de terras entre empresas e países.

As nações que mais se utilizam de recursos hídricos de outros países são a China, Egito, Israel, os Emirados Árabes, o Reino Unido e os Estados Unidos. Uma das regiões mais atingidas por esses acordos estão a República do Congo, na Indonésia e nas Filipinas. A pesquisa ainda afirma que cerca de 20% das terras do Uruguai já foram submetidas a algum tipo de negociação. Um dos fatores mais preocupantes é que todas essas negociações são feitas sem ouvir as comunidades locais sem nenhum planejamento ou sustentabilidade.

3.3 O direito humano a um meio ambiente seguro, saudável e sustentável

Na constante luta por novas liberdades - religiosa, civil, política, sociais, *etc* - nos deparamos com a crescente preocupação com o meio ambiente equilibrado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Busca-se, através disso, obter uma melhor qualidade de vida da sociedade. O direito de viver em um ambiente não poluído surge como um direito fundamental de terceira geração, através do qual não se vê apenas a figura do indivíduo, mas os grupos, a coletividade.

Em 1970, após uma grande mobilização da opinião pública europeia, foi celebrada a Conferência de Estocolmo, emergindo dai a ideia de se criar um protocolo complementar à Convenção Europeia dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais de 1950.

Dois anos após, em 1972, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, de 5 a 16 de junho daquele ano, foi proclamado nas considerações iniciais que:

> O homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar, sendo portador solene da obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras. A esse respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o "apartheid", a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira permanecem condenadas e devem ser eliminada.

A partir daí, cada vez mais se tornou evidente o vinculo existente entre os direitos humanos e a necessidade de um meio ambiente seguro, saudável e sustentável. Tanto é que, atualmente, a efetivação destes direitos representa uma das maiores buscas da humanidade.

O primeiro passo para o reconhecimento do direito ambiental como um direito humano fundamental foi dado pelo ecologista francês Jean Carlier, que levou à ONU, no ano de 1989, proposição para modificação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a fim de incluir esse direito. Surge, portanto, a ideia de que os indivíduos, organizações e os próprios países devem arcar com a responsabilidade pela preservação da qualidade da água, do solo e do ar.

Pode-se dizer que a inobservância dessas normas que visam proteger o meio ambiente, caracteriza claro desrespeito aos próprios direitos fundamentais reconhecidos internacionalmente, tais como à vida, à saúde, ao bem-estar, ao desenvolvimento sustentável, entre outros.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O meio ambiente, desta forma, é visto não apenas como um direito individual, mas sim um bem de interesse e de direito coletivo, universal fundamental da pessoa humana. Norberto Bobbio (1996) elucida que:

> Ao lado dos direitos, que foram chamados de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração... Sendo o mais importante deles reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver em um ambiente não poluído.

O direito ambiental, na moldura dos direitos humanos, impõe à toda humanidade o dever de (re)pensar um sistema ecológico de forma universal. A conscientização dos Estados sobre a essencialidade de tais recursos é emergencial. Nunes Junior (2004) preconiza que:

> Isso implica o surgimento de um novo Estado e de uma nova cidadania, que tem plena consciência da devastação ambiental, planetária e indiscriminada, provocada pelo desenvolvimento, aspirando assim a novos valores como a ética pela vida, o uso racional e solidário dos recursos naturais, o equilíbrio ecológico e a preservação do patrimônio genético.

Assim sendo, é clara ligação indissociável dos direitos humanos e o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Tais vínculos são evidenciados em diversos tratados internacionais, tais como: a Declaração das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano; a Declaração de Estocolmo de 1972; a Declaração de Haia de 1989; a Declaração das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento; a Declaração do Rio de Janeiro de 1992; o Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador de 17 de novembro de 1988), dentre outros.

4. CONCLUSÕES

O alcance de um verdadeiro desenvolvimento sustentável é crucial para que a água seja reconhecida ainda mais amplamente como um bem social, econômico e ambiental.

Não há dúvidas a respeito da importância da valorização e da distribuição mundial equitativa da água para a manutenção da vida com qualidade, para os seres vivos que hoje habitam a Terra e para as futuras gerações, que igualmente possuem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

o direito fundamental à esse bem que constitui não só um direito individual, mas coletivo.

A profunda conscientização dos Estados sobre o tema é uma emergência, visto que a água é um recurso limitado e a maior quantidade presente em nosso planeta não é consumível por ser salgada. Além do que, junto com a crescente escassez da água, cresce seu valor econômico.

Na atual conjuntura dos direitos humanos que só tende a se expandir, impõe-se a toda humanidade o dever de se esforçar para por em prática um sistema ecológico universal que permita que o recurso da água doce possa ser considerado como um direito intrínseco humano não apenas na teoria, mas na prática diária de todos os países do mundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

a. LIVROS E ARTIGOS CIENTÍFICOS

ABREU, Francisco de Assis Matos de; CAVALCANTE, Itabaraci Nazareno; MATTA, Milton Antônio da Silva. **O SISTEMA AQÜÍFERO GRANDE AMAZÔNIA – SAGA:** UM

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. Direito ambiental esquematizado. – 5.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. Pag. 204.

BARNABÉ, Gabriel Rideiro. **Hugo Grotios e as relações internacionais:** entre o direito e a guerra. 2009. P.15. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/82606/85567>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 6.

CASTRO, Douglas. Tratamento jurídico internacional da água e desenvolvimento sustentável. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2009.

CAVALCANTI, Clovis. Condicionamentos biofísicos da economia e suas implicações quanto à noção do desenvolvimento sustentável. *In* ROMEIRO, Ademar Ribeiro; REYDON, Bastian Philip; LEONARDI, Maria Lúcia Azevedo (org.). Economia do meio ambiente: teoria, políticas e a gestão de espaços regionais. Campinas: UNICAMP. IE, 2001.

JUNIOR, Armandino Teixeira Nunes. O Estado Ambiental de Direito. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, páginas 295/307, p. 299, julho/setembro de 2004.

MILARÉ, Edis. Direito do ambiente. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração de Estocolmo Sobre o Ambiente Humano – Estocolmo, 5 a 16 de junho de 1972.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: < http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> Acesso em 15 de jan de 2018.

PENA, Rodolfo F. Alves. "Conflitos pela água no mundo"; *Brasil Escola*. Disponível em <http://brasilescola.uol.com.br/geografia/conflitos-pela-agua-no-mundo.htm>. Acesso em 15 de janeiro de 2018.

b.WEB E INTERNET

http://planetasustentavel.abril.com.br/noticia/desenvolvimento/agua-disponibilidade-uso-consumodesperdicio-falta-saneamento-541962.shtml. Acessado em 20/08/2016

http://projetocolabora.com.br/agua/a-privatizacao-da-agua-ao-redor-do-mundo/.

https://www20.opovo.com.br/app/opovo/opiniao/2015/02/

https://www.terra.com.br/economia/itaipu-antes-do-paraguai-brasil-ja-discutiu-com-a-argentina,a98117a7adc4b310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html

https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2017/03/12/internas_economia,853627/obra-de-transposicao-do-rio-sao-francisco-se-prolongou-por-uma-decada.shtml

http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/565849-transposicao-levara-a-morte-do-rio-sao-francisco-entrevista-especial-com-altair-sales-barbosa

http://www.repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/322631/1/Silva_AnaCarolinaAguerriBorgesDa_D.pdf

http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_por.pdf>. Acesso em: 16 de jan de 2018, às 11h24min

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

https://aguassubterraneas.abas.org/asubterraneas/article/view/27831/18054>. Acesso em: 15 jan. 2018.

https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/> Acesso em 15 de jan. de 2018

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CONFIABILIDADE DO RETRATO FALADO CONSTRUÍDO COM BASE EM RELATOS DE VÍTIMAS E/OU DE TESTEMUNHAS DE CRIME COMO MEIO DE IDENTIFICAÇÃO DE AUTORIA DELITUOSA

PAULO ROBSON BEZERRA REIS: Acadêmico de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

ÊNIO WALCACER DE OLIVEIRA FILHO[1]

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho objetiva apresentar discussões e reflexões acerca da técnica do retrato falado, elaborado com base em depoimentos de vítimas e/ou de testemunhas relacionadas a crimes considerados graves, a exemplo do homicídio, latrocínio, estupro, dentre outros. Através da análise da técnica utilizada para a elaboração do Retrato Falado no Brasil, busca-se compreender se o método adotado consiste em um meio confiável para se chegar à autoria delituosa, no curso de uma investigação criminal. O principal propósito desta pesquisa é avaliar a efetividade e a confiabilidade do Retrato Falado feito a partir de relatos de vítimas e/ou de testemunhas, haja vista que, por diversas vezes, estas se encontram abaladas e psicologicamente fragilizadas pela situação traumatizante que vivenciaram. Para tanto, será feita uma abordagem sobre o conceito de investigação criminal, de inquérito policial e os tipos de provas admissíveis no Processo Penal Brasileiro, bem como sobre as teorias atuais da psicologia forense e os aspectos envolvendo os diversos tipos de memórias, inclusive as falsas memórias. O método utilizado para a pesquisa possui natureza dedutiva, sendo que e a produção textual está pautada em legislações relacionadas ao objeto deste estudo, doutrinas jurídicas de vários autores, artigos científicos e outras fontes bibliográficas correspondentes.

PALAVRA CHAVE: Retrato Falado; Falsas Memórias; Indícios de Autoria Delituosa.

ABSTRACT: The present work aims to present discussions and reflections about the technique of the spoken portrait, elaborated based on the testimony of victims and / or witnesses related to crimes considered serious, such as murder, murder, rape, among others. Through the analysis of the technique used for the elaboration of the Spoken Portrait in Brazil, we seek to understand if the adopted method is a reliable way to reach the criminal offense in the course of a criminal investigation. The main purpose of this research is to evaluate the effectiveness and reliability of the Spoken Portrait made from reports of victims and / or witnesses, since they are often shaken and psychologically weakened by the traumatizing situation they

experienced. To this end, an approach will be made to the concept of criminal investigation, police investigation and the types of evidence admissible in the Brazilian Criminal Procedure, as well as the current theories of forensic psychology and the aspects involving the various types of memories, including false ones. memoirs. The method used for research has a deductive nature, and the textual production is based on legislation related to the object of this study, legal doctrines of various authors, scientific articles and other corresponding bibliographic sources.

KEYWORDS: Sketch; False Memories; Signs of Criminal Authorship.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Investigação Criminal. 3. O Inquérito Policial e os meios de Prova. 3.1. Da Prova Pericial. 3.2. Do Interrogatório do Acusado, da Confissão e do Ofendido. 3.3. Das Testemunhas, da Acareação e dos Indícios. 3.4. Dos Documentos, da Busca e Apreensão e do Reconhecimento de Pessoas e Coisas. 4. O Retrato Falado. 5. A Memória e a Confiabilidade do Retrato Falado. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo decorre da instigação quanto à confiabilidade na técnica do retrato falado, o qual consiste em um instrumento utilizado no curso de inquéritos Policiais e processos judiciais, principalmente quando ocorrem fatos que envolvam crimes contra a vida, como homicídio, tentativa de homicídio e também nos crimes contra a liberdade sexual como estupro, tentativa de estupro.

Embora se reconheça nos dias atuais, que existem muitos avanços tecnológicos voltados para a identificação de possíveis infratores, como os modernos programas de reconstituição facial usado pelos investigadores no âmbito das polícias judiciárias, sabe-se que as primeiras e talvez as principais "informações" apresentadas à equipe de investigação criminal para a construção de um retrato falado, são narradas pelas vítimas ou por pessoas que presenciaram o fato delituoso.

Dependendo da forma como o crime foi cometido, sê de maneira brutal e cruel, isso pode causar reações traumáticas de ordem psicológica na vítima ou em quem tenha presenciado o fato, que podem fazer com que estas pessoas não consigam reproduzir com clareza a situação vivenciada e a fisionomia do algoz.

Há diversos estudos na área da Psicologia Forense e da Neurociência acerca das chamadas "falsas memórias", que evidenciam o caráter de fragilidade dos relatos transmitidos aos investigadores no processo de elaboração e/ou construção

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de um retrato falado, tendo em vista o estado emocional das vítimas ou das testemunhas que pode ser afetado de forma muito grave e, consequentemente, essas pessoas não teriam condições psicológicas de retratar da forma mais fidedigna possível a cena do crime, o que pode influenciar diretamente na identificação do criminoso e ter como consequência, a imputação do fato à uma pessoa inocente.

Existem ainda outros fatores e circunstâncias que podem influenciar no processo de identificação de uma pessoa, tais como, o local do crime, o horário, pois caso seja praticado no período noturno, dependendo das condições de luminosidade, reduz-se drasticamente a possibilidade de reconhecimento do agressor.

Ante o exposto, surge a questão problema desta pesquisa: o retrato falado com base em relato de vítima ou de testemunha de crime grave consiste em um meio confiável de identificação de autoria de crime?

O presente trabalho tem com objetivo geral pesquisar sobre o retrato falado feito com base em relatos de vítimas de vítimas de crimes contra a pessoa, tentando identificar se esses relatos de vítimas de crimes são fontes confiáveis e seguras para elaboração de retrato falado com vistas a chegar à autoria delituosa.

2. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A convivência pacífica e harmônica em sociedade pressupõe o cumprimento de regras e de respeito mútuo entre as pessoas. No Brasil, a lei máxima que estabelece os direitos e garantias individuais é a Constituição Federal de 1988.

Um dos pilares da Constituição Federal é preservar e garantir o direito à vida e à inviolabilidade física de seus cidadãos. Quando há o descumprimento desta regra, o Estado intervém e atua penalizando o respectivo infrator.

Para se apurar a autoria e comprovar que o fato delituoso efetivamente ocorreu é necessário o cumprimento de um procedimento apuratório denominado Investigação Criminal.

As funções e as competências de uma Investigação Criminal estão delineadas nos artigos iniciais da Lei nº 12.830 de 20 de junho de 2013, e, assim dispõe:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.
>
> Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.
>
> § 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.
>
> § 2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.
>
> § 3º (VETADO).
>
> § 4º O inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei em curso somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação.
>
> § 5º A remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado.
>
> § 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.
>
> Art. 3º O cargo de delegado de polícia é privativo de bacharel em Direito, devendo-lhe ser dispensado o mesmo tratamento protocolar que recebem os magistrados, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público e os advogados.

A lei traz de forma clara que a investigação é conduzida por delegado de polícia, entretanto, outras normas de nosso ordenamento atribuem a figuras diversas, funções de investigação, a exemplo do art. 33, parágrafo único da Lei

Complementar 35/79, que estabelece: "quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou Órgão Especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.".

Insta citar ainda outras investigações legalmente previstas, como as realizadas por Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI, por agentes da Administração (sindicâncias e processos administrativos), por autoridades florestais, pelo Promotor de Justiça presidindo o inquérito civil, etc. (NUCCI, 2016, p.144).

Um dos aspectos controversos no âmbito do Processo Penal consiste na competência de o Ministério Público conduzir Investigação Criminal, o que segundo Nucci (2016, p. 145):

> A Constituição Federal foi clara ao estabelecer as funções da polícia – federal e civil – para investigar e servir de órgão auxiliar do Poder Judiciário – daí o nome polícia judiciária – na atribuição de apurar a ocorrência e a autoria de crimes e contravenções penais (art. 144, CF). Ao Ministério Público foi reservada a titularidade da ação penal, ou seja, a exclusividade no seu ajuizamento, salvo o excepcional caso reservado à vítima, quando a ação penal não for intentada no prazo legal (art. 5.º, LIX, CF). Note-se, ainda, que o art. 129, inciso III, da Constituição Federal, prevê a possibilidade de o promotor elaborar inquérito civil, mas não inquérito criminal. Entretanto, para aparelhar convenientemente o órgão acusatório oficial do Estado, atribuiu-se ao Ministério Público o poder de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos (o que ocorre no inquérito civil ou em algum processo administrativo que apure infração funcional de membro ou funcionário da instituição, por exemplo), a possibilidade de exercer o controle externo da atividade policial (o que não significa a substituição da presidência da investigação, conferida ao delegado de carreira), o poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (o que demonstra não ter atribuição para instaurar o inquérito e, sim, para requisitar a sua formação pelo órgão competente). Enfim, ao Ministério Público cabe, tomando ciência da prática de um delito, requisitar a instauração da investigação pela polícia judiciária, controlar todo o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> desenvolvimento da persecução investigatória, requisitar diligências e, ao final, formar a sua opinião, optando por denunciar ou não eventual pessoa apontada como autora. O que não lhe é constitucionalmente assegurado é produzir, sozinho, a investigação, denunciando a seguir quem considerar autor de infração penal, excluindo, integralmente, a polícia judiciária e, consequentemente, a fiscalização salutar do juiz.

Ocorrendo o fato criminoso, compete ao Delegado de Polícia a condução de uma Investigação Criminal. Nas palavras de Sannini Neto (2019, p. 01), a Investigação Criminal compreende:

> O objeto de uma investigação criminal é sempre a *notitia criminis*. Isso significa que é a possibilidade de ocorrência de uma infração penal que justifica a deflagração de um procedimento investigativo cuja finalidade seja, entre outras, a de viabilizar o perfeito esclarecimento dos fatos, suas circunstâncias e motivações.
>
> Com a adoção do Sistema Acusatório pelo nosso ordenamento jurídico, não cabe ao Estado-Juiz dar início a um processo. Essa pretensão acusatória deve ser exercida, em regra, pelo Ministério Público, titular da ação penal pública, ou excepcionalmente pelo ofendido, nos crimes de ação penal privada.
>
> Mas como exercer essa atividade acusatória sem dispor dos elementos mínimos sobre autoria e materialidade?! É esta, pois, a primeira função da investigação criminal: reunir elementos indiciários sobre a autoria e materialidade delituosa, preparando, assim, o exercício da ação penal pelo seu titular.

A investigação criminal, portanto, é gênero do qual o Inquérito Policial é espécie. O Inquérito se apresenta como procedimento/instrumento para apurar os elementos de autoria e materialidade reunindo para tanto, todas as provas necessárias para elucidação do crime.

Para melhor detalhamento, o Inquérito Policial será tratado no tópico seguinte.

3. O INQUÉRITO POLICIAL E OS MEIOS DE PROVA

O Inquérito Policial está previsto no Título II do Código de Processo Penal - CPP (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941) e corresponde à uma fase pré-processual, com a finalidade de apurar as infrações penais e sua respectiva autoria (art. 4º do CPP).

Detalhando melhor o conceito de Inquérito Policial, Lopes Júnior (2016, p. 65) diz que: "constitui o conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não processo".

Conforme disposto no art. 5º do Código de Processo Penal (1941), o Inquérito Policial será iniciado de Ofício; mediante requisição judiciária ou do Ministério Público; pelo deferimento de requerimento do Ofendido ou por lavratura de auto de prisão em flagrante delito.

Lopes Júnior (2016, p. 65) elenca em sua obra a importância do Inquérito Policial, nos seguintes termos:

> a) Busca do fato oculto: o crime, na maior parte dos casos, é total ou parcialmente oculto e precisa ser investigado para atingir-se elementos suficientes de autoria e materialidade (*fumus commissi delicti*) para oferecimento da acusação ou justificação do pedido de arquivamento.
>
> b) Função simbólica: a visibilidade da atuação estatal investigatória contribui, no plano simbólico, para o restabelecimento da normalidade social abalada pelo crime, afastando o sentimento de impunidade.
>
> c) Filtro processual: a investigação preliminar serve como filtro processual para evitar acusações infundadas, seja porque despidas de lastro probatório suficiente, seja porque a conduta não é aparentemente criminosa. O processo penal é uma pena em si mesmo, pois não é possível processar sem punir e tampouco punir sem processar, pois é gerador de estigmatização social e jurídica (etiquetamento) e sofrimento psíquico. Daí a necessidade de uma investigação preliminar para evitar processos sem suficiente *fumus commissi delicti*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A investigação feita na fase do inquérito policial, é meio que o Estado busca identificar o autor da infração, mediante análise objetiva e científica dos fatos, de modo a garantir que o fato delituoso seja punido e que a pena imposta a quem de fato o cometeu.

O art. 6º do Código de Processo Penal (1941), para tanto, elencou um rol de atividades que devem observadas pela autoridade policial visando à elucidação dos fatos:

> Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:
>
> I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;
>
> II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;
>
> III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;
>
> IV - ouvir o ofendido;
>
> V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;
>
> VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;
>
> VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;
>
> VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;
>
> IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> ele, e quaisquer outros elementos que contribuírem para a apreciação do seu temperamento e caráter.
>
> X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

Tais medidas objetivam a produção de provas científicas que garantam a continuidade do Inquérito Policial e a comprovação da autoria e materialidade delitiva.

Para que estas provas tenham efeito durante a fase judicial é necessário que sejam consideradas lícitas, ou seja, que tenham sido coletadas de acordo com os meios juridicamente permitidos.

As provas estão elencadas no Título VII do Código de Processo Penal, e serão tratadas nos próximos tópicos desta pesquisa.

3.1. DA PROVA PERICIAL

O exame pericial é cabível quando a infração deixar vestígios, sendo nestes casos, indispensável a realização do exame de corpo de delito direto ou indireto, e sua ausência gera a nulidade da ação (art. 158 e 564, III, b CPP/1941).

Exemplificativamente as perícias são necessárias nas autópsias nos crimes de homicídio, ao exame documentoscópico para aferição de falsidade documental, à perícia no chassi dos automóveis nos crimes de receptação ou adulteração de identificador, ao exame químico-toxicológico nos crimes relacionados ao tráfico ou porte de droga para consumo, dentre outros. (REIS; GONÇALVES, 2012, p. 64).

A perícia poderá ser feita em qualquer dia e horário, seja na fase de inquérito policial ou no curso do processo (art. 161, CPP/41), e os peritos deverão elaborar o laudo no prazo de 10 dias, prorrogáveis em casos excepcionais, podendo as partes oferecer quesitos até a formalização do ato. (art. 160, parágrafo único, CPP/41).

Consoante previsto no art. 159, § 5º, I do CPP/41, durante o curso do processo judicial as partes poderão requerer a oitiva dos peritos, visando o esclarecimento de provas ou para respostas de quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos tenham sido encaminhados previamente com antecedência

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mínima de 10 (dez) dias, podendo os peritos, responderem por meio de laudo complementar.

As partes (MP, ofendido, querelante e acusado) indicarem assistente técnico, que deverá ser admitido pelo juiz, que atuará após a conclusão dos exames e laudo pelo perito oficial (art. 159, § 4º, CPP/41).

Havendo divergência entre dois peritos o juiz nomeará um terceiro, se este também divergir dos demais, será determinada a realização de nova perícia (art. 180, CPP).

O juiz poderá julgar contrariamente às conclusões consignadas no laudo pericial, desde que o faça de maneira fundamentada (art. 182 do CPP).

3.2. DO ITERROGATÓRIO DO ACUSADO, DA CONFISSÃO E DO OFENDIDO.

O interrogatório é o momento em que o acusado é inquirido por autoridade competente acerca dos fatos que lhe foram imputados. Considerando que o modelo brasileiro de interrogatório é pautado na presunção de inocência e o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII CRF/88), este somente servirá como parâmetro para definir se existem ou não motivos suficientes para a abertura do processo criminal, e conforme Lopes Jr. (2016, p. 245) deverá ser submetido a toda uma série de regras de lealdade processual, a saber:

> a) deve ser realizado de forma imediata, ou, ao menos, num prazo razoável após a prisão;
>
> b) presença de defensor, sendo-lhe permitido entrevistar-se prévia e reservadamente com o sujeito passivo;
>
> c) comunicação verbal não só das imputações, mas também dos argumentos e resultados da investigação e que se oponham aos argumentos defensivos;
>
> d) proibição de qualquer promessa ou pressão direta ou indireta sobre o imputado para induzi-lo ao arrependimento ou a colaborar com a investigação;
>
> e) respeito ao direito de silêncio, livre de pressões ou coações;

f) tolerância com as interrupções que o sujeito passivo solicite fazer no curso do interrogatório, especialmente para instruir-se com o defensor;

g) permitir-lhe que indique elementos de prova que comprovem sua versão e diligenciar para sua apuração;

h) negação de valor decisivo à confissão.

Em linhas gerais, o interrogatório não é um meio de prova em si, tanto é que não se pode imputar a prática de um crime a quem invocou o direito de permanecer em silêncio. Ainda quanto ao interrogatório, insta reforçar que o Direito Brasileiro proíbe a utilização de práticas de tortura ou tratamento desumano ou degradante (art. 5º, II, CRF/88).

A Confissão muitas vezes ocorre no momento do interrogatório, e conceito nas palavras de Nucci (2016) é: "é admitir contra si, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso."

Ainda segundo o autor, a confissão compreende "o ato voluntário (produzido livremente pelo agente, sem nenhuma coação), expresso (manifestado, sem sombra de dúvida, nos autos) e pessoal (inexiste confissão, no processo penal, feita por preposto ou mandatário, o que atentaria contra a segurança do princípio da presunção de inocência)".

Nos termos do art. 197 do Código de Processo Penal, a confissão será avaliada em conjunto com os demais elementos de prova do processo, verificando-se sua compatibilidade ou concordância com eles.

A declaração do ofendido está estampada no art. 201 do Código de Processo Penal e corresponde à oitiva da vítima do crime, que se mostra uma rica fonte para a identificação da autoria e esclarecimentos dos fatos, desde que cumpridos os ditames do dispositivo retro mencionado. (LOPES JR., 2016 p. 79)

3.3. DAS TESTEMUNHAS, DA ACAREAÇÃO E DOS INDÍCIOS.

Qualquer pessoa poderá ser testemunha em um processo penal (art. 202, CPP/41), entretanto, estão dispensados o cônjuge (ainda que desquitado), o ascendente, o descendente e os afins em linha reta, ou filho adotivo do réu. Neste

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

caso, estas figuras apenas estarão obrigadas a depor caso não seja possível por outro modo, obter-se a prova (art. 206 do CPP).

São proibidas de depor, nos termos do art. 207 do CCP/41 "as pessoas que em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho."

Conceituando Testemunha, Nucci (2016) discorre que:

> Testemunhas são pessoas que depõem sobre fatos, sejam eles quais forem. Se viram ou ouviram dizer, não deixam de ser testemunhas, dando declarações sobre a ocorrência de alguma coisa. A pessoa que presencia um acidente automobilístico, por exemplo, narra ao juiz os fatos, tais como se deram na sua visão. Lembremos, sempre, que qualquer depoimento implica uma dose de interpretação indissociável da avaliação de quem o faz, significando, pois, que, apesar de ter visto, não significa que irá contar, exatamente, o que e como tudo ocorreu.

A pessoa que presenciou o fato, ou seja, a testemunha será inquirida cada uma de per si, de modo que uma não saiba nem ouça o depoimento das outras, advertindo-as o juiz das penas cominadas ao falso testemunho. (art. 210, CPP/41)

O depoimento da testemunha ao final será reduzido a termo, sendo assinado por ela, pelo juiz e pelas partes (art. 216, CPP/41).

A acareação é utilizada quando para dirimir depoimentos divergentes, para Nucci (2016) a acareação é: "É o ato processual, presidido pelo juiz, que coloca frente a frente os depoentes, confrontando e comparando declarações contraditórias ou divergentes, no processo, visando à busca da verdade real."

Nota-se conceito acima, que é por meio da acareação que o juiz confronta os fatos narrados nos vários depoimentos, para se estabelecer a verdade dos fatos, e poderá ser realizada entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas (art. 229, CPP/41).

Por indício, têm-se, nos termos do art. 239 do CPP/41: "a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.", ou seja, é o episódio conhecido

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e provado, no qual, por meio de raciocínio lógico, chega-se à conclusão da existência de outro fato.

3.4. DOS DOCUMENTOS, DA BUSCA E APREENSÃO E DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS E COISAS.

As partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo, assim considerados; os escritos, instrumentos ou papéis públicos ou particulares, bem como a fotografia destes, desde que devidamente autenticados (arts. 231, 232, parágrafo único do CPP/41).

A exceção à apresentação de documentos em qualquer fase processual está estampada no art. 479 do CPP, quando estabelece: "durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte."

Enquanto as demais provas são produzidas desde o início, em contraditório, com a participação de ambas as partes, a busca e apreensão segue procedimento diverso, possuindo natureza eminentemente cautelar, para acautelar material probatório de coisa, de animais e até de pessoas (PACELLI, 2014, p. 440).

Ainda conforme o autor (2014, p. 441), a busca e apreensão poderá ser domiciliar ou pessoal, consoante se depreende abaixo:

> Por busca domiciliar entende-se aquela realizada em residência, bem como em qualquer compartimento habitado, ou aposento ocupado de habitação coletiva ou em compartimento não aberto ao público, no qual alguém exerce profissão ou atividade, nos termos do art. 246 do CPP. Todos esses locais, bem como os quartos de hotéis, motéis ou equivalentes, quando habitados, encontram-se incluídos e protegidos pela cláusula constitucional da inviolabilidade de domicílio. A seu turno, o automóvel não se inclui na definição legal de domicílio, a não ser quando estiver no interior deste.
>
> (...)
>
> Já a busca pessoal, a nosso aviso, não depende de autorização judicial, ainda que se possa constatar, em certa medida, uma violação à intangibilidade do direito à intimidade e à privacidade, previstos no art. 5°, X, da CF.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A busca e apreensão se mostram, portanto, como um procedimento para obtenção/apreensão de provas.

Considerando que o Retrato Falado, objeto do presente estudo, está atrelado ao meio de prova denominado Reconhecimento de Pessoas e Coisas, trataremos deste assunto no próximo capítulo.

4. O RETRATO FALADO

Além dos tipos de provas retro abordados, têm-se ainda no Direito Processual brasileiro o Reconhecimento de Pessoas e Coisas, inserto no art. 226 do CPP (1941), que assim dispõe:

> Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:
>
> I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;
>
> Il - 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;
>
> 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.
>
> Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

O reconhecimento referenciado no excerto supra, trata-se de procedimento tendente a identificação de pessoas envolvidas no crime ou de coisas (objetos)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

decorrentes deste, necessários à apuração das responsabilidades (PACELLI, 2014, p. 436)

É neste contexto de reconhecimento de pessoas que cometeram o crime, que se apresenta o popularmente conhecido Retrato Falado.

Tecendo considerações acerca do conceito de Retrato Falado, Reis *apud* Papiloscopistas.Org (2008, p. 16), discorre que:

> Retrato falado ou Representação Facial Humana é: A representação de uma pessoa, por meio do trabalho de um desenhista, da utilização de artifícios técnicos ou da combinação de ambos, segundo a descrição de seus aspectos físicos gerais, específicos e de seus caracteres distintivos (PAPILOSCOPISTAS.ORG, 2008).
>
> (...)
>
> O Retrato Falado é usado e aceito como meio de prova, desde que, esteja em consonância com o conjunto probante. É um processo científico, uma vez que obedecendo uma metodologia e técnicas próprias visa atingir sempre o resultado esperado (PAPILOSCOPISTAS.ORG, 2008).

Do conceito posto à lume, verifica-se que o Retrato Falado não é um tipo de prova, e sim um instrumento para se chegar à autoria, que somente será ratificada pelo conjunto probante coletado.

É uma técnica de desenho e de reprodução daquilo que é narrado pela vítima ou testemunha do fato delituoso em questão.

França (2017, p. 228) detalha em sua obra como são feitos os retratos falados:

> As testemunhas relatam uma série de pormenores até formar uma fisionomia que, em certas ocasiões, coincide quase precisamente com o real. Estes pormenores são de ordem cromática (cor da íris, do cabelo e da pele); morfológica (altura, inclinação e proeminência da fronte; forma, dimensões e particularidades do nariz; forma, separação e particularidades das orelhas); complementar (configuração do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> crânio; forma dos lábios e do queixo; configuração do cabelo e do penteado; destaque dos lábios, da barba, das sobrancelhas e bigodes). Embora não inserido como um meio de prova, este método pode ser útil no sentido de apontar no conjunto dos elementos investigados indivíduos suspeitos. O retrato dessas pessoas procuradas pode ser feito por meio artístico, do ident-kit e do photo-kit. O método artístico é feito por desenhistas que tentam reproduzir os aspectos físicos do procurado. O segundo é realizado por meio de películas transparentes que recebem partes do rosto, como o formato do nariz, dos olhos, da boca etc. O terceiro, melhor que o anterior, é feito por recortes de fotografias que se encaixam como peças de um quebra-cabeças. Esses processos são baseados na memória humana e, por isso, aconselha-se que sejam procedidos logo após a testemunha ter visto a pessoa procurada. As mulheres em geral são mais precisas em face de sua memória detalhista.

Neste mesmo contexto, mas de modo mais sucinto, Magrani (2017) esclarece que:

> Apesar de todos os avanços na área, a metodologia aplicada em muitos Estados ainda é feita de forma artesanal. O "quebra-cabeça" é montado manualmente, com os retoques de lápis e borracha, cujo desenho será baseado na compreensão que o perito teve sobre as características do criminoso apontadas pela vítima ou testemunha. O mesmo acontece quando se emprega a tecnologia, com a diferença de que o desenho será feito no computador.
>
> Na verdade, os retratos são confeccionados através de uma técnica mista segundo a qual a vítima ou a testemunha faz uma comparação entre a imagem de olhos, nariz e boca de um acervo fotográfico com a imagem que tem formada em sua mente por decorrência do contato visual com o criminoso, e o desenhista, por sua vez, reproduzirá a descrição.

Com o avanço tecnológico o Retrato Falado já é feito por meio de modernos programas de computador, entretanto, considerando a falta de estrutura de muitos Estados brasileiros, a técnica empregada ainda é a realizada por meio de

desenho manual feita por perito forense, mediante descrições físicas ditadas pela vítima ou testemunha.

Como as informações obtidas pelo perito/desenhista consiste em relatos vinculados à memória da testemunha e/ou da vítima do crime, muitas são as controversas apresentadas acerca da confiabilidade e da assertividade do Retrato Falado, eis que em muitos casos, o narrador em questão, encontra-se em situação traumática e psicologicamente questionável, como veremos adiante.

5. A MEMÓRIA E A CONFIABILIDADE DO RETRATO FALADO

Para a elaboração da técnica de Representação Facial Humana, comumente denominada de Retrato Falado, a memória se torna o esteio do testemunho, haja vista que, na sua essência, é nas lembranças que a pessoa consegue registrar os fatos vividos e os personagens presenciados.

Ocorre que um dos problemas estudados na Psicologia e amplamente discutidos no meio jurídico são as Falsas Memórias.

Analisando pesquisa realizada sobre as falsas memórias, Oliveira (2019), traz as seguintes considerações:

Elizabeth Loftus estudou o tema fazendo pesquisas sob inúmeras perspectivas.

> Suas pesquisas consistiam em inserir uma falsa informação na mente da pessoa em meio a uma situação real vivenciada pelo indivíduo, e este passava a acreditar fielmente que vivenciou tal situação. Loftus pondera que a memória humana pode ser altamente manipulada, tanto com a inserção de fatos que nunca foram vivenciados, como também, modificando outros realmente vividos.
>
> O surgimento das falsas memórias se dá quando há uma falha na recuperação da informação e o indivíduo contamina a informação não recuperada, seja pela própria falha de reprodução, seja pela indução de fatores externos.

A pesquisa revela que as falsas memórias podem ser por indução de fatores externos ou falha da própria reprodução. Isto é muito comum em pessoas que encontram em situações traumáticas e que estejam psicologicamente abaladas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Exemplificando o efeito que um trauma traz à capacidade de se fazer um reconhecimento facial, Lopes Jr; Rosa. (2014) em seu artigo científico, narram o seguinte fato concreto:

> É o caso de Jennifer Thompson. Por volta das três da madrugada teve a casa invadida e foi estuprada com uma faca no pescoço, tendo a vítima se focado no rosto do agressor para identifica-lo posteriormente, caso sobrevivesse. Saindo correndo pela porta conseguiu se livrar do estuprador e foi ao hospital, bem assim à polícia, elaborando um retrato falado. No dia seguinte Ronald Cotton, que tinha ficha policial (por invasão e agressão sexual) foi localizado, reconhecido por foto e depois pessoalmente. Em julgamento o reconhecimento foi confirmado. Cotton foi condenado ao cumprimento de prisão perpétua e mais cinquenta anos. Já na prisão, Cotton conheceu um homem parecido com sua descrição chamado Bobby Pool, também condenado por estupro e invasão. Ciente de sua inocência, Cotton pediu um novo reconhecimento, também na presença de Pool, tendo Jennifer, com a falsa memória fixada, novamente, afirmado ser Cotton o autor da agressão. Após Cotton estar sete anos preso, com os avanços do exame de DNA, foram feitos exames e se verificou que o verdadeiro autor do crime era Pool.

Por mais que a vítima tenha se concentrado na fisionomia do agressor, como visto na transcrição supra, não foi o suficiente para comprovar cabalmente que a pessoa por ela identificada, fora de fato o criminoso. A memória da vítima, no caso em questão, trouxe aspectos físicos de pessoa com aparência similar, mas que não era o culpado.

Lopes Jr. (2016, p. 268) *apud* Martinez; Rivera; Fernandes e Loftus elencam outras variáveis que incidem na qualidade de identificação do criminoso:

> deve-se considerar a existência de diversas variáveis que modulam a qualidade da identificação, tais como o tempo de exposição da vítima ao crime e de contato com o agressor; a gravidade do fato (a questão da memória está intimamente relacionada com a emoção experimentada); o intervalo de tempo entre o contato e a realização do reconhecimento; as

> condições ambientais (visibilidade, aspectos geográficos etc.); as características físicas do agressor (mais ou menos marcantes); as condições psíquicas da vítima (memória, estresse, nervosismo etc.); a natureza do delito (com ou sem violência física; grau de violência psicológica etc.), enfim, todo um feixe de fatores que não podem ser desconsiderados.

A presença de arma também distrai a capacidade de reconhecimento, no chamado foco na arma, uma vez que a vítima não se fixa nas feições do algoz, vez que está concentrada na arma. Do mesmo modo, tem-se que considerar as expectativas da testemunha ou vítima, pois as pessoas tendem a ver e ouvir aquilo que querem. (LOPES JR., 2016, p. 268)

Ainda segundo o autor, a luminosidade do local do crime incide na qualidade da memória, pois em local muito escuro, torna-se difícil tecer detalhes sobre a fisionomia e demais aspectos físicos de uma pessoa. Vê-se que todos estes fatores, refletem na ocorrência da Falsa Memória.

Em busca da verdade real e da fidedignidade das informações prestadas para o Retrato Falado, os pesquisadores modernos recomendam que seja utilizado a Entrevista Cognitiva às testemunhas ou vítimas de crimes. Este método, de acordo com Oliveira (2019) *apud* Seger, consiste em:

> Sabe-se que é no momento em que se questiona a vítima, ou a testemunha, que se dá a maior incidência das falsas memórias, sendo, portanto, voltada para este momento uma das maiores soluções apresentadas até agora pelos teóricos. Esta solução, é a entrevista cognitiva, a arma mais potente a ser empregada contra as falsas memórias, descoberta até o momento.
>
> A entrevista cognitiva nasceu nos Estados Unidos foi desenvolvida por Edward Geiselman e Ronald Fisher, eles se basearam em conhecimentos da Psicologia Social e da Psicologia Cognitiva. Esta espécie de entrevista busca qualidade nos depoimentos e tem como foco aumentar a performance da memória de quem está sendo inquirido, diminuindo a incidência de erros, ela vale-se de novas estratégias que visam a redução da ocorrência das falsas memórias.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A entrevista cognitiva se organiza em cinco etapas: a) construção do *rapport*, b) a recriação do contexto original, c) a narrativa livre, d) o questionamento e d) o fechamento. Nas duas primeiras fases da entrevista constrói-se um ambiente confortável ao depoente, onde ele recria mentalmente a cena do crime em todos os seus aspectos. Na reconstrução do contexto espera-se que o depoente tenha várias pistas à sua disposição, com foco no máximo de quantidade e qualidade das informações possíveis. Na narrativa livre o depoente é convidado a falar livremente sobre tudo o que recordar, sem interrupção. Na etapa seguinte são feitos questionamentos somente com base no que foi descrito na narrativa livre. Como fechamento a testemunha é estimulada a lembrar dos fatos em diferentes ordens – ex. do fim para o início. (SEGER, p. 17)

Esta entrevista se mostra um excelente aliado no combate às falsas memórias e deve ser corretamente aplicado para que surta os efeitos esperados, mas, como a medida é adotada em países desenvolvidos com bons resultados, o Brasil vem se mostrando interessado nestas novas técnicas, voltadas a aperfeiçoar o Retrato Falado e consequentemente apenar o verdadeiro criminoso.

6. CONCLUSÃO

Uma sociedade organizada é aquela que cumpre as regras estabelecidas pelo Estado e respeita os direitos fundamentais de seus semelhantes, notadamente os que lhes são mais caros, como a vida e a liberdade.

Quando estes direitos são violados, o Estado tem o dever de apurar os fatos e imputar a respectiva sanção ao infrator, com intuito de se fazer justiça e reestabelecer a ordem e a satisfação social.

Neste esteio, em linhas superficiais, o Direito Penal e o Processo Penal se apresentam como os instrumentos de fixação da conduta delituosa e da pena, bem como o procedimento em que se darão a obtenção das provas e a ação penal correspondente.

Alinhado à premissa constitucional de que todos são inocentes até que se prove o contrário, o Estado se utiliza da Investigação Criminal e do consequente Inquérito Policial para se apurar a autoria e materialidade da conduta criminosa.

Visando auxiliar nesta busca pela autoria e materialidade, o Processo Penal estabelece os meios lícitos que as provas podem ser produzidas, a exemplo da Perícia, Interrogatório, Confissão, Declaração do Ofendido, Reconhecimento de Pessoas e Coisas, dentre outros.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Inserto na modalidade de prova denominado Reconhecimento de Pessoas e Coisas, o Retrato Falado corresponde a uma técnica de desenho (manual ou eletrônica) da face do autor do crime, com base em declarações da vítima ou das testemunhas do ocorrido.

Esta técnica é feita por um perito criminal e é muito discutida no meio acadêmico e jurídico pela sua confiabilidade nos casos de vítimas ou de testemunhas de crimes graves, como homicídios e estupros, uma vez que nestas situações, as mesmas se encontram traumatizadas e fragilizadas psicologicamente.

Pelo estudo apresentado, verifica-se que o Retrato Falado se mostra uma técnica viável e que auxilia o trabalho da Polícia Civil, no entanto, carece de ser manejado, com as atuais técnicas da Psicologia, notadamente a Entrevista Cognitiva, que desenvolve estratégias com o intuito de afastar as falsas memórias da narrativa da vítima/testemunha.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 11 nov. 2019.

_____. **Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm>. Acesso em: 11 nov. 2019.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Memória não é Polaroid: Precisamos falar sobre Reconhecimentos Criminais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-07/limite-penal-memoria-nao-polarid-precisamos-falar-reconhecimentos-criminais?imprimir=1> Acesso em: 12 nov. 2019.

MAGRANI, Maria Tereza Couto. **A Natureza jurídica do Trabalho do Perito Forense**. 2017. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/55034/a-natureza-juridica-do-trabalho-do-perito-forense > Acesso em: 12 nov. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Keila Araújo de. **Falsas Memórias no Processo Penal e a Entrevista Cognitiva**. 2019. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/74636/falsas-memorias-no-processo-penal-e-a-entrevista-cognitiva> Acesso em 12 nov. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado.** Coordenador LANZA, Pedro. São Paulo: Saraiva, 2012.

REIS, Sérgio Lopes. **A Natureza Mista do Retrato Falado: Método de Investigação e Meio de Prova**. 2008. Disponível em: <file:///C:/Users/raphaelacsb/Desktop/ARTIGOS%20-%20GRADUA%C3%87%C3%83O/PAULO%20ROBSON/A%20natureza%20mista%20do%20retrato%20falado.pdf> Acesso em 12 nov. 2019.

SANNINI NETO, Francisco. **Funcionalismo da Investigação Criminal.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 24. jul 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75452/funcionalismo-da-investigacao-criminal> Acesso em 09 nov. 2019.

SEGER, Mariana da Fonseca; LOPES JR. Aury. **Prova Testemunhal e Processo Penal: A fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias.** Disponível em: < http://www.pucrs.br//wp-content/uploads/sites/11/2018/09/mariana_seger.pdf> Acesso em 14 nov. 2019.

---

[1] OLIVEIRA FILHO, Ênio Walcacer, Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins. Professor de Direito da Faculdade Serra do Carmo. E-mail:

www.conteudojuridico.com.br

ANÁLISE DOS ASPECTOS JURÍDICOS DAS AÇÕES COLETIVAS ENVOLVENDO O MEDICAMENTO SOFOSBUVIR

NANCY SAMPEDRO: Especialista em Contratos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestranda em Direitos Difusos e Coletivos na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Advogada.

RESUMO: O presente artigo busca analisar os vínculos entre acesso à justiça e a efetividade de um dos aspectos do direito à saúde, em especial o acesso aos medicamentos. Inicialmente se conceitua o direito a saúde como direito fundamental garantido constitucionalmente e, apresenta-se a problemática da judicialização do direito à saúde que trabalha com a dicotomia mínimo existencial e reserva do possível, após é analisado casos específicos que abordam a temática patente de medicamentos em face do direito da coletividade e, ações coletivas para fornecimento de medicamento para o tratamento de hepatite C.

PALAVRAS-CHAVES: direito à saúde, ações coletivas, fornecimento de medicamentos, SUS

Sumário: 1. Introdução – 2 Medicamento Sofosbuvir (hepatite c). 2.1 Ação Popular e a propriedade industrial. 2.2 Ação Civil Pública e a intervenção do poder judiciário 3. Considerações finais. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O direito à saúde é tratado pelo ordenamento jurídico brasileiro como sendo um bem jurídico que deve ser respeitado, conforme dispõe o artigo 196 da Constituição Federal de 1988.

Assim, como sujeito de direito é titular de direitos constitucionalmente protegidos, todos têm direito à vida, saúde, fornecimento de medicamentos, acesso a cuidados médicos, segurança, meio ambiente ecologicamente equilibrado, em suma são os bens jurídicos inalienáveis e indissociáveis que garantem a dignidade da pessoa humana, conforme artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948.

A saúde é um direito fundamental que possui um grau máximo de juridicidade e normatividade, sendo um tema de competência concorrente,

podendo assim todos os entes da federação, União, os Estados e o Distrito Federal legislar sobre o tema, conforme artigo 24, inciso XII da Constituição Federal.

A Administração Pública visando prover ao cidadão o direito a saúde assegurado pela Constituição, por meio da estruturação do Sistema Único de Saúde - SUS e demais medidas de Politicais Públicas, criou planos de ação específicos observado as necessidades regionais e sociais da população, a fim de garantir a todos de modo universal e igualitário o acesso a saúde, conforme artigo 198 da Constituição Federal.

Ocorre que, na pratica, o sistema desenvolvido não tem se mostrado eficaz, o que motivou os cidadãos a ingressarem judicialmente pleiteando do Estado à prestação de atendimento médico e fornecimento de tratamentos e medicamentos, eis que sua falta ou deficiência é capaz de causar dano irreparável ao sujeito, assim, iniciou-se as intervenções do Poder Judiciário na gestão de saúde.

A Judicialização é uma vontade do sujeito de propor ações judiciais que tratem "questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais". (Barroso, 2012, p.24)

Desse conflito de judicialização levanta-se a questão do mínimo existencial dos recursos financeiros do Estado para sua concretização, versus a reserva do possível que é à possibilidade financeira do Estado para cumprir a prestação exigida pelo cidadão.

Quanto ao mínimo existencial, os serviços de saúde não pressupõem a "gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa, assim como a integralidade do atendimento não significa que qualquer pretensão tenha de ser satisfeita em termos ótimos". (Sarlet, 2007, *online*)

De outro lado, tem-se à reserva do possível que poderá as questões de "ordem financeiro-orçamentária estrita, envolve também aspectos outros, tais como disponibilidade efetiva de leitos, aparelhos médicos avançados, profissionais de saúde habilitados, etc" (Sarlet, 2007, *online*)

O judiciário deve atuar nos casos de lacunas legislativas implementando a Constituição ou nos casos em que a legislação e atos não estão "sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir", sob a égide da autocontenção. (Barroso, 2009, p. 239)

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poder arcar com os custos do processo judicial. (Barroso, 2009, p. 245)

A judicialização da saúde embora seja uma estratégia legítima, não podem ser o principal instrumento deliberativo para se buscar mudanças, deve-se buscar outros meios de alcançar a eficácia pretendida por meio da revitalização das políticas públicas.

2. MEDICAMENTO SOFOSBUVIR (HEPATITE C)

O Ministério da Saúde classifica a Hepatite C como uma doença inflamatória causada pelo vírus HCV, de notificação compulsória, transmitida pelo contato com "sangue contaminado, sexo desprotegido e compartilhamento de objetos cortantes", podendo evoluir para cirrose e câncer de fígado, ainda não há vacina para este tipo e, o tratamento é medicamentoso com taxa de cura "em mais de 95% dos casos". (Ministério da Saúde, 2019, *online*)

Ante a ausência de vacina, destaca-se que o tratamento e a detecção precoce da doença, servem de instrumentos de controle da transmissão, eis que auxiliam no controle da disseminação do vírus.

O Ministério da Saúde por meio do Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), relaciona os medicamentos que distribuídos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e a sua aplicação especifica para o tratamento de determinada doença.

No que tange o tratamento da Hepatite C, estão previstas no documento supracitado, as seguintes medicações: Ombitasvir 12,5 mg, Veruprevir 75 mg, Ritonavir 50 mg comprimido, Dasabuvir 250 mg comprimido, Boceprevir 200 mg, Telaprevir 375 mg comprimido, Alfaepoetina 10.000 UI injetável, Filgrastim 300 mcg injetável (Rename, 2018).

2.1AÇÃO POPULAR E A PROPRIEDADE INDUSTRIAL

A discussão neste tópico será referente a patente e o fornecimento do medicamento Sofosbuvir, fármaco antiviral, comercializado sob a denominação Sovaldi, pela fabricante multinacional Gilead Pharmasset LLC ("Gilead").

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O processo de patente do fármaco Sofosbuvir pelo Instituto Nacional da Propriedade Indústria (INPI), tramitou sob pedido nº PI 0410846-9 B1, sendo depositado em 21/04/2004, tendo sua concessão definitiva deferida em 15/01/2019 com prazo de validade de 10 (dez) anos, observadas as condições legais. (INPI, 2019).

Ocorre que, enquanto tramitava o processo de patente o Instituto de Tecnologia em Fármacos da Fiocruz – Farmanguinhos (Fiocruz) desenvolveu um medicamento genérico do Sofosbuvir, eficaz e com um custo quatro vezes menor, obtendo registro para comercialização no território nacional junto a Anvisa. (O Globo, 2018, *online*)

Diante desse quadro, em 07/08/2018 a Fiocruz apresentou no processo de pedido de patente supracitado, um "Subsídio ao Exame Técnico" se posicionando de forma contrária à concessão da patente, tendo como argumentos técnicos, que "a invenção não foi descrita de forma suficiente [...] de modo que um técnico no assunto possa reproduzir o composto reivindicado", além do monopólio de mercado. (O Globo, 2018, *online*)

Na esfera social, houve mobilização, mais de cinquenta mil pessoas assinaram um abaixo assinado que visava a rejeição da patente. (Change, 2018, *online*)

No âmbito judicial houve a propositura de algumas ações, com destaque para Ação Popular nº 1019631-97.2018.4.01.3400 que tramitou perante a 14ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, sendo ao final julgada improcedente.

Em 02/10/2018 foi protocolado junto ao INPI a decisão liminar proferida nos autos da Ação Popular supracitada obtida para anular o ato administrativo de concessão da patente, conforme abaixo transcrita:

> À vista de todo o exposto, com fulcro no art.5º, §4º, da Lei nº 4717/65, concedo a liminar requerida para: a)Reconhecer que o INPI, ao deixar de enfrentar, expressamente, os argumentos de que o pedido de patente aqui questionado não se coadunava com o interesse social, tecnológico e econômico do País (sob a ótica do Programa de Combate a hepatite C, mantido pelo SUS), desrespeitou a sua obrigação constitucional de zelar, preventivamente pela guarda da soberania nacional de interesse público, na exata medida do

> art. 5º, XXIX, da Constituição Federal e dos arts. 2º e 18, I, da Lei nº 9279/96;b)Anular o ato administrativo do INPI que concedeu a patente do fármaco antiviral Sofosbuvir (comercializado sob a denominação Sovaldi) em favor das empresas GILEAD PHARMASSET LLC e GILEAD SCIENCE INC.; c) Determinar que o INPI: c1) reabra seu procedimento administrativo e, pelos meios cabíveis corrija a omissão reconhecida na alínea "a" supra; c2) comunique esse juízo as providências a serem adotadas; c3) informe, oportunamente, a solução final dada ao pedido; d) Alertar as partes que o descumprimento da liminar ora concedida ensejará a imposição de pena pecuniária e pessoal a todos aqueles que deram causa. Outrossim, também pelos fundamentos já apresentados, postergo, por ora o enfrentamento do pedido de reconhecimento liminar da situação de interesse público em relação ao Programa do SUS para o tratamento gratuito da Hepatite C e da eventual necessidade de se outorgar licenciamento compulsório a terceiros, conforme autoriza o art. 71 da Lei 9.279/96 (regulamentado pelo Decreto nº 3201/99)

Ao analisar os fundamentos da decisão acima, primeiramente, observa-se que foi reconhecido pelo Magistrado o descumprimento do artigo 5º, XXIX, da Constituição Federal e do artigo 2º da Lei nº 9279/96, que asseguram aos autores de inventos industriais, proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, privilégio temporário para sua utilização, a exceção de inventos que possuam interesse social e impactem no desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Ao depois, o artigo 18, I, da Lei nº 9279/96, que estabelece que não é patenteável, "o que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas".

Da leitura dos artigos supracitados, observa-se que temos dois direitos fundamentais em conflito, o direito das indústrias farmacêuticas de patentear que os medicamentos inovadores frutos do investimento em pesquisas e, de outro o interesse social.

A solução desse empasse, está no Estado constitucional de direito que possui como núcleo a dignidade da pessoa humana, de onde irradia os direitos fundamentais. (Barroso, 2009, p. 225)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nessa lógica, um direito fundamental deve ser "ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, situação em que deverá ser aplicado na maior extensão possível", observado "os limites fáticos e jurídicos, preservado o seu núcleo essencial". (Barroso, 2009, p. 228)

O jurista Willis Santiago Guerra Filho (1989, p.75), sob a ótica do princípio da proporcionalidade, entende que se a medida "atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens".

Na situação em comento, a Política Nacional de Medicamentos (PNM), por meio da Portaria MS/GM n° 3.916, de 30 de outubro de 1998, garante acesso da população aos medicamentos considerados essenciais, portanto, ao Sofosbuvir e, ainda, no Rename encontra-se listados outros medicamentos que também auxiliam no tratamento da Hepatite C.

Sob a ótica pragmática, seria um conflito de interesses entre o Estado que teria um aumento de suas despesas pois teria que arcar com a compra do medicamento, em contrapartida, negando-se a concessão sobre o mercado se produziria um efeito negativo, eis que as indústrias farmacêuticas poderiam deixar de investir em novos medicamentos, ante a ausência de proteção e garantia de reserva temporária de mercado que viabiliza o retorno dos gastos com pesquisa e obtenção de lucro.

Ambas as hipóteses acima descritas impactam no direito de saúde da população, no primeiro ante ausência de disponibilização do medicamento no SUS, no segundo pela ausência do desenvolvimento de novos medicamentos capazes de erradicar as doenças que ainda não possuem cura específica, a título de exemplo o câncer.

Insta destacar que, a empresa que possui o registro da patente do medicamento junto ao INPI tem garantido o seu direito exclusivo de exploração econômica do produto por prazo determinado, porém, para comercializá-lo será necessário obter autorização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Ressalta-se que, o Brasil ao ser signatário da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, assumiu o compromisso de atuar de forma a combater a hepatite, conforme prevê o Objetivo 3.3.

Com base nisso, outro medicamento para tratamento da hepatite C, foi alvo de mesma discussão judicial, o daclatasvir que é comercializado pela indústria

farmacêutica Bristol-Myers Squibb (BMS) sob o nome comercial de Daklinza, cuja patente foi concedida pelo INPI em outubro de 2018. (O Globo, 2019, *online*)

2.2 AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Nesse tópico será abordado questões econômicas referente ao medicamento Sofosbuvir, que possui registro na ANVISA e, foi incorporado ao Sistema Único de Saúde por meio da Portaria n.º 29/2015 do Ministério da Saúde, sendo classificado como um medicamento de alto custo de aquisição.

O Ministério Público Federal ajuizou a Ação Civil Pública nº 5024822-49.2018.4.03.6100 em face da União, que tramitou perante a 6ª Vara Cível Federal de São Paulo, objetivando, a entrega da programação trimestral e estoque de segurança de uma lista de medicamentos indicados para o tratamento da Hepatite C à Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo (SES/SP), em uma única remessa, dentre os medicamentos está o Sofosbuvir 400 mg, sendo o valor da ação R$ 108.364.960,00.

A Constituição Federal estabelece que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, de competência material comum entre os entes federativos, indistintamente, portanto, há solidariedade entre os entes para o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos ao cidadão, conforme artigos 23, II e 196 do citado diploma legal, sendo esse o entendimento jurisprudencial dominante.

Nesse sentido, a Lei 8080/1990 "dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes", tendo previsto como uma das atuações do SUS, a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica conforme prevê o artigo 6º, inciso I, alínea "d".

Logo, a "falta ou a falha na prestação da assistência farmacêutica, é um fator que evidência a ineficiência da estrutura do SUS", tendo a "população tem se valido do Poder Judiciário para executar essa prestação", que irá determinar que a Administração Pública cumpra "o dever que a Constituição lhe impõe, garantindo, assim, o exercício do direito à saúde", sob pena de multa. (Gandini, 2008)

Nesse sentido, nos autos da ação supracitada o Magistrado na decisão que concedeu a liminar, reconheceu que a "obrigação de custeio pela União não importa em transformar o Poder Judiciário em co-gestor dos recursos destinados à saúde pública", eis que o "acolhimento da pretensão ora deduzida apenas torna efetivo o direito de integral assistência à saúde".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A ideia de co-gestor decorre da necessidade de previsão orçamentária que é apontada como um limite à atuação do Estado para a efetivação de direitos sociais, sendo tais argumentos econômicos fundados na teoria da "reserva do possível".

A teoria da reserva do possível é uma "espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais", devendo ser observado "os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais", bem como "da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental". (Sarlet, 2007, *online*)

Em contrapartida, temos a teoria do mínimo existencial com base na dignidade da pessoa humana, que garante a todos o mínimo para que haja a "sobrevivência condigna, como algo que o Estado não apenas não pode subtrair ao indivíduo, mas também como algo que o Estado deve positivamente assegurar, mediante prestações de natureza material". (Sarlet, 2007, *online*)

Retornado ao argumento da previsão orçamentária, temos que a Constituição Federal de 1988 no artigo 167 veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual, anelada a Lei orgânica do SUS que no artigo 15, II estabelece que os entes federativos "exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições: II - administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde".

Inclusive, insta trazer à baila, que o medicamento Daclatasvir combinado com o Sofosbuvir foi usada exclusivamente pelo SUS de 2015 até 2017 para o tratamento da hepatite C, mas ante a "alta do preço praticado pela BMS em novembro de 2018, o governo brasileiro optou por outra combinação, mais barata, a de Sofosbuvir com Velpatasvir". (O Globo, 2019, *online*)

Portanto, ante a concessão da patente em outubro de 2018 do medicamento Daclatasvir, observa-se que houve um aumento do preço do medicamento, fazendo com que o Estado-gestor optasse por substitui-lo pelo Velpatasvir.

Assim, deve o Magistrado ao julgar agir com cautela, para que "o Poder Judiciário não interfira/inviabilize a discricionariedade do Poder Executivo na elaboração de suas políticas públicas, afastando, assim, qualquer possibilidade de afronta ao pacto federativo". (Gandini, 2008, *online*)

Por fim, ante a análise e ponderação dos efeitos com base na proporcionalidade, conclui-se que o argumento da reserva do possível pode ser acolhido se restar demonstrado pelo Poder Público, que "a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais". (Gandini, 2008, *online*)

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a Ação Popular e a Ação Civil Pública são os principais instrumentos a serem utilizados pelo cidadão para defesa de direitos transindividuais, na tutela coletiva de direitos.

Quanto ao objeto temos que o direito à saúde é direito fundamental que está diretamente ligado ao direito à vida e à existência digna, sendo uma obrigação do Estado e uma garantia de todo o cidadão, consagrado no artigo 196 da Constituição Federal e no artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Consequentemente, o enfermo possui direito a ter acesso ao tratamento adequado e, ao fornecimento dos medicamentos que se fizerem necessários para a sua recuperação ou redução das consequências da doença que lhe acomete, não podendo haver qualquer discriminação.

Por fim, deve o judiciário continuar realizando a análise das especificidades de cada caso concreto, para verificar a pertinência e possibilidade de concessão do pedido.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 set. 2019

BRASIL. Congresso Nacional. **Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 set. 2019

BRASIL. Congresso Nacional. **Estatuto do Idoso - Lei no 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 27 set. 2019

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicia**l. In: BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional - t.4: tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 217-256.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Revista (Syn)thesis. Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433. Acesso em: 06 de nov. 2019

CHANGE. **Abaixo assiando - Peça agora a rejeição da patente do medicamento para a hepatite C.** Disponível em: https://www.change.org/p/pe%C3%A7a-agora-a-rejei%C3%A7%C3%A3o-da-patente-do-medicamento-para-a-hepatite-c Acesso em: 27 set. 2019

COSTA, Ivana Ganem. Aplicação dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial no fornecimento de medicamentos. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 05, n. 54, p. 7-40, jun. 2010.

Dias, Rodrigo Mendes. **Ações coletivas como um instrumento de efetivação a direitos de propriedade intelectual.** 2016. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial - critérios e experiências. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 03, n. 28, p. 7-46, abr. 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaios de teoria constitucional**. Fortaleza: UFC, 1989. p. 75.

INPI. **Consulta a base de dados.** Disponível em: https://gru.inpi.gov.br/pePI/servlet/PatenteServletController?Action=detail&CodPedido=694674&SearchParameter=PI0410846-9%20%20%20%20%20%20&Resumo=&Titulo= Acesso em: 27 set. 2019

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Hepatites.** Disponível em: http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/hepatite Acesso em: 27 set. 2019

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Rename.** Disponível em: https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/dezembro/17/170407M2018final.pdf Acesso em: 27 set. 2019

OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. A saúde como direito fundamental: algumas considerações nos vinte anos da Constituição brasileira. **Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 13, p. 139-164, jan./dez. 2008.

O GLOBO, **Remédio contra hepatite C só poderá ser vendido no Brasil por empresa americana**. Helena Borges e Cesar Baima, 18/09/2018. Disponível em: https://oglobo.globo.com/sociedade/remedio-contra-hepatite-so-podera-ser-vendido-no-brasil-por-empresa-americana-23079710 Acesso em: 27 set. 2019

O GLOBO, **Em nova batalha de patentes, remédio para tratamento da hepatite C pode ser barateado.** Helena Borges. Publicado em 09/04/2019. Disponível em: https://oglobo.globo.com/sociedade/em-nova-batalha-de-patentes-remedio-para-tratamento-da-hepatite-pode-ser-barateado-23584500

PAGOTTO, Leopoldo. Aspectos de direito econômico da sentença da ação civil pública proposta contra o alegado cartel dos genéricos. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 17, n. 18, p. 362-378, jul./dez. 2010.

PERLINGEIRO, Ricardo. Demandas judiciais sobre internação hospitalar e medicamentos e escassez de recursos: a justiça faz bem à saúde? **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 03, n. 17, p. 115-132, mar./abr. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** Direitos Fundamentais e Justiça, n. 1, Out./Dez. 2007.

STJ**, AgRg no REsp 1.545.352/SC**, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe de 05/02/2016.

STJ. **Recurso Especial nº 1.410.520 - MG** (2013/0345394-4), Relatora: Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, DJE 03/12/2013.

STJ. **Tema 106.** Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS. Disponível em: www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106

www.conteudojuridico.com.br

PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO

DIEGO BONIFÁCIO DE SOUZA: Bacharelando em Direito pela FASEC – Faculdade Serra do Carmo.

ÊNIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO[1]

(Orientador)

RESUMO: A presente pesquisa tem por escopo analisar acerca dos aspectos jurídicos da prisão após a condenação em segunda instância, como também, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal ao longo da discussão da casuística. A partir disso, abordou-se acerca da discussão no que atine constitucionalidade de dispositivos contidos no Código de Processo Penal, através das Ações Declaratórias de Constitucionalidade. Esta pesquisa foi subsidiada por revisão bibliográfica e legal, utilizando o tipo de pesquisa descritiva. Nesta senda, para obtenção do resultado da presente pesquisa partiu-se de duas variáveis, quais sejam: a uma, os princípios constitucionais do acusado e impossibilidade de prisão após a condenação em segunda instância, a duas, a possibilidade da execução provisória da pena após a condenação em segunda instância.

Palavras-chave: Prisão; Execução Provisória da Pena; Ação Direta de Constitucionalidade.

ABSTRACT: This research aims to analyze the legal aspects of the prison after the conviction in the second instance, as well as the position of the Federal Supreme Court throughout the discussion of casuistry. From this, we approached the discussion regarding the constitutionality of provisions contained in the Code of Criminal Procedure, through the Declaratory Actions of Constitutionality. This research was supported by bibliographic and legal review, using the type of descriptive research. In this way, to obtain the result of the present research, two variables were used: one, the constitutional principles of the accused and the impossibility of arrest after the second instance conviction, and two, the possibility of provisional enforcement of the judgment after conviction at second instance.

Keywords: Prison; Provisional Execution of the Penalty; Direct Action of Constitutionality.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. HISTÓRICO DE ENTENDIMENTOS DO STF. 3. DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O ARTIGO 283 DO CÓDIGO DE

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PROCESSO PENAL. 4. DEFINIÇÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO. 5. AS ADCs 43 E 44 E 54 E O CONTORNO DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por fundamento analisar A decisão do STF sobre o artigo 5º, LVII da Constituição Federal, artigo este que versa sobre o princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência, cujo teor informa que: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória". [2]

O Pretório Excelso entendia que a pena só poderia ser aplicada depois de esgotados todos os recurso cabíveis, que seriam interpostos perante: o segundo grau, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Contudo, no julgamento do HC nº 126.292, o Supremo mudou seu entendimento, decidindo por sete votos a quatro, que o réu poderia ser preso após sentença no segundo grau, antes de esgotados todos os recursos possíveis.

É que, segundo os defensores da prisão após a condenação em segunda instância, utilizaram como fundamento o fim da morosidade da justiça, a sensação de impunidade e o intuito de prestigiar o trabalho de juízes de primeira e segunda instância para que não sejam apenas tribunais de passagem, além de por fim a inúmeros recursos com intenção apenas de protelar o processo. Os ministros defendem a ideia de que a presunção de inocência já foi assegurada até o segundo grau, não tendo relação com o trânsito em julgado da sentença.

Porquanto, existe a corrente dos que discordaram com entendimento supramencionado, levaram-se em conta os dispositivos no âmbito internacional, como também o regramento contido na Constituição Federal, segundo a qual, preconiza a presunção de inocência, como direito fundamental do acusado, sem descurar que condiciona a execução da pena, somente após o trânsito em julgado.

Além de resumo, introdução e considerações finais, o presente artigo será estruturado da seguinte forma: no primeiro item será analisado o contexto e histórico de entendimento do Supremo Tribunal Federal. Enquanto no segundo item será analisando o princípio da presunção de inocência e demais dispositivos legais envolvidos na casuística em questão. Porquanto, no terceiro item será conceituado o trânsito em julgado, já no item, abordará acerca do contexto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade ajuizadas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2. HISTÓRICO DE ENTENDIMENTOS DO STF

Segundo Lima (2017. p. 49) em regra os recursos especiais e extraordinários não possuem efeitos suspensivos. Por isto, prevaleceu durante anos, o entendimento, segundo o qual, era cabível a execução provisória da pena, independente de qualquer hipótese que autorizasse a prisão preventiva do acusado. Nesse contexto, vejamos o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça: "A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão." (cf. SÚMULA 267. STJ).

Ocorre que, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus 84.078-7/MG de 05.02.2009, o plenário do Supremo Tribunal Federal esposou o entendimento segundo o qual, a execução da pena só poderia ser executada após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, haja vista a necessidade do trânsito em julgado, mesmo considerando que os recursos extraordinários não são dotados de efeitos suspensivos. Vejamos a ementa do Acórdão em testilha:

> "HABEAS CORPUS". INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.
>
> 1. O art. 637 do CPP estabelece que " (o) recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoado pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".
>
> 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.
>
> 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.
>
> 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de

natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente".

6. A antecipação da execução penal, ademais é incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais (leia-se STJ e STF) serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional (art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52), o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque disse o relator ---"a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.
>
> 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). "É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida" (HC nº 84.078-7/MG; Rel. Min. Eros Grau, *DJe* de 26-02-2010).

Todavia, em 2016, o Supremo Tribunal Federal STF decidiu pela constitucionalidade da execução provisória de acórdão penal condenatório em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, conforme o HC 126.292/SP.

É dizer, a Corte Constitucional, entendeu ser possível o início da execução da pena após a confirmação da sentença em segundo grau. Na ocasião, para a maioria dos ministros da Suprema Corte, admitir a prisão após a prolação de acórdão em segundo grau, não compromete o princípio constitucional da presunção da inocência. Nas palavras do relator, Ministro Teori Zavascki:

> [...] cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto

> em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.
>
> EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido m grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (Supremo Tribunal Federal, Plenário, HC 126.292/SP, DJ 17/05/2016)

Na linha do supramencionado, naquela ocasião, o Supremo Tribunal Federal, concluiu que é possível a execução penal provisória, ainda que inexista trânsito em julgado, ainda que ausentes os requisitos ensejadores da prisão cautelar, isto, segundo o entendimento esposado, não ofenderia a presunção de inocência.

3. DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O ARTIGO 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Antes de explanarmos a respeito do princípio da presunção de inocência, é preciso compreender o que é princípio e a sua importância na aplicação do direito. Vejamos os ensinamentos sobre o tema:

> Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento. ÁVILA, 2016, pág. 225 – 226.

De início, é preciso compreender a importância da presunção de inocência como princípio e garantia fundamental do Direito Constitucional. É que tal dispositivo constitucional, é estampado no rol de direitos e garantias fundamentais, contidas no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso LVII: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".

Nesse contexto, o doutrinador Renato Brasileiro, assinala que, esta previsão constitucional só veio vigorar no ordenamento jurídico pátrio, com advento da Constituição de 1988, haja vista que, este princípio apenas existia de forma implícita no ordenamento pátrio, o que decorria do devido processo legal. Nesse sentido:

> Consiste, assim, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório). (LIMA. Renato Brasileiro. 2015. P. 43).

Não é demais dizer que, a presunção da inocência é prevista pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH), em seu artigo art. 11, o que não pode ser interpretado no sentido de restringir ou limitar a sua aplicação.

> Art. 11: I - Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.
>
> II - Ninguém será condenado por acções ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam acto delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o acto delituoso foi cometido.

Nesse diapasão, tem-se que o princípio da presunção de inocência resguarda juntamente com os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, os direitos e garantias. Assim nos ensina Paulo Mascarenhas:

> Da presunção da inocência se infere que não pode haver a inversão do ônus da prova. Ao estado, a quem compete a formalização da denúncia, cabe a produção das provas necessárias para tanto, asseguradas ao acusado a ampla defesa e o estabelecimento do contraditório. Para haver condenação é necessário que o juízo esteja realmente convencido da culpabilidade do autor, caso contrário, se infirma a presunção da inocência, corolário do in dubio pro reo. O nome do acusado somente pode ser lançado no rol dos culpados após o trânsito em julgado da sentença condenatória, vale dizer, quando da sentença não cabe mais nenhum recurso. (MASCARENHAS, 2010, p.78).

É dizer, segundo o princípio da presunção de inocência, é assegurado garantia de um julgamento justo, com ampla defesa e contraditório, garantindo-lhe, ao acusado sua liberdade até que seja legalmente provada sua culpa.

Dito isto, é imperioso ressaltar, que ao acusado, é assegurado o direito de somente ser preso em virtude de uma sentença penal condenatória legal, onde hajam sido assegurados todos os direitos do acusado.

Não é outro o entendimento prelecionado por Rafael Ferrari em seu artigo sobre a presunção de inocência como garantia processual penal:

> Trata-se de um princípio manifestado de forma implícita em nosso ordenamento jurídico. O texto constitucional não declara a inocência do acusado. Contudo, demonstra o fato de ele não ser necessariamente o possuidor da culpa pela prática do fato que lhe é imputado. (FERRARI. 2012).

Nos dizeres de Alexandre de Moraes sobre a presunção de inocência:

> Dessa forma, há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal, permitindo-se o odioso afastamento de direitos e garantias individuais e a imposição de sanções sem o devido processo legal e a decisão definitiva do órgão competente. (MORAES, Alexandre, 2014, p.123).

Neste espeque, é dever do Estado à comprovação de culpa do indivíduo a quem é imputado uma conduta tida como criminosa. É dizer, é atributo de o Estado provar a culpabilidade e não do individuo provar sua inocência.

> A consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continua sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de não culpabilidade dos réus, pode valida- mente incidir sobre seu *status libertatis.* Desta forma, permanecem válidas as prisões temporárias, em flagrante, preventivas, por pronúncia e por sentenças condenatórias sem trânsitos em julgado. . (MORAES, 2014, p.123).

Neste contexto, conforme assevera a Constituição Federal, ninguém poderá ter privada sua liberdade, se não com advento de uma decisão condenatória ou em casos específicos como, por exemplo, a prisão em flagrante delito. Logo, qualquer prisão que não esteja prevista na lei ou não houver uma condenação penal, será considerada ilegal, cabendo nesse caso *habeas corpus*. Este princípio assegura a liberdade e defende a não culpabilidade do acusado para que ele possa se defender com todos os seus direitos e garantias constitucionais.

> 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:
>
> LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Porquanto, já no que atine ao Código de Processo Penal brasileiro, instituído pelo Decreto Lei nº 3.689 de 1941, assim dispõe:

> Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Ademais, pela leitura do artigo supramencionado, é possível afirmar que o legislador infraconstitucional, também condicionou a privação de liberdade, tão somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nos dizeres de Renato Brasileiro de Lima:

> O art.283, CPP é categórico ao estabelecer as hipóteses em que pode haver restrição à liberdade de locomoção no processo penal: a) prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva; são as únicas espécies de prisões cautelares possíveis de decretação no curso da investigação ou do processo; b) prisão penal que só pode ser objeto de execução com o trânsito em julgado de sentença condenatória. Há, portanto, um requisito de natureza objetiva para o início do cumprimento da reprimenda penal, qual seja, a formação de coisa julgada, que é obstada pela interposição de todo e qualquer recurso, seja ele ordinário ou extraordinário, seja ele dotado de efeito suspensivo ou não. (LIMA. 2017, pág. 49).

Neste contexto, mesmo os recurso extraordinários não serem dotados de efeitos suspensivos e possuírem fundamentação vinculada, este argumento não pode subsidiar a execução antecipada da pena, haja vista que a interposição destes recursos, impede que ocorra o trânsito em julgado, expressamente contido no art. 283 do Código de Processo Penal, como requisito nuclear para a execução da pena.

Em arremate, a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

4. DEFINIÇÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O trânsito em julgado de uma decisão significa que a sentença se tornou definitiva, não podendo mais ser alterada, pelo fato de ter transcorrido o prazo para a interposição de eventuais recursos ou por não caber mais recursos sobre ela.

Nos dizeres de Távora:

> Coisa julgada, a rigor, ocorre para situações onde há sentença propriamente dita, com julgamento da pretensão punitiva em seu mérito. A coisa julgada se agrega à parte dispositiva de um julgado, tornando-o imutável. É fenômeno que se dá com o decurso do prazo recursal "em branco" (*In albis*), sem que as partes interponham o recurso cabível, ou, em tendo havido recurso, após a apreciação definitiva deste. (TÁVORA. 2015. Pág.1037).

Pacelli (2003. P. 590) leciona que coisa julgada "não é um efeito, mas uma qualidade da" sentença "da qual não caiba mais recurso", ou seja, "é a imutabilidade da sentença, de modo a impedir a reabertura de novas indagações acerca da matéria nela contida"

Nesse sentido, trânsito em Julgado é uma expressão que indica que não cabe mais recurso contra decisão judicial porque as partes não apresentaram o recurso no prazo em que a lei estabeleceu ou porque a hipótese jurídica não admite mais interposição de pedido de reexame daquela matéria. Quando ocorre o trânsito em julgado, que deve ser certificado nos autos do processo, diz-se que a decisão judicial é definitiva, irretratável, pois “A lei não prejudicará a coisa julgada.” (BRASIL, 2018).

No Código de Processo Civil o trânsito em julgado está previsto nos seguintes termos: “Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. (BRASIL, 2015)

Contudo, há quem defenda, no caso em tela, que os recursos interpostos no STJ e no STF, por se tratarem de matéria federal e constitucional respectivamente, não possuem envolvimento de matéria fática, levando o trânsito em julgado no campo dos fatos. Restando assim, apenas questões jurídicas a serem discutidas, o que por sua vez, são procedimentos que não levaria a mudança do que fora decidido, legitimando a execução provisória da pena. Entendimento não previsto no ordenamento jurídico do nosso país. O conteúdo supramencionado

relativiza o conceito de trânsito em julgado de uma decisão, já que lhe atribui à possibilidade de rediscussão de uma decisão. (CARVALHO, 2014. Pág. 187).

Vale ressaltar que as questões de fato e de direito não possuem hierarquia dentro de um processo, nem ao menos de uma decisão. Ambas são fundamentais para que se chegue a uma decisão consciente e proporcional ao fato discutido. Ao contrário do que se afirmar, os recursos especiais e extraordinários podem sim alterar uma decisão, vejamos um exemplo, uma condenação em primeiro grau sob a ótica da questão dos fatos, sendo a decisão confirmada pelo juiz de segunda instância. Todavia, os fatos deveriam ter sido analisados através do princípio da insignificância, questão passível de recurso especial.

Inaceitável, assim, a decretação da execução provisória após a decisão de segunda instância, pois geraria concreta situação de injustiça e má condução do sistema judiciário brasileiro.

Por fim, não há no direito, a separação do trânsito em julgado da matéria de fato e da matéria de direito. O trânsito em julgado da matéria consiste na decisão do caso como um todo, assim, não existindo mais a possibilidade de interposição de qualquer recurso.

5. AS ADCs 43 E 44 E 54 E O CONTORNO DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Por ocasião do julgamento do Habeas Corpus 126/292 SP, consolidou o entendimento que serviu como fonte jurisprudencial para diversos outros julgamentos, o que trouxe o questionamento acerca da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que dispõe:

> Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Nesse ínterim, houve o ajuizamento de Ações Declaratórias de Constitucionalidade, as quais tinham como autoria, respectivamente o Partido Ecológico Nacional e o Conselho Federal da OAB, que são numeradas da seguinte forma: nº 43 e 44 e 54 no ano de 2016.

Nesse contexto, as aludidas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, tinham por escopo obter a declaração da constitucionalidade do artigo 283 do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Código de Processo Penal, no que atine à afronta da execução provisória da pena ao referido dispositivo.

Repise-se, pois, que na analise liminar das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, tiveram o indeferimento da liminar, conforme passamos a colacionar:

> Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. INDEFERIMENTO DOS PEDIDOS DE MEDIDA CAUTELAR. 1. A interpretação que interdita a prisão quando já há condenação em segundo grau confere proteção deficiente a bens jurídicos tutelados pelo direito penal muito caros à ordem constitucional de 1988, como a vida, a segurança e a integridade física e moral das pessoas (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144). O enorme distanciamento no tempo entre fato, condenação e efetivo cumprimento da pena (que em muitos casos conduz à prescrição) impede que o direito penal seja sério, eficaz e capaz de prevenir os crimes e dar satisfação à sociedade. Desse modo, muito embora uma das leituras possíveis do art. 283 do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei nº 12.403/2011) limite a prisão às hipóteses de trânsito em julgado, prisão temporária ou prisão preventiva, deve-se conferir ao preceito interpretação que o torne compatível com a exigência constitucional de efetividade e credibilidade do sistema de justiça criminal. 2. O reconhecimento da legitimidade da prisão após a decisão condenatória de segundo grau não viola o princípio da reserva legal, uma vez que não se trata de criação, pelo STF, de nova modalidade de prisão sem previsão em lei, mas de modalidade extraída do art. 637 do CPP: a prisão como efeito da condenação enquanto pendentes os recursos especial e extraordinário. Não tendo o recurso especial (REsp) e o recurso extraordinário (RE) efeito suspensivo, tem-se como decorrência lógica a possibilidade de se dar início à execução penal. 3. Como

argumento adicional, seria até mesmo possível extrair a previsão legal para a prisão após sentença condenatória de segundo grau do próprio art. 283 do CPP – questionado 2 nessas ADCs –, na parte em que autoriza a prisão preventiva no curso do processo. Com o esgotamento das instâncias ordinárias, a execução da pena passa a constituir exigência de ordem pública (art. 312, CPP), necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. Nessa hipótese, dispensa-se motivação específica pelo magistrado da necessidade de "garantia da ordem pública" e do não cabimento de medidas cautelares alternativas. 4. O baixo índice de provimento dos recursos de natureza extraordinária em favor do réu, tanto no STF (inferior a 1,5%) quanto no STJ (de 10,3%), conforme dados dos próprios Tribunais, apenas torna mais patente a afronta à efetividade da justiça criminal e à ordem pública decorrente da necessidade de se aguardar o julgamento de RE e REsp. Eventual taxa mais elevada de sucesso nesses recursos verificada em algumas unidades da federação, que se mantêm recalcitrantes em cumprir a jurisprudência pacífica dos tribunais superiores (por exemplo, em ilícitos relacionados a drogas), não deve se resolver, em princípio, com prejuízo à funcionalidade do sistema penal, mas com ajustes pontuais que permitam maior grau de observância à jurisprudência dos tribunais superiores. 5. Em relação aos pedidos subsidiários, entendo que: (i) não é o caso de excepcionar o STJ da aplicação do entendimento ora manifestado, pois, embora as funções exercidas por um e outro tribunal nas causas criminais não sejam idênticas, ambas as instâncias são consideradas extraordinárias e não há direito ao triplo ou quádruplo grau de jurisdição; e (ii) não é cabível a pretendida modulação dos efeitos temporais do entendimento do STF no HC 126.292, uma vez que a alteração jurisprudencial, além de versar sobre matéria processual penal (sem configurar norma de natureza mista), não cria novo crime ou nova sanção penal, nem gera qualquer prejuízo à segurança jurídica, à boa-fé ou à confiança dos réus. 6. Interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, para se excluir a possibilidade de que o texto do dispositivo seja interpretado no sentido de obstar a execução provisória da pena depois da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado. Indeferimento dos pedidos de medida cautelar formulados nas ADCs 43 e 44, por ausência de plausibilidade jurídica. (BRASIL. STF. Ações Declaratórias De Constitucionalidade 43 E 44. RELATOR: MIN. Marco Aurélio. Data de julgamento: 06-03-2018).

Desta forma, votaram a favor da execução provisória da pena e pelo indeferimento da liminar, os Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luiz Fux, Carmén Lúcia e Gilmar Mendes. Votaram contra a execução provisória da pena os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Lewandowski.

No dia 07 (sete) de novembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 e confirmou por maioria dos votos, acerca da combinação do art. 283 do Código de Processo Penal com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988. Tendo por objeto a discussão da possibilidade da prisão após condenação em segunda instância, com repercussão no princípio da presunção de inocência, decidindo constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início da pena. Nesse diapasão, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade foram julgadas procedentes, com fulcro na hermenêutica constitucional, sem, contudo, relação direta com nenhum caso concreto.

Desse modo, tem-se que a Corte Suprema, esposou o entendimento sob fundamento na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual prevê a presunção de inocência, dialogando positivamente com a Constituição Federal.

É que o art. 5º, LVII, da CF, e também o Código de Processo, é cristalino, ao assinalar que o acusado só poderá cumprir a pena após o trânsito em julgado. Sendo, contudo, mantida a previsão de prisão cautelar, destinada a todos os criminosos perigosos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente pesquisa foi analisada a execução provisória da pena, após confirmação da sentença condenatória de segundo grau, com escopo de averiguar se este instituto contraria ou não, preceitos fundamentais resguardados pela Constituição Federal, principalmente à luz do princípio da presunção de inocência.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesse contexto, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a presunção de inocência apenas se tornou positivada pela Constituição Federal de 1988, a qual assinala dentre seus artigos, o artigo 5º, inciso LVII, incluso no rol dos direitos e garantias fundamentais, dispondo que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Todavia, mesmo existindo disposição constitucional sobre princípio da presunção de inocência, por um período adotou-se a execução provisória da pena no Brasil, até o julgamento do HC nº 84.078/MG em 2009, quando o plenário do Supremo Tribunal Federal através da relatoria do Ministro Eros Grau, se posicionou pela incompatibilidade do referido instituto com o direito fundamental estabelecido pela presunção de inocência.

Ocorre que, novamente a matéria foi levada a discussão pela Corte Constitucional, através do julgamento do HC nº 126.292/SP, ocasião em que fora adotado entendimento oposto ao esposado em 2009, segundo o qual permite a execução provisória de pena, logo após a condenação em segunda instância, ainda que sujeito a recurso especial ou recurso extraordinário, entendendo naquela ocasião que isto não fere o texto constitucional por não violar o princípio da presunção de inocência.

Nesta senda, atestou-se pelo presente trabalho que, o assunto não possui entendimento maciço na doutrina, como também no histórico de entendimento do Supremo Tribunal Federal, que por várias vezes modificou seu entendimento sobre o tema em testilha.

É que, em várias ocasiões a Corte mudou seu entendimento. À vista disso, verificou-se que em que pese existirem fortes argumentos defendendo a prisão após a condenação em segunda instância, constitucionalmente analisando, tem-se que não é possível, haja vista que a Constituição Federal assinala como requisito para a execução, que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de modo a afastar a inocência e declarando a culpa.

Nesta ordem de ideias, segundo os conceitos adotados pela presente pesquisa, é possível afirmar que o trânsito em julgado é materializado como uma sentença de torna imutável é dizer, quando não existe mais possibilidade de interposição de quaisquer recursos previstos no ordenamento jurídico Pátrio.

Dessume-se, portanto, que, caso a pena seja executada antes do trânsito em julgado, será mesmo o caso de uma evidente inconstitucionalidade, eis que ausentes um dos requisitos nucleares previstos pelo legislador constituinte, para a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

prisão, qual seja, que tenha ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 17.ed. rev e atual. São Paulo, Malheiros Editores, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, Vade Mecum. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2014. Art. 5º.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Acesso em: 19 nov.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Direito Constitucional e Penal. Princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. Possibilidade da execução da pena após julgamento de segundo grau. Habeas Corpus nº 126.292. Relator. Ministro Teori Zavascki São Paulo, SP, 17 fev. 2016. pp. 01, 09, 98.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 106.474/BA. Relator(a): Min. Rosa Weber. DJ: 29/03/2012. Data da publicação: 30/03/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 68.726. Relator Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, DJ 20/11/1992. Disponível em: Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.078. Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 26/02/2010. Disponível em: Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 126.292-/SP. Relator: Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. DJ 17/02/2016. Disponível em: . Acesso em 30 Nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 126.292, do Tribunal Pleno, Brasília, DF, Acesso em: 03 dez. 2019.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Processo Penal e Constituição. Princípios Constitucionais do Processo Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014.

FEDERAL, Supremo Tribunal. Habeas Corpus 126.292 São Paulo. Acessado em: 07 nov. 2019.

FERRARI, Rafael. O princípio da presunção de inocência como garantia processual penal. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3249, 24 maio 2012. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/21862. Acesso em: 4 dez. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

MASCARENHAS, Paulo. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 2.ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.

TÁVORA, Nestor e ANTONNI, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 3ª Edição, Revista, ampliada e atualizada, JusPodivm 2009.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

_____. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: . Acesso em: 29. Nov. 2019.

---

[1] Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, Especialista em Ciências Criminais e em Direito e Processo Administrativo, Bacharel em Direito e em Comunicação Social, todos os cursos pela UFT. Delegado de Polícia Civil no

Tocantins, professor titular de Direito Processual Penal na FASEC. Autor de obras jurídicas e de artigos e parecerista na revista ESMAT, VERTENTES do Direito na UFT e Revista da Defensoria do Tocantins.

[2] O artigo fora concluído antes do julgamento das ADCs 43, 44 e 54, no qual ficou decidido, consoante ao entendimento exposto neste artigo, pela inconstitucionalidade da prisão em segunda instância, em apertada votação de 6 a 5.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ECONOMIA COLABORATIVA, A PERCUSSORA DA SUSTENTABILIDADE EFICAZ

EDUARDO PAIXÃO CAETANO: Professor de Ciências Criminais e Delegado de Polícia Judiciária Civil. Doutorando em Ciências Jurídicas. Formação como Mestre em Direito Ambiental, especialista em Direito Público, pós-graduado em Direitos Difusos e Coletivos em Segurança Pública, especialista em Direito Penal e com certificação de MBA Executivo em Negócios Financeiros. Autor dos livros jurídicos: "Direitos Humanos, vocação do Delegado de Polícia" (ISBN 978-85-400-1964-5) lançado em 2017, e da obra "Consciência ambiental para efetivação da dignidade humana no sistema prisional" (ISBN 978-85-400-2178-5), autor de artigos científicos e matérias publicadas em mídia impressa e eletrônica.

RESUMO: Um dos argumentos em favor do Consumo Colaborativo é a sua possível contribuição para um desenvolvimento mais sustentável. O Consumo Colaborativo é potencial para atender as necessidades humanas. Sendo cada caso com suas características e fatores específicos, em menor ou maior quantidade, sempre com a preocupação com a preservação dos recursos naturais. E sobre a orientação coletivista dos consumidores, destaca-se uma consciência de grupo maior que a individual. Todos os dados permitiram concluir que se deu algum grau de relação entre o Consumo Colaborativo e o Desenvolvimento Sustentável, seja na sua dimensão ecológica social ou de coletividade. Limitações e contribuições gerenciais e teóricas foram evidenciadas nesse estudo, conforme será demonstrado. Enfim, o ceticismo em direção das estruturas capitalistas, bem como as sucessivas crises financeiras que tem assolado vários países, muitos consumidores, cada vez mais, estão se voltando para formas alternativas de consumo sustentável.

Palavras-chave: ceticismo, coletivista, consciência, estrutura capitalista, preservação.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. PRÁTICA SUSTENTÁVEL. 2. VIDA DO PRODUTO. 3. ECONOMIA COLABORATIVA. 4. CONSUMO COLABORATIVO PROPRIAMENTE DITO. 5. EXTRAINDO BENEFÍCIOS E CONVENIÊNCIAS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Diferencia-se alguns tipos de consumo que atualmente têm buscado mitigar os impactos sociais e ambientais resultantes dos estilos de vida baseados em altos padrões de consumo. Em 1973 já se falava em consumo responsável, como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

aquele que se refere ao uso racional e eficiente dos recursos, com relação à população humana global, onde não se pode pensar em consumo de uma única nação, pois o consumo dos recursos esgotáveis de uma nação necessariamente afeta o reservatório de recursos de outro lugar.

Mais recentemente, tem se falado em consumo verde, como aquele em que o consumidor, além de buscar melhor qualidade e preço, inclui em seu poder de escolha, a variável ambiental, dando preferência a produtos e serviços que não agridam o meio ambiente, tanto na produção, quanto na distribuição, no consumo e no descarte final.

Outro tipo de consumo que aparece constantemente é o consciente, que é um tipo de consumo com base na "consciência de pensamento e comportamento sobre as consequências do consumo". Consumo consciente envolve se preocupar com as implicações e consequências do consumo e a temperança nos comportamentos de consumo. Particularmente, os consumidores conscientes se preocupam com eles mesmos, a natureza e sua comunidade e, consequentemente, estão dispostos a modificar comportamentos de consumo excessivo, tais como repetitivos, aquisitivos e aspiracionais.

A mudança para o consumo consciente pode abrir caminhos para rentáveis de novos modelos de negócios, como os que envolvem a partilha de produtos, ou seja, o consumo consciente pode levar ao consumo colaborativo.

Consumo sustentável é mais amplo que os anteriores, pois, além das inovações tecnológicas e das mudanças nas escolhas individuais de consumo, enfatiza ações coletivas e mudanças políticas, econômicas e institucionais para fazer com que os padrões e os níveis de consumo se tornem mais sustentáveis. Mais do que uma estratégia de ação a ser implementada pelos consumidores, consumo sustentável é uma meta a ser atingida. Para ficar mais claro, se é possível dizer "eu sou um consumidor verde", ou "eu sou um consumidor consciente", não teria sentido dizer "eu sou um consumidor sustentável". O consumo sustentável pode ser definido como um consumo que simultaneamente mitiga as consequências ambientais, sociais e econômicas da aquisição, uso e disposição sem comprometer as necessidades correntes e das futuras gerações.

O consumo político é uma forma de ação coletiva baseada nas escolhas individuais de consumo e é feito através de movimentos sociais que coletivizam a escolha individual e usam este capital social como um dispositivo sinalizador no mercado. O consumo político pode ser articulado de formas diferentes, como *boycotting* (boicote), que são muitas vezes realizados por grupos de ativistas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que, em forma de protesto, passam a boicotar determinado produto, marca ou empresa, e o *buycotting* é orientado para gratificar determinado produto, marca ou empresa por alguma prática que esteja de acordo com suas convicções.

O bem-estar individual dos participantes não é o foco do consumo político. Protestar contra o status quo sócio econômico e político, sob a forma da participação em cooperações, teria como único significado bem-estar social.

Por fim, destaca-se o consumo colaborativo, que assim como o Desenvolvimento Sustentável, também apresenta uma série de conceitos, principalmente por se tratar de um fenômeno emergente e que ainda está em pleno desenvolvimento. O consumo colaborativo – compartilhamento tradicional, escambo, empréstimo, negociação, locação, doação e troca – redefinido por meio da tecnologia e de comunidades entre pares, permite aos consumidores, além de perceberem os benefícios enormes do acesso aos produtos e serviços em detrimento da propriedade, economizem dinheiro, espaço e tempo, façam novos amigos, se tornem cidadãos ativos novamente.

Por se tratar de um conceito amplo, o consumo colaborativo tem sido defendido por vários autores como uma alternativa para alcançar o desenvolvimento sustentável, ao passo em que suplanta o estilo de hiperconsumo, criando sistemas inovadores fundamentados no compartilhamento. Dessa forma, fornecem benefícios ambientais, pois aumentam a eficiência do uso, reduzem o desperdício, incentivam o desenvolvimento de produtos melhores e absorvem o excedente de produção e consumo. O consumo colaborativo permite às pessoas o acesso aos produtos e serviços por um período temporário, entretanto suficiente para suprir as suas necessidades, sem gerar uma capacidade ociosa dos mesmos.

1.PRÁTICA SUSTENTÁVEL

É necessário mencionar como alcança-lo. Mudanças sistêmicas são necessárias na forma como o mundo faz negócios e isso irá impactar nos padrões de consumo e estilo de vida e especialmente nos países desenvolvidos, mas também para o crescimento da classe média nos países em desenvolvimento. Na sequência são destacadas a relação do homem com o desenvolvimento sustentável e as práticas que podem ser atribuídas ao consumo sustentável.

Um modelo conceitual que englobe a preservação dos recursos naturais e necessidades humanas (incluindo dentro desta as necessidades econômicas) é o que melhor representa o desenvolvimento sustentável. Contudo, não se pode deixar de inserir nessa combinação, a intenção do agente, visto que é este que irá dar sentido a ação, conforme salienta Leff (2001).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O antropocentrismo no desenvolvimento sustentável destaca o papel do ambiente como fonte para a manutenção ou melhoria da qualidade de vida dos seres humanos e, dado o seu valor, precisa ser protegido. Exemplifica-se esse interesse em preservar os recursos naturais, quando a preocupação com a destruição das florestas tropicais é devida por impactar a qualidade do ar, levando aos problemas respiratórios e de saúde, resultando em uma diminuição do padrão de vida. Dessa forma, a satisfação das necessidades humanas é a razão para o qual a humanidade deve preservar os recursos naturais.

Diferentemente do antropocentrismo, no ecocentrismo os indivíduos valorizam a natureza devido ao seu valor intrínseco, preservando a natureza pela própria natureza. Os indivíduos acreditam que o ambiente deve ser protegido pelo valor transcendental. Logo, a preocupação ambiental e o interesse na preservação dos recursos são importantes em ambos modos, mas seus motivos pelos quais são realizados é que se distinguem. No antropocentrismo, o conforto, a saúde e a qualidade de vida são as razões pelas quais se deve preservar dos recursos naturais e o ecossistema saudável. A poluição do ar pode levar a problemas respiratórios, a destruição das florestas pode excluir a possibilidade do desenvolvimento de novos medicamentos, o esgotamento dos combustíveis fósseis e da água podem resultar em uma diminuição do padrão de vida e impactos econômicos consideráveis, por exemplo.

Independentemente das implicações sócio econômicas e de estilos de vida, a conservação da natureza tem uma dimensão espiritual e um valor intrínseco que se reflete nas experiências com a natureza e sentimentos sobre ambientes naturais, para os ecocêntricos. A ligação entre os seres humanos e a natureza transcende a capacidade de recursos naturais em satisfazer necessidades humanas.

As dimensões do desenvolvimento sustentável abarcam, além dos aspectos da antropocêntricos da satisfação das necessidades humanas (incluindo aspectos sociais e econômicos) e da preservação recursos naturais no longo prazo (considerando limitações explícitas da Terra), uma perspectiva de tomada de decisões, a partir de um ponto de vista axiológico[4]. Esta visão traz o desenvolvimento sustentável como uma proposta para melhorar o bem-estar da sociedade como um todo (abarcando as gerações futuras), acionada por uma perspectiva de valor nos processos de tomada de decisão e ponderada pelas limitações de recursos ambientais.

Essa perspectiva de decisão representa um contínuo a ser considerado, o de espaço nos processos de tomada de decisão. Os direcionadores individuais e

funcionalistas são os da tomada de decisão com base nos objetivos e restrições do indivíduo, família, organização/comunidade, estado, continente ou sociedade como um todo.

Em um extremo está a perspectiva mais individual e funcionalista, preocupada com questões orientadas para o racional, curto prazo e mais objetivas. Já no extremo, está perspectiva considerada oposta, no emocional, no longo prazo e aspectos mais subjetivos, baseados em valores sistêmicos e intergeracionais. Esta perspectiva última promove iniciativas que são baseadas em valores sociais, éticos, cooperação, igualdade e equidade.

Nesse sentido, o desenvolvimento sustentável implica mudar a perspectiva humana de individual para coletiva na tomada de decisões, embasado em valores humanos e éticos, pois as consequências de decisões tomadas por alguns indivíduos podem ser percebidas por outras pessoas que não foram sequer consideradas no processo de tomada de decisão. Essas interdependências tornam mais difícil de adequadamente definir o problema e propor soluções eficazes para problemas do desenvolvimento sustentável.

São considerados, tanto a intensidade de preocupação atribuída aos recursos naturais utilizados para o desenvolvimento da sociedade, quanto o grau de coletividade nas decisões sobre o uso destes recursos. Deste modo, tem-se os objetivos norteando as ações.

As orientações culturais de valor (individualista-coletivista) que se fazem presentes nesse modelo são determinantes para o alcance dos objetivos. Para objetivos mais sustentáveis (redução dos impactos sociais e ambientais), é necessário um trabalho em conjunto e a "coletividade pode ser baseada em uma relação normativa que se forma como resultado de valores e normas compartilhadas entre indivíduos unidos por objetivos comuns, interesses e compromissos mútuos" (EARLEY; GIBSON, p. 266, 1998).

Para promover soluções para o desenvolvimento sustentável, a participação da sociedade desempenha um papel fundamental, destacando a importância dos meios de comunicação a difundir informações e de construir grupos de pesquisa integrada, bem como a mobilização popular e ação direta. A ação humana oscila em um contínuo entre bem-estar socioeconômico e preocupações igualitárias com preocupações ambientais. Abordagens possíveis para os problemas relacionados com o desenvolvimento sustentável, começam com o status quo, que se deslocam para a reforma e terminam com a transformação. Existe uma necessidade para a transformação real ou pelo menos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

por algum tipo de reforma para construir uma sociedade mais sustentável, considerando-se valores fundamentais como a proteção ambiental, justiça e equidade.

2.VIDA DO PRODUTO

O ciclo de vida, em sua origem, pressupõe que todos os produtos desempenham um comportamento previsível em relação às suas vendas. De forma ampla, o ciclo de vida se visualiza em quatro estágios: introdução, crescimento, maturidade e declínio.

Na prática, pode-se utilizar o ciclo de vida como uma técnica para avaliação dos potenciais impactos associados ao ciclo de vida de um produto, processo ou serviço. Essa técnica se chama avaliação ou análise do ciclo de vida e abarca desde a extração de matérias-primas, transporte, produção, distribuição, utilização, até sua destinação final, que pode ser reciclagem ou descarte. No contexto global busca melhorar o desempenho e a sustentabilidade ambiental dos sistemas de produção, partindo de uma visão muito completa de todo o seu ciclo de vida.

Como visto, a análise do ciclo de vida não se restringe apenas a produtos. Ela pode alcançar dimensões mais amplas e seus conceitos podem ser aplicados a empresas e até a setores. Supõe-se que o ciclo de vida de um setor é resultado da agregação dos ciclos de vida das empresas que o compõem (KAYO *et al.*, 2006, p. 84).

O aumento do ciclo de vida dos produtos, através do aumento da vida útil dos bens, da diminuição da obsolescência planejada, da recuperação dos bens deteriorados e da reutilização de bens descartados são estratégias que contribuem com o desenvolvimento sustentável.

A pedagogia dos 3R's, reduzir, reutilizar e reciclar destaca-se como aspecto importante na contribuição do desenvolvimento sustentável. Reduzir os altos padrões de consumo por parte dos consumidores, tanto quanto de indústrias e demais organizações, através da redução das compras, bem como preferência por produtos que apresentam maior eficiência na utilização de água, energia, e liberam menos gases causadores do efeito estufa. Adquirir produtos mais duráveis e menos descartáveis e optar por produtos com menos embalagem são práticas que contribuem para um estilo de vida com menor impacto prejudicial para o mundo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A redução do consumo deve ser priorizada sobre a reutilização e reciclagem, mas recorre-se à segunda quando já não se tem mais opções com relação à redução. A reutilização envolve o aproveitamento dos resíduos sólidos sem a sua transformação biológica, físico-química ou física, de acordo com a Política Nacional dos Resíduos Sólidos (PNRS), Lei 12.305/agosto de 2010 (BRASIL, 2016). As práticas que envolvem a reutilização podem ser: usar os dois lados do papel, doar objetos e roupas que não serão mais utilizados, reutilizar caixas e embalagens de plástico e vidro, dentre outras.

Depois da redução do consumo e da reutilização deve-se recorrer à reciclagem. De acordo com a mesma lei, da PNRS, reciclar é um processo de transformação dos resíduos sólidos que envolvem a transformação biológica, físico-química ou física das propriedades dos produtos, com objetivo de transformá-los em novos insumos ou novos produtos.

Os objetivos da utilização dos 3R's focam na redução da geração de lixo e desvio do caminho de esgotamento das fontes de recursos naturais. Contudo, para que as práticas sejam desempenhadas é necessário a internalização de novos hábitos e de atitudes em prol do desenvolvimento sustentável.

As necessidades humanas percebidas são social e culturalmente determinadas, e o desenvolvimento sustentável requer a promoção de valores que estimulam padrões de consumo que estão dentro dos limites do que é ecologicamente possível, onde todos podem razoavelmente aspirar. Assim, pode-se afirmar, de forma ampla, que ser sustentável é ser capaz de satisfazer as necessidades dentro das limitações ecológicas. Entretanto, faz-se necessário entender o que se quer dizer por necessidades.

"Necessidade é a falta de coisas que são indispensáveis para manter a vida. A necessidade expressa uma situação de carência. O necessário para sustentar uma vida não é uma questão supérflua". Dentro desse contexto, as necessidades humanas fundamentais são finitas, poucas e classificáveis são as mesmas em todas as culturas e em todos períodos históricos, logo o que se altera são os modos ou meios empregados para satisfazê-las.

A satisfação das necessidades essenciais depende, em parte, de alcançar pleno potencial de crescimento. Dentro disso, o desenvolvimento sustentável requer o crescimento econômico em lugares onde essas necessidades não estão sendo atendidas. Mas o crescimento por si só não é suficiente. Altos níveis de atividade produtiva e pobreza generalizada podem coexistir, essa relação põe em risco a natureza. Logo o desenvolvimento sustentável requer que as sociedades

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

satisfaçam as necessidades humanas pelo aumento do potencial produtivo assegurando oportunidades iguais para todos e preservando o ambiente ecológico.

Não apenas as necessidades humanas fisiológicas (quantitativas) precisam ser atingidas. As necessidades consideradas intangíveis, relacionadas ao bem-estar (qualitativas), como a família, segurança e a educação superior, também são alvo do desenvolvimento sustentável. Entretanto, o relatório Nosso Futuro Comum não especifica como as nações podem alcançar um padrão de desenvolvimento das necessidades humanas de forma que se obtenha uma sociedade mais sustentável.

As necessidades humanas são inter-relacionadas e interativas. Isso significa dizer que, com a única exceção da necessidade mais básica de todas, a de subsistência, relacionada a tendência dos seres humanos em manter-se vivo, não existem hierarquias dentro do sistema. Ao contrário de autores como Abraham Maslow (Teoria da Hierarquia das Necessidades Humanas) e Frederick Herzberg (Teoria dos Dois Fatores de Herzberg) Max-Neef propõe simultaneidades, complementaridades e *trade-offs*, como características do processo de satisfação das necessidades, em sua matriz de necessidades humanas.

Essa perspectiva permite uma reinterpretar o entendimento de pobreza, muito limitado e restrito, uma vez que se refere exclusivamente aos problemas pessoais classificados abaixo de um certo limite de renda. Por se tratar de um conceito estritamente econômico, Max-Neef prefere falar não de pobreza, mas de pobrezas, onde qualquer necessidade humana fundamental, que não seja adequadamente satisfeita, revela uma pobreza humana.

Essa visão vai além das necessidades ambientais e de recursos financeiros, reconhece que existem vários tipos de pobrezas em que os seres humanos vivem, inclusive as sociais. O acúmulo de materiais físicos, reproduzidos pelo consumo exagerado, suprem algumas necessidades humanas relacionadas aos aspectos físicos, mas pouco atendem às necessidades psico-sociais.

3.ECONOMIA COLABORATIVA

Em se tratando de um tema relativamente novo, embora que se aproprie de conceitos e exemplos já existentes, a Economia Colaborativa pode ser entendida como “novas formas de consumir, aprender, financiar e produzir”.

Os autores explicam um pouco mais esse conceito abrangente e destacam a importância da Economia Colaborativa como aquela que representa

uma nova forma de pensar sobre os negócios, troca, valor e comunidade. Enquanto suas definições sejam variadas e os parâmetros continuam a evoluir, as atividades e os modelos com a Economia Colaborativa permitem acesso em vez da propriedade, encorajam redes descentralizadas sobre instituições centralizadas e desaprisionam a riqueza (com ou sem envolvimento de dinheiro).

Elas fazem uso de ativos ociosos e criam novos mercados. Fazendo, isso muitos também desafiam as formas tradicionais de fazer negócios, regras e legislação (STOKES *et al.*, 2014, p. 8).

A economia colaborativa é um movimento econômico onde tecnologias permitem as pessoas obter produtos e serviços que precisam umas das outras, em vez de comprar a partir de corporações estabelecidas.

Outra expressão relacionada é *mesh business*. Trata-se da forma como ocorre a oferta desses produtos ou serviços, bem como sua organização no mercado e envolvimento com os usuários ou consumidores.

Mesh business apresenta o compartilhamento (*sharing*), a utilização da *web* e de redes de informação e foca em produtos e materiais físicos e engajamento com clientes através de redes sociais (GANSKY, 2010).

Percebe-se traços em comum entre as duas expressões, Economia Colaborativa e Mesh Business, como a utilização das redes sociais intermediadas pela internet proporcionando o contato entre as pessoas; as tecnologias de comunicação como um todo, como a utilização de aplicativos em dispositivos móveis, como *smartphones* e *tablets*, também proporcionando maior praticidade na inserção das pessoas nessa nova economia.

A produção colaborativa (*crowdsourcing*) envolve as atividades realizadas por grupos ou redes em busca do *design*, prática e distribuição de produtos. Baseado na *web*, a produção colaborativa utiliza as soluções a partir de uma rede distribuída de indivíduos que atuam através de um convite aberto, ou seja, é uma ferramenta de co-criação a partir da participação *online*. *Crowdsourcing* é o ato de uma empresa ou instituição em atribuir uma função antes realizada por funcionários e terceirizá-la para uma rede indefinida (e geralmente grande) de pessoas na forma de um convite aberto. As pessoas podem trabalhar juntas para conceber um produto ou serviço, como exemplo o Quirky, que é um ambiente *online* que reúne pessoas de todo o mundo em volta do desenvolvimento de novos conceitos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Na prática colaborativa as pessoas conectam-se fora das instituições formais e estruturas organizacionais para cooperar em projetos e produtos. Essa prática pode ser vista no Open Street Map (Mapa Aberto de Ruas), que é um *software* de uso livre a licença aberta, onde a comunidade de pessoas envolvidas contribui e atualiza, voluntariamente, dados sobre estradas, trilhos, cafés, estações ferroviárias dentre outros. Já na distribuição colaborativa as pessoas se reúnem em uma rede social para realizar a entrega ou distribuição de produtos diretamente para outras pessoas.

A entrega é realizada através de um combinado entre quem envia e quem está realizando o transporte. São definidos aspectos como a possibilidade de realizar o transporte, um preço e prazo para efetuar a entrega.

Na aprendizagem colaborativa há compartilhamento de conhecimentos com quem tem o interesse de aprender. Salienta-se que esse conceito se diferencia do utilizado no contexto educacional, onde aprendizagem colaborativa significa "uma situação em que se espera que ocorram formas particulares de interação entre as pessoas, o que provocaria mecanismos de aprendizagem". A palavra 'colaborativa', nesse caso, significa a troca ocorrida entre os indivíduos que compartilham das informações recebidas.

Em todas as situações onde pessoas formam grupos, a Aprendizagem Colaborativa sugere uma maneira de lidar com as pessoas que respeita e destaca as habilidades e contribuições individuais de cada membro do grupo. Existe um compartilhamento de autoridade e a aceitação de responsabilidades entre os membros do grupo, nas ações do grupo. A premissa subjacente da aprendizagem colaborativa está baseada na construção de consenso por meio da cooperação entre os membros do grupo, contrapondo-se à ideia de competição, na qual alguns indivíduos são melhores que outros.

Os praticantes da Aprendizagem Colaborativa aplicam essa filosofia na sala de aula, nas reuniões de comitê, com grupos comunitários, dentro de suas famílias e geralmente como um modo de viver e lidar com outras pessoas.

Feito esse esclarecimento, dentro da Economia Colaborativa, a aprendizagem colaborativa pode se traduzir em cursos abertos, compartilhamento de habilidades e conhecimento *crowdsourced*. O primeiro é aquele onde o conteúdo educacional é gratuito e aberto para qualquer pessoa interessada. Exemplos dessa modalidade são os *Massive Open Online Courses* (MOOC), cursos abertos, disponibilizados através de ambientes virtuais de aprendizagem. No segundo, as pessoas se oferecem para ensinar ou compartilhar uma habilidade que

detém através de uma rede social. O terceiro é aquele em que as pessoas agregam seus conhecimentos publicamente em uma plataforma de informações, como o Wikipedia e Tripadvisor.

Financiamentos colaborativos são investimentos, empréstimos e financiamentos oferecidos fora das instituições financeiras tradicionais. Existem algumas modalidades de financiamento coletivo como *crowdfunding*, empréstimos *peer-to-peer* (*social lending*), seguro colaborativo e moedas complementares (*complementary currencies*).

O *crowdfunding* acontece quando grupos de pessoas contribuem diretamente com projetos de outras que não têm recursos suficientes e precisam de financiamento. Por meio de plataformas virtuais e a partir de redes de pessoas e/ou instituições que investem em projetos criativos, várias pessoas contribuem financeiramente de maneira colaborativa, para viabilizar uma ideia, um negócio, um projeto.

Os modelos *crowdfunding* têm precedentes. A coleta de pequenas quantias de dinheiro a partir de muitas pessoas tem uma história na esfera da caridade social e cooperação, mas o *crowdfunding* amplia esse modelo, porque o dinheiro é investido pelos consumidores para obter um retorno, de forma financeira e até mesmo intangível (por exemplo, *status*, estima social, reconhecimento, entre outros).

Por fim, as moedas complementares (*complementary currencies*) ou moedas sociais são moedas criadas paralelamente ao sistema monetário vigente. No Brasil, tais moedas são veiculadas por bancos comunitários, mas enfrentam barreiras do Banco Central para a realização da atividade.

Assim, essa classificação definida por Stokes *et al.* (2014) serve para estruturar um pouco mais sobre o conhecimento existente no que tange as práticas realizadas no Brasil e no mundo, sobre Economia Colaborativa. Embora tenha originalmente sido cunhada em torno da realidade do Reino Unido, pode ser aplicada em outros contextos visto que muitas das iniciativas são encontradas também no Brasil e em outros países do mundo.

3.CONSUMO COLABORATIVO PROPRIAMENTE DITO

Compete distinguir outra tendência que os consumidores puderam acompanhar foi a das compras coletivas. Consideradas uma modalidade de *e-commerce* (comércio eletrônico), as compras coletivas visam a venda de produtos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e serviços por preços abaixo do mercado, para um número mínimo e pré-estabelecido de consumidores, em uma dada oferta.

Sobre a conceituação de compras coletivas, percebe-se que *partilhar* e *compartilhar* referem-se ao sentido de *sharing* é um autor referência quando se fala da importância das possessões como partes da identidade do ser, de forma que a perda das posses leva aos sentimentos de dor, perda, luto. Além disso, o autor tem uma série de trabalhos que referenciam o *sharing* (compartilhamento) por parte das pessoas, e mais recentemente abordou a expressão *sharing economy*, cujos conceitos serão abordados nos próximos parágrafos.

Pode-se compartilhar uma casa de férias, um banco no parque, ou um saco de balas de goma. Inclusive as coisas mais abstratas, como conhecimento, responsabilidade ou poder. Em cada caso, todos os envolvidos no compartilhamento têm algo dos custos ou dos benefícios do que é compartilhado. O *sharing* inclui empréstimos voluntários, partilha e alocação de recursos e uso autorizado de bens públicos, mas não aluguel contratual, *leasing* ou uso não autorizado de propriedade por furto ou transgressão.

Não se compartilha apenas lugares e coisas, mas também pessoas e animais (na medida em que sejam próprios para compartilhar), bem como ideias, valores e horários, desde que dependam de partilha voluntária, ou seja, inclui "o ato e processo de distribuição do que é nosso para os outros, para que possam utilizar, e/ou o ato e processo de receber ou tomar algo dos outros para o nosso uso".

Assim, *sharing* é um processo interpessoal e é sancionado e prescrito pela cultura, podendo, inclusive, criar sentimentos de comunidade (BELK, 2007). Uma definição mais sucinta vê *sharing* como "comportamento pró-social, não-recíproco".

O consumo pode ser compartilhado e descreve *sharing* como uma alternativa para a propriedade privada, transação financeira, troca e doação. No *sharing*, duas ou mais pessoas podem usufruir dos benefícios (ou custos) de possuir uma coisa. Ao invés de distinguir o que é meu e seu, *sharing* define algo como nosso.

Pode-se pensar, também, que as unidades de consumo podem compartilhar em consumir algo, as unidades de produção podem compartilhar na produção de algo, as empresas partilham a participação acionária, os trabalhadores

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

partilham locais de trabalho, dentre outras formas de co-propriedade, mas o foco é o consumo compartilhado.

O *sharing* é uma forma alternativa de distribuição de mercadoria, e em comparação com as formas mais tradicionais de distribuição, pode promover comunidade e economizar recursos. De acordo com o autor, esta forma não envolve a expectativa de reciprocidade.

Sobre o contexto de ocorrência do *sharing*, é possível de acontecer sob condições de excesso, mas também pode ocorrer em condições de insuficiência. Onde se pode compartilhar amplamente com toda e qualquer pessoa ou estritamente dentro de um casal, uma família ou uma empresa de negócios.

Belk (2014) destaca que o *sharing* não é um fenômeno novo, mas o Consumo Colaborativo e a S*haring Economy* (economia do compartilhamento) são fenômenos que se originaram a partir da utilização da Internet. Embora possa haver *sharing* na Internet, como, por exemplo: Youtube (onde as pessoas fazem *upload* de vídeos feitos por si mesmos), Wikipedia (onde há compartilhamento de conhecimentos sobre temas – enciclopédia de informações), e Tripadvisor (em que as pessoas apresentam suas opiniões com relação á hotéis, pousadas...). A internet ainda pode proporcionar o encontro de pessoas cujas necessidades e ofertas sejam compatíveis, mesmo que o compartilhamento seja realizado pessoalmente, nesse caso de um produto físico.

Belk (2014) apresenta a versão do Consumo Colaborativo como "eventos na qual uma ou mais pessoas consomem bens ou serviços econômicos no processo de se engajar em atividades conjuntas com um ou mais outros". Os exemplos citados são falar telefone, beber cerveja com os amigos e até mesmo ter relações sexuais com o uso de técnicas de controle de natalidade. Contudo, Belk contrapõe esse entendimento destacando que, embora tal conceito se concentre em atividades conjuntas que envolvem o consumo, trata-se de uma definição muito ampla e não suficientemente focada na aquisição e distribuição de um recurso.

Para clarear o entendimento de consumo coordenado, Belk (2014) faz menção às pessoas que bebem cerveja junto, pagando cada uma por suas próprias cervejas. Dessa forma, elas estão apenas coordenando o seu consumo em determinados tempo e lugar, mas o ato de consumir é uma troca no mercado. Entretanto, se um deles compra uma jarra de cerveja para consumo do grupo, este seria um exemplo de *sharing*, porque envolve o ato e processo de distribuição do que é de um para os demais utilizarem (BELK, 2014).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O referido autor apresenta uma certa distinção entre Consumo Colaborativo e *sharing*, ao afirmar que "*sharing* é um fenômeno tão antigo quanto a humanidade, enquanto o Consumo Colaborativo e a S*haring Economy* são fenômenos nascidos da era da Internet" (BELK, 2014, p. 1595). O Consumo Colaborativo, na visão de Belk (2014, 1597), "inclui a coordenação da aquisição e distribuição de um recurso por uma taxa ou outra compensação". Dessa forma, essa definição abarca o escambo, comércio e troca. Nesse momento, conclui-se que Consumo Colaborativo se diferencia de *sharing* com relação a contrapartida exigida. *Sharing* não requer qualquer compensação.

Um conceito mais recente e orientado para os usuários é dado pelo site Consumo Colaborativo (2015), no Brasil, que entende como: "Prática comercial que possibilita o acesso a bens e serviços sem que haja necessariamente aquisição de um produto ou troca monetária entre as partes envolvidas neste processo. Compartilhar, emprestar, alugar e trocar substituem o verbo comprar no consumo colaborativo".

Consumo Colaborativo é aquele tipo de consumo promovido por organizações que se baseiam na colaboração de fornecedores e consumidores, mediada pelas tecnologias de informação e comunicação.

Esta definição é mais completa que outras por incluir a variável dos fornecedores como parte intrínseca do Consumo Colaborativo, onde a colaboração pode acontecer tanto no consumo, mas também no oferecimento desses produtos ou serviços.

4.EXTRAINDO BENEFÍCIOS E CONVENIÊNCIAS

Grande parte dos estudos que têm sido realizados no contexto do consumo colaborativo têm se resumido a levantar motivações ou barreiras deste tipo de consumo. A relação dos valores com o consumo colaborativo permite inferir que os consumidores desse tipo de iniciativa apresentam altos valores alinhados com a auto transcendência e abertura à mudança. Estes valores representam tolerância, preocupação com a natureza, justiça, liberdade, gratidão, dentre outros. Cabe salientar que valores são entendidos como motivações dos indivíduos traduzidas em ações. Dessa forma, os valores são frequentemente assumidos por influenciar o comportamento dos consumidores, e, consequentemente motivar comportamentos pró-ambientais ou consumo sustentável.

Outros estudos destacaram que as pessoas que optam por participar do consumo colaborativo buscam conveniência, pertencimento, senso de dever, senso

de comunidade, uma posição anticonsumo, reunião de pessoas, generosidade, conveniência, ato de ser mais consciente e sustentável socialmente, acesso aos produtos por custos mais baixos.

O compartilhamento pode sim gerar benefícios econômicos significantes. Uma das motivações destacadas anteriormente, principalmente quando se dá através de empréstimos *peer-to-peer*, de forma descentralizada ou através de plataformas *online*. Os produtos que podem ser compartilhados são subutilizados e as baixas taxas de utilização de muitos bens partilháveis sugere que há ganhos econômicos substanciais nessa prática. Contudo, os custos relacionados ao compartilhamento superam os custos de transação e são em grande parte de natureza social.

Alguns consumidores usam o modo de consumo como uma estratégia para articular e promover seus interesses ideológicos para a sociedade, negócios e governo. Nesse sentido, *sharing* e o consumo colaborativo podem ser uma possível estrutura de mercado alternativa que pode ser adotada por consumidores anticonsumo. Por se tratar de um ato comum, pode conectar umas pessoas às outras e criar sentimentos de solidariedade e de união (BELK, 2010). Percebe-se que o que pode ter começado como crítica ao sistema econômico e aos modos de produção e consumo, parece estar sendo respaldado por parte dos cidadãos

Embora o comportamento anticonsumo frequentemente foque na redução de todas as atividades, é possível focar na redução de compra de produtos e marcas específicas através do consumo colaborativo. Existem muitas diferentes abordagens de anticonsumo e consumo alternativo, bem como as motivações para o anticonsumo variam entre preocupações políticas, pessoais e ambientais.

A participação no Consumo Colaborativo é o caminho para promoção da mudança social. Para entender a mudança social promovida pelo Consumo Colaborativo seria preciso entender a motivação e engajamento individual nas atividades. Pessoas que se engajassem em bancos de tempo apoiariam a organização dessa atividade social para fortalecer uma rede social e, usando e moeda não convencional como o tempo, libertar as atividades de entendimentos associados com sistemas de valores monetários.

CONCLUSÃO

Os participantes de consumo colaborativo não parecem interessados em combater o capitalismo. Muitas iniciativas são como empresas que geram renda aos proprietários, mas talvez resistam inventando outras formas de consumir e viver a partir dessas plataformas. Pensando a prática do lazer, por exemplo, ao viajar, ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

invés de ficar em um hotel, é possível se hospedar na casa de uma pessoa desconhecida criando laços, conhecendo a cidade sob outra perspectiva e economizando. Ao ler um romance, ao invés de comprar um livro novo, que depois pode ficar na estante sem utilidade, é possível trocar um antigo que está sem uso por outro – o mesmo pode acontecer com dvd's ou cd's.

Além disso, é possível capitalizar tempo livre e adquirir algum serviço em troca: uma pessoa que aprendeu a tocar violão na infância, por diversão, pode dar aulas para alguém e, em troca, receber aulas de francês, necessárias para o trabalho e que o sujeito talvez não tenha condições de pagar.

As motivações ecológicas justificam-se por serem consideradas pode ser consideradas efeitos positivos do consumo colaborativo. Esses argumentos vêm de reflexões sobre as possíveis economias nos recursos e economias financeiras advindas das práticas colaborativas. Como por exemplo quando se promove o compartilhamento de carros ou quando se deixa de comprar um produto novo.

Como o consumo colaborativo foge ao modelo convencional de acesso aos bens e serviços algumas vezes não utiliza dinheiro. Entretanto, não necessariamente, busca o rompimento com o modo de produção capitalista. As pessoas que se dispõem a consumir dessa maneira talvez estejam movidas por outros valores. Os participantes de consumo colaborativo criam ou experimentam maneiras alternativas de se relacionar e adquirir produtos. Essa prática não é uma obrigação ou obediência a normas, tratando-se de uma escolha.

Motivos para a disposição de participar do consumo colaborativo são: salvar/ganhar dinheiro, conhecer pessoas, contribuir para um ambiente saudável, a indicação de outras pessoas, a atitude social para com a vizinhança, a atitude social geral e comportamento no ambiente. As duas outras considerações mais feitas pelos entrevistados foram ajudar e economizar tempo. Nenhuma diferença é encontrada entre os motivos intrínsecos e extrínsecos.

Outros fatores explicativos para participar de consumo colaborativo estão a experiência *online* e *offline*. Além disso, os resultados sobre os diferentes dados demográficos indicam que as mulheres são ligeiramente mais propensas que os homens a participar de consumo colaborativo. Quando a renda e idade aumentam, a vontade de participar do consumo colaborativo diminui ligeiramente e educação correlaciona-se positivamente com as variáveis dos dependentes.

Como barreiras ao consumo colaborativo pode-se destacar que muitos consumidores ainda valorizam a posse definitiva de bens e resistem à alternativa de

alugar e o individualismo. Belk (2007, p. 131) ainda destaca, como razões para o não compartilhamento, o materialismo (definido como a importância que uma pessoa atribui às posses), percepção de que os recursos são escassos (se nós compartilharmos poderemos perder algo que poderíamos ter desfrutado), percepção de que algo é parte de sua identidade (constrói a identidade). Outra barreira é a importância da confiança entre os membros do consumo colaborativo, o que pode fazer com que o funcionamento do sistema seja abalado se a confiança for quebrada. Além disso, o nível de ação coletiva envolvida pode trazer mais ou menos engajamento.

Outro destaque é dado à ideia da eficiência não ser tão alta quanto à posse, por exemplo, quando um consumidor faz uso de *carsharing* e precisa do carro imediatamente, nesse sentido há a perda de tempo visto que o carro pode não estar disponível exatamente naquele momento.

Os estudos sobre consumo colaborativo ainda não apresentam um corpo teórico robusto, carecendo de mais pesquisas. Contudo, pode-se destacar alguns pontos onde alguns esforços já foram evidenciados e podem dar uma direção para a sua compreensão.

O Consumo Colaborativo depende da ação coletiva e também pode ser entendido como forma de harmonizar-se necessidades e desejos, como todo tipo de consumo, de uma forma mais sustentável e atraente, com pouco custo para o indivíduo. A ação coletiva e a confiança são consideradas, respectivamente, fator determinante e fator facilitador do consumo colaborativo

Ou seja, nem todos os indivíduos que se deparam com as mesmas situações reagirão de forma semelhante. As ações realizadas por indivíduos ou grupos com um propósito coletivo, tais como o avanço de uma ideologia ou uma ideia particular, ou a luta política com outro grupo podem ser classificadas em duas dimensões, dois contínuos. A primeira dimensão trata da ação coletiva variando entre as formas individuais e coletivas de ação ou seja a distingue entre as ações que requerem a participação de muitos membros de um grupo (disputas trabalhistas, manifestações e petições em massa) *versus* ações que podem ser tomadas individualmente (sabotagem, desobediência civil, e escrever cartas).

A outra dimensão refere-se ao resultado mais persuasivos *versus* as ações de confronto, ou seja, por um lado, pode-se identificar ações, como escrever cartas, fazer *lobby* e petições, cujo objetivo principal o de persuadir os outros sobre certos pontos de vista (estratégias geralmente associadas com a resolução de disputas intra-grupo); e por outro lado, as ações também podem ser de participação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e enfrentamento a um outro partido mais diretamente, como em uma demonstração, bloqueio ou sabotagem (estratégias mais estreitamente associados com disputas intergrupais).

Quando se pensa no contexto do consumo colaborativo, alguns elementos são definitivamente semelhantes entre os membros de uma comunidade, visto que estes compartilham ideias para resolver um problema ou reúnem seus esforços para criar condições de troca favoráveis para o benefício da comunidade. Assim, o esforço coletivo das pessoas pode promover o apoio para a continuidade das ideias e projetos propostos.

REFERÊNCIAS

BELK, R.W. **Possessions and the Extended Self**. Journal of Consumer Research, v. 15, n. 2, p. 139–168, 1988.

CONSUMO COLABORATIVO. Disponível em: <http://www.consumocolaborativo.cc/sites-de-consumo-colaborativo-brasil/>. Acesso em: 24/03/2013.

EARLEY, C.; GIBSON, C.B. **Taking stock in our progress on individualism-collectivism: 100 years of solidarity and community**. Journal of Management, v. 24, n. 3, p. 265-304, 1998.

GANSKY, L. **The Mesh: why the future of business is sharing.** New York: Penguin, 2010.

LEFF, E. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder.** Petrópolis RJ: RJ, Vozes/PNUMA, 2001.

STOKES, K.; CLARENCE, E., ANDERSON, L., RINNE, A. **Making sense of the UK Collaborative Economy.** 2014. Nesta Collaborative Lab, p. 48. Disponível em: <https://www.nesta.org.uk/sites/default/files/making_sense_of_the_uk_collaborative_econom y_14.pdf >. Acesso em 8 Apr. 2015.

www.conteudojuridico.com.br

A PROBLEMÁTICA DA UTILIZAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL COMO FUNDAMENTO DE DECISÕES JUDICIAIS

VALDIMIR FERREIRA DO ESPÍRITO SANTO JÚNIOR:
Graduando do curso de bacharelado em direito pelo Centro universitário Santo Agostinho – UNIFSA

JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL [1]

(Orientador)

Resumo: O tema da presente pesquisa se situa no âmbito do processo penal, mais especificamente tratando do valor probatório do inquérito policial, tendo como problema de pesquisa as garantias processuais violadas com a utilização dos elementos do inquérito policial como fundamentação de decisões judiciais, o objetivo do presente estudo e analisar o sistema processual adotado pelo Brasil e o fundamento de existência do processo penal, para verificar se as características do inquérito policial permitem sua utilização como fundamento de decisões judiciais, tal pesquisa tem sua importância na mediada em que o presente tema constitui um dos mais controversos doutrinariamente e como o mesmo trata de questão tão relevante atualmente que e as garantias fundamentais conferidas ao indiciado, tal controvérsia não pode perdurar, o presente artigo foi desenvolvido através de pesquisa bibliográfica com abordagem dedutiva, tendo chegado a conclusão depois da análise do sistema processual adotado no Brasil que e o acusatório que apresenta um apresso pelas garantias fundamentais e o fundamento de existência do processo penal que e preservar as garantias fundamentais que o do inquérito policial não pode figurar como fundamento de decisões judiciais, pelas características que o mesmo ostenta.

Palavras-chave: Investigação. Sistemas Processuais. Prova. Fundamento. Decisões.

Abstract: The theme of the present research is in the scope of criminal proceedings, specifically dealing with the probative value of the police inquiry, having as research problem the procedural guarantees violated with the use of the elements of the police inquiry as the basis for judicial decisions, the purpose of the present study. study and analyze the procedural system adopted by Brazil and the basis of the existence of the criminal process, to verify if the characteristics of the police inquiry allow its use as the basis of judicial decisions, such research has its importance in the mediation that the present theme constitutes one of the doctrinally controversial and as it deals with such a relevant issue today that and the fundamental guarantees given to the indicted, such controversy cannot last, this article was developed through bibliographical research with deductive approach,

having reached the conclusion after the analysis of the system proces In Brazil, it is the prosecutor who presents an assault on the fundamental guarantees and the basis for the existence of criminal proceedings, which is to preserve the fundamental guarantees that the police investigation cannot appear as the basis of judicial decisions, due to the characteristics that it bears.

Keywords: Investigation. Procedural Systems. Proof. Rationale Decisions.

Sumário: 1 Introdução. 2 Dos Sistemas Processuais. 2.1 Sistema Inquisitório. 2.2 Sistema Acusatório. 2.3 Sistema Misto. 2.4 Posição do Juiz frente ao Inquérito Policial: Juiz como Garantidor e não como Instrutor. 3 Fundamento de existência do Processo Penal. 3.1 Instrumentalidade Constitucional do Processo Penal. 3.2 Necessidade de um caminho para aplicação da Pena. 3.3 Processo como Guerra ou Jogo e a Luta por um sistema com Garantias Mínimas. 4 Investigação Preliminar no Processo Penal. 4.1 Características do Inquérito Policial. 4.2 Distinção em atos de prova e atos de investigação. 4.3 Garantias Processuais: Prova como elemento em Contraditório. 4.4 Decisões Judiciais e a Impossibilidade de Valoração do Inquérito Policial. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Antes de tratar especificadamente sobre as questões necessárias para o atingimento das pretensões do presente artigo se faz necessário exaltar a necessidade da investigação preliminar para o processo penal, uma vez que através desse trabalho investigativo se pode possibilitar que o titular da ação penal em caso de eventuais delitos possam proceder a necessária ação penal, porém se faz necessário que fique claro o real papel dessa investigação.

O inquérito policial e uma atividade desenvolvida por um órgão administrativo com o objetivo de reunir elementos de autoria e materialidade de um crime, possibilitando do titular da ação penal a sua instauração fundada em seus elementos. (RANGEL, 2014, p.71)

Tal tema está intimamente relacionado com o nosso presente sistema processual penal, que e essencialmente acusatório e em sua essência separa as funções dentro da ação penal e preserva as garantias fundamentais ao indiciado, deste modo pelas características que o inquérito policial traz consigo se leva a nossa problemática de se e possível utilizar esses elementos colhidos do inquérito policial para fundamentar decisões judiciais sem violar as garantias fundamentais atribuídas ao indiciado.

Tal tema e relevante na medida que constitui um dos mais controversos no processo penal, pois o mesmo gera uma espécie de embate entre a necessidade de fundamentação das decisões judicias e a correta aplicação da lei penal e o presente fundamento de existência do processo penal que seria a proteção de garantias fundamentais, sendo que temos nesse artigo o objetivo de analisar o nosso sistema processual penal e o fundamento de existência do processo penal, de modo a analisar os prejuízos causados as garantias fundamentais com a valoração de peças do inquérito.

2 DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Falar de proteção de garantias processuais violadas diante de utilização de elementos do inquérito policial como fundamento de decisões judiciais nos obriga a fazer uma análise dos sistemas processuais, tais como suas características e peculiaridades, para podermos destacar qual o sistema processual adotado pelo Brasil e se tal sistema comporta a utilização desses elementos como justificativa dessas decisões, pois o processo em si se constitui como elemento de limitação do poder estatal, o que passaremos a analisar no presente capítulo.

2.1 Sistema inquisitório

O sistema processual inquisitório teve sua origem como um substituto do sistema que vigorava até o momento que era o sistema acusatório, tal fato se daria pela necessidade do estado demonstrar seu poder de coibir condutas tidas como delitivas por causa das características do sistema inquisitorial que daria essa possibilidade ao estado.

O sistema inquisitório surgiu após a necessidade do estado em invocar o poder que era dado aos particulares para reprimir delitos, pois era deles o poder de defender, já que destes particulares era o direito de iniciar a persecução penal, característica do sistema acusatório. (RANGEL, 2014, p.47)

Diante do entendimento anteriormente passado se pode ter uma ideia das características desse sistema processual, uma vez que o mesmo surge como uma forma de suprir uma necessidade que o estado detinha de invocar o poder que até então era dado aos particulares de dar início a persecução penal e consequentemente efetivar a defesa social por meio da punição das condutas tidas como delituosas.

> O sistema processual inquisitorial se caracteriza por somar todas as funções tanto em âmbito pro processual de investigar como na fase processual de julgar e conferir a um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> único agente estatal, sendo tal ato nítido resquício do estado absolutista que confere todo o poder nas mãos de uma só pessoa, vindo a pessoa que cometeu o delito tratada como objeto em abito processual sem observâncias das mínimas garantias processuais. Esse ente estatal aquela era atribuído todas as funções do processo teria que buscar provas a todo custo, mesmo que pra tal fim tivesse que se utilizar de torturas ou outro meio que denegrisse a dignidade da pessoa humana. (THUMS, 2006, p. 202)

Desta forma Gilberto Thunms destaca as características do sistema inquisitorial, demonstrando ser um sistema que está em total desacordo com as garantias mínimas atribuídas a um indiciado no âmbito do processo penal, tais como imparcialidade do juiz, pois o sujeito encarregado de fazer a produção de prova e o mesmo que fara o julgamento da demanda e também não a presença do contraditório no citado sistema processual.

Trazendo pra o tema do artigo em apreço, se considerar que o juiz insista em utilizar elementos do inquérito policial como fundamento de decisões judiciais tal atitude e resquício de sistema inquisitorial, pois se utiliza nessa hipótese de elemento colhido em fase pré processual sem nenhum contraditório ou ampla defesa que como foi visto se destaca como característica do citado sistema processual e que tal lesão a garantia processual não deve ser aceita.

Tal entendimento encontra-se demostrado nos dizeres de Thums (2006, p. 203):

"O direito a defesa não é típico desse modelo jurídico e a dialética não encontra espaço, já que a concepção do sistema é de que o acusado, que se presume culpado, não merece defesa e quando se tratar de acusado inocente o inquisidor descobre a verdade para absolvê-lo."

O posicionamento do autor e no sentido de confirmar o que anteriormente foi afirmado, sendo o total descabimento da utilização de tal sistema processual na sociedade moderna pelas suas características que vão em desacordo com garantias constitucionais, tal entendimento não se distancia da hipótese do juiz se utilizar de elementos do inquérito policial como fundamento de decisões judiciais, sendo que se tal situação ocorrer o referido magistrado estará atuando de forma a configurar o sistema inquisitorial, pois se utiliza de um elemento que foi concebido sem o devido contraditório.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2.2 Sistema Acusatório

Observa-se de acordo com o arcabouço doutrinário trazido até então que o sistema processual inquisitorial se caracteriza por trazer uma espécie de concentração de todas as funções ou atos do processo pra a figura do magistrado, logo este estaria responsável por acusar o indiciado, buscar a prova de seu convencimento e inclusive defender o indiciado. Pois bem no sistema processual hora em questão que seria o sistema processual acusatório tem-se exatamente o inverso do sistema inquisitório, pois neste primeiro a um necessário estabelecimento de funções atribuída a cada ente em âmbito processual, surgindo como substituto do sistema inquisitório que não mais era aceito pela sociedade atual por suas características limitativas de direitos.

Tal entendimento encontra respaldo nos dizeres de Khaleda (2010, p. 5):

> Portanto, com o desenvolvimento de um modelo-racional legal, a verdade passaria a ser construída em um procedimento racionalizado e ritualizado, com conformação de garantia contra o autoritarismo. Certamente que mesmo limitada pela lógica da modernidade, a crença na razão importava em um avanço face ao sistema inquisitório.

O sistema acusatório surge com o propósito de um sistema processual que fosse capaz de servir ao seu fim, tal fosse coibir as condutas delitivas realizadas pelos membros que compõem essa sociedade, vindo a protegê-la, mas que fizesse isso de forma a não ferir as garantias mínimas atribuídas a sujeitos do processo.

No sistema acusatório existe um órgão estatal ao qual e atribuída a função de fornecer a acusação e também de reunir o arcabouço probatório de elementos de autoria e materialidade que ligam a pessoa que ele acusa e o referido delito. (THUMS, 2006, p. 237)

Deste modo, de acordo com a posição do citado autor fica em tal sistema processual delimitado o âmbito de atuação de cada sujeito do processo, o magistrado com a função de julgar e o ministério público com a função de acusar nos processos em que fosse de competência do mesmo atuar como responsável pela acusação.

Fica presente nesse sistema processual o apresso pela preservação das garantias processuais tais como a publicidade o contraditório e a imparcialidade sendo que a julgar pelas características do citado sistema processual em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

comparação com o que destaca a constituição federal temos que considerar o atual sistema adotada no brasil como acusatório.

Entendimento presente nos dizeres de Lopes Jr (2014, p. 45):

> Entendesse pela análise das características essenciais do sistema acusatório em confrontamento com o que se encontra desposto no atual diploma constitucional em seu artigo 129 , onde o mesmo destaca a necessidade da separação das funções inerentes ao processo penal gerando o surgimento do ministério público para exercer a função de acusar nos processos em que tal situação for possível e quando define regras para a aplicação do devido processo legal, preservando a garantia do juiz natural e da preservação do contraditório em seu artigo 5º.

Vale destacar que tal entendimento e extraído em comparação com as características do sistema acusatório e o que dispõe o texto constitucional, e que parte da doutrina não entende como sendo o sistema processual adotado no brasil como simplesmente acusatório.

O sistema processual adotado no brasil não é um acusatório puro, pois os elementos do inquérito policial integram o processo e o juiz por vezes faz uma espécie de ratificação do que foi dito nessa fase pré-processual sem observância das garantias processuais. (RANGEL, 2014, p.53)

Uma observação deve ser feita no entendimento do citado autor no sentido de destacar que o fundamento par que o mesmo atribua ao sistema processual adotado no Brasil o status de acusatório não puro se fundar em uma atitude meramente procedimental de fazer ou não essa ratificação de informações que foram prestadas em fase de inquérito policial, o que não teria condão de fazer uma modificação no sistema.

Ainda em relação a classificação do sistema processual adotado no Brasil, se destaca o entendimento extraído da doutrina a seguir:

"Considera-se o sistema processual Brasileiro como essencialmente inquisitório, pois a fase processual do processo e marcada pela gestão de prova ficar nas mãos e a cargo do juiz revelando uma acumulação de funções estando presente o caráter inquisitivo por tanto." (LOPES JR, 2014, p.47)

Porém, mesmo diante do que destaca os citados autores se faz imprescindível levar em consideração o que destaca o texto constitucional pelo valor que ao mesmo e atribuído no ordenamento jurídico e essencial mente pelos princípios e garantias processuais que o mesmo traz em seu texto o sistema processual mais aceitável a atribuir ao processo penal brasileiro e o acusatório.

Como bem destaca Lopes Jr (2014, p.49):

"Precisamos compreender que a Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundado no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal."

Diante do que foi dito na citação do autor e trazendo para o tema do artigo em tela, se considerar o sistema processual penal brasileiro como acusatório, tendo esse sistema em seu arcabouço característico um sistema que respeita, que prima pelo respeito as garantias processuais entre elas a garantia do contraditório, não seria possível admitir em tal sistema processual que magistrados venham a se utilizar de elementos do inquérito policial como fundamento de decisões judiciais, uma vez que os elementos do inquérito policial que são colhidos em fase pré-processual, são concebidos sem nenhuma observância das garantias processuais, elaborado de forma sigilosa , sem nenhum contraditório.

2.3 Sistema Misto

O sistema processual misto como a sua própria nomenclatura já sugere e uma espécie de sistema que busca fazer uma mesclarem entre os dois últimos sistemas anteriormente destacados, buscando incorporar em sua estrutura características dos dois sistemas já destacados os dividindo em duas etapas distintas uma fase pré-processual e uma fase processual.

"O chamado 'Sistema Misto' nasce com o Código Napoleônico de 1808 e a divisão do processo em duas fases: fase pré-processual e fase processual, sendo a primeira de caráter inquisitório e a segunda acusatório". (LOPES JR, 2014, p. 45)

As palavras do citado autor destacam essa característica primordial do chamado sistema misto que essa separação que existe em duas fases, sendo que a primeira e a fase inquisitiva, tida assim pelo fato da produção de prova, a elaboração de diligências investigativas afim de agadanhar elementos para formar o convencimento do julgador fica a sua própria responsabilidade, característica essa existente no sistema inquisitório como vimos no tópico que fala em seu respeito e a segunda fase que seria a fase processual com a função de acusar a cargo do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ministério público, ente habilitado a fazê-lo se levarmos em consideração as características do sistema acusatório, onde o mesmo preserva o contraditório.

Deste modo se verifica essa conjunção das características de ambos os sistemas anteriormente estudados no sistema processual misto, hora objeto do estudo pelo momento.

Porem convém fazer algumas considerações a respeito do sistema processual misto como o fato de alguns autores negarem sua existência por considerarem que não basta que haja uma simples separação de fases e que em uma dessas fases esteja presente as características do sistema acusatório para que o mesmo possa vir a ser considerado como presente em tal sistema.

Neste sentido destaca Lopes Jr (2014, p. 47):

> Não se considera suficiente para que haja um processo acusatório que se tenha uma acusação, pois e necessário que se preserve uma separação de funções para que o sistema não venha a se desfazer, devido ao fato de ser necessário que a iniciativa probatória sempre esteja a cargo das partes sob pena de ser maculada a imparcialidade do juiz, restando assim desqualificado o sistema processual acusatório.

O posicionamento do autor e no sentido de negar assistência do sistema processual misto hora em estudo por entender que os fundamentos e características que o constituem não se sustentam, mas de toda sorte destaca-se que tal sistema não seria aceito pelo que exige a constituição com suas garantias processuais penais, pelo fato da gestão das provas ainda permanecer nas mãos do juiz, comprometendo sua imparcialidade.

2.4 Posição do Juiz Frente ao Inquérito Policial: Juiz Como Garantidor e não Como Instrutor

De acordo com o que foi colocado em termos de conteúdo até agora e possível se identificar um sujeito do processo que tem uma função de primordial importância, sendo ele a figura do juiz, pois dele que emana a decisão, a sentença no processo penal, sendo evidente um entendimento um tanto equivocado acerca da função que o mesmo desenvolve no processo penal, isso ocorrendo principalmente com pessoas que não detém conhecimento jurídico, são leigos nesses conteúdo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Como foi dito anteriormente e do juiz a função de decisão no processo penal, mas o mesmo não pode desenvolver essa atividade sem observância dos critérios que são inerentes a sua função, sendo um deles o foto do mesmo ser garantidor dos direitos fundamentais do indiciado no processo penal, residindo ai o erro de concepção que pessoas que não detém conhecimento jurídico sobre o assunto comete em relação a atividade do magistrado no processo penal, pois grande parte da sociedade ainda carrega esse entendimento que o juiz tem de acusar, executar diligencias com o fim de condenar o sujeito que cometeu a infração, o que na realidade se viesse a ocorrer o juiz estaria sento inquisidor, uma vez que a atividade de acusar e de investigar no processo penal quando atribuída ao juiz denota o sistema processual inquisitorial que e caracterizado por nele existir a figura dos juízes instrutores.

Uma vez discutido em tópico oportuno ficou claro que a constituição federal de 1988 reconheceu como sistema processual brasileiro o acusatório, sendo que nesse modelo de sistema exige a figura do juiz como garantidor dos direitos fundamentais, pois tal sistema busca garantir o máximo possível a preservação dos direitos do indiciado, tais como que seja garantido o devido processo legal e esse indiciado, ficando excluído para o atingimento de tal fim a figura do juiz instrutor por suas características não se adequarem ao que exige a legislação vigente.

Tal entendimento encontra respaldo nos dizeres de Da Silva (2012, p. 65):

> Evidencia-se, assim, que há três principais argumentos para justificar e motivar a implementação do juiz das garantias no Brasil: adequação da figura do juiz à estrutura acusatória proposta pelo Código, manutenção da imparcialidade do juiz da causa com o seu distanciamento dos elementos colhidos na investigação e otimização da atuação jurisdicional criminal

De acordo com o que destaca a autora citada observa-se uma impossibilidade de se utilizar elementos constante na investigação preliminar no processo penal, uma vez que o atual sistema processual adotado no Brasil consagra a presença do juiz garantido dos direitos do indiciado e a utilização de tal elementos como fundamento das decisões judiciais afronta claramente as garantias conferidas ao indiciado.

3 FUNDAMENTO DE EXISTÊNCIA DO PROCESSO PENAL

Destacamos anteriormente os sistemas processuais, bem como suas características e peculiaridades que nos interessa ao tema do presente artigo, mas qual seria a necessidade de existência desse processo penal? Neste capítulo o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

estudo busca trazer os principais pontos para esclarecer a necessidade desse processo no mundo empírico fenomênico bem como alguma de suas características mais relevantes ao tema em apreço.

3.1 Instrumentalidade Constitucional do Processo Penal

Para se chegar aos fundamentos de existência do processo penal se faz necessário fazer referência ao modelo constitucional existente atualmente, pois constitui também como fundamento de existência do processo penal o modelo constitucional que incide sobre nossa sociedade, pois reside nesse modelo constitucional critérios que nos permitem se chegar aos objetivos fundantes desse processo penal.

Segundo Lopes Jr (2017, p. 30):

"Uma Constituição democrática, como a atual, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático, visto como instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo."

Como bem destaca o autor, o atual sistema constitucional e democrático, característica que confere a constituição a função de zelar pela perfeita preservação e efetivação das garantias fundamentais da sociedade que a mesma traz esculpida em seus textos e nesse contexto que surge, que e inserido o processo penal, agindo como protagonista na luta pela preservação e efetivação dessas garantias fundamentais.

Apesar de ser tratado de forma mais aprofundada adiante, se faz necessário fazer referência ao fato do processo penal trazer em seu bojo de regras a forma correta, o caminho para se chegar a pena que e imposta aos que cometem atos tidos como crime na sociedade e nesse contexto de regras trazidas para a correta aplicação da punição trazida pelo processo penal que entra esse caráter democrático da constituição, pois em decorrência desse caráter democrático, o processo penal deve na medida que regula a forma de aplicação da punição ao indivíduo se atentar ao caráter democrático de preservação dos direitos e garantias fundamentais.

Não se entende como correto a percepção de que o processo penal sirva unicamente como instrumento para punir quem comete delito, mas também como forma de trazer limites ao poder punitivo do estado e trazer as garantias fundamentais. (LOPES JR, 2017, p.70)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Isto posto se observa se que nos moldes constitucionais atuais com todas suas exigências que foram expostas, o panorama atual da sociedade reclama um processo penal que não sirva unicamente como meio pra se chegar a uma pena a ser imposta aquém comete delitos, mas a de ser também instrumento de garantias ao mesmo indivíduo objeto de aplicação da lei penal, resguardando de eventuais excessos por parte do estado.

3.2 Necessidade de um Caminho Para Aplicação da Pena

Desde os primórdios dos primeiros vestígios de convivência em grupo de determinado número de pessoas que assim configurassem uma sociedade mesmo que em moldes arcaicos, se existiu a necessidade de se coibir, de punir certos atos tidos como não aceitos por aquele meio social, percebemos então uma notória relação do processo penal com a pena.

Assim dispõe Lopes Jr (2014, p. 33):

> E possível se identificar uma constante relação entre a pena e o processo penal, sendo este último necessário para a correta aplicação do primeiro, ou seja, o processo penal se coloca como condição do exercício desse poder de punir e tal processo demanda a observância de uma série de requisitos ou regras para se chegar ao fim desejado tal qual seja aplicar a pena ao caso concreto.

De acordo com o que se destacou a pena contribui de maneira essencial para o surgimento do processo penal, na medida em que surge a necessidade da mesma ser imposta aos indivíduos que cometessem atos não aceitos pelo meio social e a imposição dessa pena demandar a observância de critérios específicos para a obtenção deste fim, critérios esses só satisfeitos com a utilização desse processo, evidenciando seu caráter instrumental do processo para com a aplicação da pena.

"Assim fica estabelecido o caráter instrumental do processo penal com relação ao Direito Penal e à pena, pois *o processo penal e caminho necessário para a pena*." (LOPES JR, 2014, p. 34)

Levando em consideração o fundamento de existência do processo penal, sendo este o fato de que para que se possa aplicar apena ao delito praticado esse ato deve ser observado e respeitado critérios para sua aplicação, critérios esses que dizem respeito principalmente as garantias processuais do indiciado ou apenado, sendo que para discutir tal tema vale apena se destacar o sistema processual adotado no Brasil que e o acusatório de acordo com o que foi abordado no capítulo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

anterior e que tal sistema presa pelo contraditório, pela imparcialidade do julgador, pela preservação das garantias processuais do indiciado, vindo tais características do sistema acusatório constituir critérios que deve ser observado no processo penal para que a aplicação da pena se desenvolva de modo a respeitar os direitos e garantias fundamentais.

De acordo como bem assevera Lopes Jr (2017, p. 66):

> Para que ocorra a acertada aplicação da pena a uma conduta tipificada na legislação penal, conduta típica por tanto se faz necessário não apenas a realização de tal conduta típica pelo acusado, mas que ocorra um procedimento que seja observado todas as garantias processuais, ser observado um devido processo penal por tanto, pois nãos e entende que a pena seja consequência unicamente de um delito praticado, mas também um resultado alcançado por uma série de atos intitulada processo penal.

Com todo o exposto evidencia-se a conclusão de que e condição para que haja a correta aplicação de uma pena para que essa venha a cumprir seu papel punitivo e ré socializador que tal pena seja aplicada em observância as garantias fundamentais atribuídas aquele cometera delito, pelo fato de ser imprescindível o processo penal para a aplicação da pena e esse processo penal existindo sobre a ótica do sistema processual acusatório reconhecido pela constituição federal, tal sistema presa em seus fundamentos a preservação das garantias fundamentais ao indiciado, seja essas garantias o contraditório, a ampla defesa ou a imparcialidade do julgador.

3.3Processo Como Guerra ou Jogo e a Luta por um Sistema com Garantias Mínimas

Com tudo que foi falado até o presente momento, levando em consideração somente o que foi tratado destaca-se inerente ao processo uma certa sensação de segurança, uma vez que foi mostrado que tal processo tem como função primordial manter de preservar garantias ao indiciado no processo penal, deste modo somos levados a ter em nosso subconsciente o pensamento de que se o processo existe para trazer essa garantia jurídica aos que figuram no processo como partes então o detentor da verdade e do direito logicamente a de sempre sair vitorioso nos processos existentes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Tal concepção de processo não condiz com o que destaca Lopes Jr (2017, p. 98):

> A expectativa de uma sentença favorável ou a perspectiva de uma sentença desfavorável está sempre pendente de um aproveitamento das chances e da liberação das cargas. Em nenhum momento, tem se a certeza de que a sentença será procedente, A acusação e a defesa podem ser verdadeiras ou não; uma testemunha pode ou não dizer a verdade, assim como a decisão pode ser acertada ou não (justa ou injusta), o que evidência sobremaneira o risco do processo.

De forma clara a disposição do autor desconstrói a forma de pensar o processo como esse instrumento de garantia de verdade absoluta que pairava sobre nosso pensamento, levando a pensar esse processo agora como uma demanda composta por partes onde a sentença pretendida a cada uma dessas partes fica por sua vez condicionada as habilidades dessas partes e de seus representantes legais, na medida em que melhor engaranhar o mais robusto arcabouço probatório e que sairá com a sentença que pretendia no processo.

Porém em se tratando de processo penal onde o resultado desse procedimento muitas vezes e a restrição de liberdade do indiciado no processo, não se pode deixar o rumo da sentença unicamente nas mãos do mais habilidoso no processo, tendo que ser atribuído ao indiciado garantias mínimas, até mesmo para a preservação de sua dignidade humana garantia constitucional atribuída ao mesmo.

Essa garantia que o processo penal traz tem caráter limitativo, na medida em que limita o poder do estado no memento da aplicação da norma penal, gerando uma proteção do sujeito tido como mais fraco da relação processual. (LOPES JR, 2017, p. 100)

O entendimento do autor coloca o processo penal como esse garantidor do mínimo de garantias ao indiciado e se faz necessário destacar que essa proteção ao objeto de aplicação da lei penal, (autor de fato típico) e condição de legitimidade dessa punição que a de vir com a aplicação da lei penal pelo processo penal na medida que como já destacado anteriormente a constituição não reconhece como legitimo um processo penal autoritário sem observância as garantias processuais que a constituição preserva.

As disposições trazidas neste capítulo giram em torno de mostrar o motivo e relevância da existência de um processo penal e tal motivo se revela

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

principalmente na necessidade de regular o poder de punir do estado garantindo uma serie de garantias processuais ao indiciado no processo penal.

4 INVESTIGAÇAO PRELIMINAR NO PROCESSO PENAL

Após as devidas considerações introdutórias importantes para trazer um esclarecimento do atual senário tanto em âmbito social como jurídico que essa investigação preliminar se encontra inserido, passa-se a tratar especificamente desse ato que compõem esse rol das chamadas investigações preliminares que e o inquérito policial, trazendo todas suas características e pontos importantes a serem abordados no presente trabalho.

4.1 Características do inquérito policial

No inquérito policial se observa diversas características, porem tendo em vista a problemática do presente trabalho apenas algumas delas serão abordadas, logicamente as que forem de maior relevância ao presente tema, isto posto primeiro tratamos de abordar quem seria o órgão encarregado de fazer a elaboração de tal procedimento, sua execução esta por conta da Policia judiciaria, tal como a polícia civil ou federal sendo por tanto executado por um ente estatal.

Reafirmando tal entendimento o artigo 4º do código de processo penal destaca: "A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá pôr fim a apuração das infrações penais e da sua autoria." (BRASIL, 1995)

Tal discussão acerca do ente responsável por seu processo de elaboração inevitavelmente leva-se a abordagem de outra das suas características que e sua natureza jurídica, o que se levarmos em conta o ente responsável pelo seu processo de feitura que e um ente administrativo como foi visto e o propósito de sua feitura que e fornecer elementos de materialidade, ou seja, elementos que demostrem a existência de um fato tipificado na legislação penal e de elementos de autoria desse fato típico ao titular da ação penal se conclui facilmente que tal processo tem natureza jurídica de processo administrativo informativo, igual entendimento encontrasse presente na citação doutrinaria a seguir:

"A atividade carece de mando de mando de uma autoridade com potestade jurisdicional e por isso não pode ser considerada como atividade judicial e tampouco processual, até porque não possui a estrutura dialética de processo." (LOPES JR, 2014, p.120)

Seguindo as características do inquérito policial não é possível deixar de falar do seu caráter sigiloso, não dando publicidade a autoridade responsável por sua elaboração dos elementos que são colhidos, tal característica encontrando respaldo na legislação processual penal no artigo 20 do código de processo penal como discado redação integral de artigo a seguir:

"Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade." (BRASIL, 1995)

Por fim resta fazer referência a característica dessa forma de investigação preliminar tida como de maior relevância ao presente tema tratado no trabalho que é sua característica inquisitorial, ou seja, não e observado em seu processo de elaboração a presença do contraditório.

"Não há contraditório, esse só é exigido no processo, é aqui ainda não há processo." (MARQUES, 2016, p.2)

O posicionamento do autor destaca a inexistência de contraditório, pelo fato do mesmo só existir em fase processual e o momento de elaboração de inquérito policial se situa na fase pré processual, pois ainda não existe processo, a intenção da elaboração de tal procedimento e justamente no sentido de se observar se a ou não motivos que justifique a ação penal, deste modo resta como reconhecida a característica inquisitorial de tal processo pela latente inexistência de contraditório.

Demostrando essa característica inquisitorial pelo fato de tal procedimento se encontrar em fase pré-processual e só valer de fundamento para a futura ação penal destaca Rex (2016, p.30):

> A inquisitorialidade presente no inquérito policial no Brasil não segue os moldes iniciais, no qual a figura de acusar, defender e julgar se confundiam em uma única pessoa. E sim, um modelo um pouco mais aprimorado, no qual doutrinadores afirmam que o inquérito policial é apenas um elemento informativo para uma futura ação penal.

Isto posto, resta claro que o inquérito policial possui características típicas de um processo de natureza inquisitorial, que não tem observância das garantias processuais do contraditório e da ampla defesa, seja por que e um processo de natureza administrativa realizado por um ente administrativo que lhe falta potestade jurisdicional, seja por que e desenvolvido em fase pré- processual.

4.2 Distinção em Atos de Prova e Atos de Investigação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Classificar esse conteúdo do inquérito policial em atos de prova ou atos de investigação e tarefa primordial, haja vista a partir dessa classificação será atestado com mais propriedade sobre a sua possibilidade ou não de serem utilizados esses elementos do inquérito policial como fundamento de decisões judiciais, pois elemento de prova tem características que aumentam sua credibilidade ao passo que os atos de investigação carecem de tais características.

Nas palavras de Stefanello, G., Cezar, R. (2016, p.3):

"Atos de prova (integram os autos do processo, podendo servir para o convencimento do juiz na sentença) ou atos de investigação (servem para formar um juízo de probabilidade sobre a acusação, tendo função endoprocedimental e não estando dirigidos à sentença)."

Seguindo o entendimento dos citados autores atos de prova são aqueles se acham entranhados no interior do processo que foram elaborados com observância dos princípios processuais, enquanto atos de investigação são aqueles realizados por rotineiramente por um ente administrativo, cumprindo o seu papel anteriormente citado meramente informativo, deste modo concluísse facilmente pela classificação dos elementos do inquérito policial como atos da investigação.

De acordo com Lopes Jr (2014, p.159):

> Conclui-se facilmente que o IP somente gera atos de investigação e, como tais, de limitado valor probatório. Seria um contra senso outorgar maior valor a uma atividade realizada por um órgão administrativo, muitas vezes sem nenhum contraditório ou possibilidade de defesa e ainda sob o manto do segredo.

Deste modo facilmente se verifica a deficiência desses elementos do inquérito policial como forma de fundamentar decisões judiciais justamente pela inexistência do contraditório, sendo conferido a esses tais elementos apenas a classificação como atos de investigação.

O mesmo autor anteriormente citado faz referência a valoração desses elementos num sentido peculiar, no viés de conferir a esses atos de investigação quando utilizados pelo juiz como fundamento de decisões judiciais o valor de um ato de prova, desde que esse elemento seja refeito, repetido com observância das garantias processuais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em se tratando de repetição se considera como tal a repetição de algo que já foi dito ou foi feito, sendo que para que isso ocorra de forma perfeita exige que seja realizado pela mesma pessoa que originalmente praticou a conduta torne a realizá-la da mesma forma. (LOPES JR, 2014, p.161).

Deste modo se for utilizado essa repetição, pode-se atribuir a esses elementos do inquérito policial classificação de atos de prova, pois dessa forma estará sendo desenvolvida a atividade em consonância com os princípios processuais.

E nítido que a classificação de um determinado elemento ou fato obtido em sede de investigação preliminar para que venha a ter estatuas de prova, este deve observar as garantias constitucionais e processuais conferidas ao indiciado, em especial e direito ao contraditório, não sendo admitido que se obtenha esse elemento fundamental a justificar a condenação do indiciado de forma a desconsiderar o que despõem suas garantias constitucionais que lhe são conferidas.

Neste sentido bem destaca De Figueiredo (2019, p.13):

> Deste modo se verifica facilmente que a busca e consequente obtenção de elementos que sejam necessários a justificar a condenação do sujeito passivo da ação penal não e ilimitada, ou não pode ser desenvolvida e utilizada na fundamentação de uma possível decisão como bem julgar conveniente a autoridade que desenvolvê-la, pois não pode ser permitida em um estado democrático de direito a busca da culpabilidade sem qualquer critério.

Ficando por tanto demonstrado que para que o elemento colhido em sede pré-processual venha a ser elevado ao patamar de prova podendo ser fundamento para sentenças e de suma importância que esse ato seja desenvolvido de forma a ser garantido o contraditório, pois de acordo com o que ficou posto se conclui que a "prova" e elemento colhido em contraditório por tanto.

4.3 Garantias Processuais: Prova Como Elemento em Contraditório

Como foi destacado no tópico anterior de forma sucinta, prova e uma elemento obtido sob o mato do contraditório, ou seja, resguardando o contraditório por esse ser garantia fundamental conferida ao indiciado e tal observância a essa garantia e o que atribui esse caráter de prova e esse elemento colhido em investigação pre-processual.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

"Ainda mais importante do que a necessidade da prova é a garantia do contraditório, isto é, a possibilidade da refutação ou da contraprova." (FERRAJOLI, 2002, p,121)

Nas palavras do autor anteriormente citado o mesmo reafirma essa necessidade de estar presente o contraditório quando da elaboração de um elemento que se pretende usar como prova e portanto apto a fundamentar possíveis decisões judicias, tal necessidade e até mesmo mais importante que a própria necessidade de existência dessa prova, haja vista que se a observância de tal garantia não for respeitada a prova não a de existir, pois para um elemento poder ser considerado como uma "prova" este tem que ser gerado em perfeita observância do contraditório.

Deste modo, diante das características do inquérito policial que já foram tratadas, onde ficou clara sua característica inquisitória, ou seja, que não possui contraditório em seu processo de elaboração só pode-se chegar à conclusão de que tais elementos do inquérito policial não servem de fundamentos de decisões judicias por essa ausência desse requisito que eleva um elemento ao patamar de prova que e a presença do contraditório.

Tratando dessa impossibilidade de utilização de elementos colhidos do inquérito policial em fundamentos de decisões judiciais, Zanardi, T. I (2016, p.4)

> Está cada vez mais evidente que deve haver o impedimento ou a restrição da influência do material colhido durante a investigação no convencimento do julgador, já que os atos produzidos na persecução penal prévia não se submetem ao contraditório e os que vivenciam e estudam o tema percebem que não são apenas produzidos elementos informativos como quer fazer crer o Código de Processo Penal brasileiro e parte da doutrina.

O inquérito policial realizado pela polícia judiciário nos termos do código de processo penal muitas vezes traz elementos robustos de autoria delitiva, porem tais elementos foram colhidos de forma a não observar as garantias constitucionais, restando por tanto prejudicados desde o seu nascedouro, não podendo figurar como fundamento de possíveis condenações, mesmo que se tenha uma real necessidade dessa prova, pois como ficou bem destacado esses elementos do inquérito não constituem elementos de prova.

4.4 Decisões Judiciais e a Impossibilidade de Valoração do Inquérito Policial

De acordo com o posicionamento dos diversos doutrinadores estudados no presente estudo em tela se observa-se uma problemática na possibilidade de utilização de elementos do inquérito policial como fundamento de decisões judiciais, de modo que com referência ao presente tema se encontra posicionamento diversos, como o posicionamento doutrinário que nega a possibilidade da utilização desses elementos como fundamento de decisões judiciais, sendo que os doutrinadores que adotam tal posicionamento se justificam pelo fato do inquérito policial ser um mero ato administrativo informativo, como foi anteriormente destacado e que como tal não tem no seu processo de elaboração parte onde seja garantido o perfeito contraditório, em desacordo como foi visto em capítulos anteriores do presente trabalho com o sistema processual adotado no Brasil que e o acusatório, que apesar deste não ser acusatório em sua forma mais pura, mas o seu núcleo fundante e essencialmente acusatório, por esta razão não sendo possível fundamentar uma decisão judicial com um instrumento tão defeituoso.

Nas palavras de Nucci, G. (2014, p.122):

"Lamentavelmente, muitos magistrados valem-se do inquérito para calcar suas decisões, como se fosse instrumento produzido sob crivo da contraditória e ampla defesa. Utilizar o inquérito para sustentar a condenação do acusado é nitidamente, inconstitucional."

Com o posicionamento do citado autor fica claro o fundamento utilizado pelos doutrinadores para não reconhecer o inquérito policial como possível de ser utilizado como fundamento de decisões judiciais, tal como o fato do mesmo não se atentar em fazer valer o contraditório.

Outros doutrinadores fazem referência à chamada "falsa presunção de veracidade", posicionamento destacado por Lopes Jr (2014, p.321):

> Parte considerável da doutrina sustenta que os elementos do inquérito policial valem até que se prove o contrário, sendo que fazendo isso estão por sua vez estabelecendo uma presunção de veracidade que a lei em nada faz referência, pois a lei processual penal traz como referência o fato de que o inquérito policial acompanhara o ato de denúncia ou de queixa sempre que um desses elementos for base fundamento do outro, o que por sua vez não tem o objetivo de conferir ao inquérito policial valor probatório, mas tão somente permitir que o juiz possa efetuar o juízo de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> admissibilidade da acusação com base nesses elementos que andam juntos.

Deste modo foi colocado o posicionamento dos doutrinadores que fazem referência a não conferir ao inquérito policial valor probatório, seja por que o mesmo não se atem ao princípio do contraditório em seu processo de feitura e deste modo não podendo figurar como fundamento de decisões judiciais, seja porque há pairando sobre o inquérito policial uma falsa presunção de veracidade por interpretação erronia de dispositivo legal não podendo por tanto tal elementos serem utilizados como fundamento de cisões judiciais segundo tal posicionamento doutrinário.

Fazendo por sua vez agora referência aos doutrinadores que conferem aos atos do inquérito policial valor probatório, mas um valor probatório relativo, ou seja, esses doutrinadores destacam que os juízes como forma de fundamentar decisões judiciais podem até se utilizar de elementos do inquérito policial, mas não podem se utilizar apenas desses elementos. Alguns elementos do inquérito policial segundo esses doutrinadores não podem ser simplesmente descartados dos elementos que podem servir ao convencimento do juiz como no caso de provas técnicas periciais.

Finalizando as justificativas para o reconhecimento do valor probatório relativo do inquérito policial o artigo 155 do código de processo penal destaca que:

> O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvados as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 1981)

Assim sendo fica claro o conceito de valor probatório relativo dos elementos do inquérito policial pelo fato do citado artigo destacar que o juiz não pode se utilizar para seu convencimento em decisões judiciais de elementos exclusivos do inquérito policial.

Camargo, F. (2006, p.55) destaca:

> Tendo o acusado feito a confissão extrajudicial durante o inquérito, mas não foi confirmada em juízo, esta não pode ser simplesmente descartada, se tendo elementos de prova coletadas na fase judicial que complementam o dito na fase

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

inquisitiva, sendo importante elemento do conjunto probatório pra a condenação do acusado.

Findando assim os argumentos dos doutrinadores que sustentam esse valor de prova relativo dado ao inquérito policial pelo fato de constar alguns elementos que por sua vez não podem ser descartados como um possível fundamento de decisões judiciais justamente por constituir uma evidência muito robusta no processo. Assim sendo alguns elementos poderão figurar como fundamento decisões judiciais, pelo conteúdo que o mesmo traz em sua essência, porem como foi dito, o juiz não pode unicamente se utilizar desses elementos para fundamentar suas decisões, ele deve se valer de outros elementos, elementos esses que não tem a deficiência de não ter sido elaborado sob o crivo do contraditório, defeito esse tão latente em elementos do inquérito policial.

Tal entendimento e uma espécie de desdobramento do entendimento que não permite que elementos do inquérito policial sejam usados como fundamentos de decisões judiciais, pois só confere esse condão de prova apta a ser utilizado para fins de convencimento do juiz aqueles elementos do inquérito policial que constituírem provas tão robustas que são impossíveis de serem desconsideradas pelo juiz em seu convencimento, entendimento esse que seria no mínimo questionável, uma vez que como ficou bem claro em capítulos anteriores se utilizar de elementos que não foram concebidos em observância ao contraditório para formar o convencimento em de cisões judiciais e afronta grave a direito fundamental, ferindo de morte até mesmo o fundamento de existência do próprio processo penal.

E com relação a robustez da prova produzida em fase pré-processual, como no caso da confissão, destaca Nucci, G. (2014, p.397):

"É meta indispensável do juiz confrontar a confissão com outras provas existentes nos autos, jamais aceitando que ela, isoladamente, possa significar a condenação do réu."

O posicionamento do autor evidencia a deficiência latente existente em tal prova produzida em fase claramente inquisitiva, sem contraditório, suscetível de existência de erros e existência de situações que podem gerar até mesmo a nulidade absolta do elemento produzido.

Passando por conseguinte ao posicionamento doutrinário a favor de que seja considerado elementos do inquérito policial para rechaçar decisões judiciais, se faz necessário que seja destacando a questão do livre convencimento motivado do juiz, destacado no artigo 155 do código de processo penal anteriormente destacado,

pois esse constitui o principal fundamento dos doutrinadores para reconhecer valor probatório ao inquérito policial.

Nos dizeres de Eugênio, P. (2014, p.340):

> O juiz no memento da formação do seu julgamento, está perfeitamente e integralmente livre para atribuir determinado nível de confiabilidade probatória a determinado elemento, não estando esse magistrado vinculado ou mesmo obrigado a ter que se atentar a determinado critério para atribuir essa valoração a determinado elemento.

Nesse sistema que se encontra o principal argumento levantado pelos doutrinadores para sustentar esse valor probatório dos elementos constantes no inquérito policial, justamente pelo fato do juiz despor dessa liberdade pra formação do seu convencimento, podendo o mesmo se utilizar de qualquer elemento que por sua vez sirva para satisfazer seu convencimento, tendo apenas que se atentar ao fato de constituírem ou não provas ilícitas.

Porém se faz necessário ser cauteloso ao valorar a redação de tal dispositivo legal, uma vez que por ela estaríamos a aceitar que o magistrado utilizasse uma determinada prova sem observância nenhuma a garantias fundamentais atribuídas ao indiciado, neste sentido destaca, De Almeida (2012, p.7):

> A pesquisa da verdade no processo não é um fim em si mesma, que tudo justifica, embora deva ser buscada em prol da justiça das decisões. Ela deve obedecer a critérios legais que impõem ao juiz o dever de observar regras relativas à admissão, produção e valoração das provas, as quais existem para resguardar valores juridicamente relevantes, mas que inevitavelmente revelam limitações à busca da verdade.

Deste modo fica claro que o esse fundamento utilizado para que seja admitido como prova elementos colhidos em fase pré-processual e falho, uma vez que segundo o autor citado anteriormente a busca da verdade em prol de fazer ajustiça não pode se dar sem observância a qualquer critério pelo julgador, deste modo entendesse que minimamente este deve se atentar a garantia fundamentais atribuídas ao sujeito passivo do processo penal, pois estas são conferidas pela norma constitucional, norma essa de relevância incontestável no ordenamento jurídico brasileiro, então se assim entendermos podemos afirmar que esse julgador não fara uso de elementos do inquérito policial para fundamentar suas decisões,

pois este foi elaborado em total desacordo com a garantia do contraditório conferida ao indiciado, sujeito passivo do processo penal.

CONCLUSÃO

De acordo com as observação feitas nos sistemas processuais observa-se que apesar do sistema processual adotado no brasil não ser um sistema acusatório puro, que preserva totalmente a separação das funções dos sujeitos do processo e a as garantias processuais conferidas ao indiciado, o texto constitucional e inclinado para um sistema processual acusatório, sendo seu núcleo fundante acusatório, sendo assim como foi destacada as características deste sistema processual em capítulo anterior o mesmo não e compatível com a utilização dos elementos o inquérito policial como fundamento de decisões judiciais, pois tais elementos são colhidos sem observância do contraditório e da ampla defesa, garantias amplamente defendidas pelo citado sistema processual.

Ainda foi destacado o fundamento de existência do processo penal que se situa na função de efetivar as garantias processuais, de modo a servir de limitador do poder do estado para com o sujeito passivo do processo penal que e o indiciado, tendo como um desses direitos fundamentais que o processo penal busca preservar o contraditório e como foi tratado em capitulo próprio dentro do presente artigo, onde foi observado que uma das características dessa modalidade de investigação preliminar e seu caráter inquisitivo, onde não a em seu processo de elaboração momento onde seja preservado esse contraditório que o processo penal busca preservar, mostrando por tanto a impossibilidade de utilizar os elementos do inquérito policial como fundamento de decisões judiciais, com base no próprio fundamento de existência do processo penal.

Foi observado entre os argumentos dos doutrinadores que defendem essa utilização dos elementos do inquérito policial como fundamento de decisões judiciais que esse fundamento se baseia na questão do livre convencimento motivado do magistrado no momento de elaboração da sua decisão, mas e importante destacar que esse convencimento, essa busca de provas que fundamentem a decisão não pode ser formado sem nenhum critério, critério esse que seria minimamente o contraditório por ser esse uma garantia fundamental e elemento essencial para se elevar um elemento ao patamar de prova. Sendo que como foi mostrado durante todo o presente artigo que esses elementos colhidos em inquérito policial não foram concebidos sobre manto do contraditório, tais elementos não podem ser considerados no memento de formação do convencimento do magistrado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vítor Luís de. A fundamentação das decisões judiciais no sistema do livre convencimento motivado. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, ano 1, n. 5, 2012, p. 2.525-2.516. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/05/2012_05_2497_2536.pdf. Acesso em: 12 nov. 2016.

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: 25 de Mar. 2019.

_____. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Institui o código de processo penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 30 de out. 2019.

CAMARGO, Felipe Feliman. O valor probatório do inquérito policial. **Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Monografia de Graduação em Direito**, 2006.

Disponível em: http://siaibib01.univali.br/pdf/Felipe%20Feliman%20Camargo.pdf. Acesso em: 25 de out. 2019.

CESAR, R. S; Stefanello, G. J. **(SISTEMAS DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR.)**, 09 nov. 2016. IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR) - FAI faculdades Itapiranga (SC), 2016. Disponível em: http://faifaculdades.edu.br/eventos/MICDIR/, Acesso em: 16 de nov. 2019.

DA SILVA, Larissa Marila Serrano. A construção do juiz das garantias no Brasil: a superação da tradição inquisitória. 2012. Disponível em: http://hdl.handle.net/1843/BUBD-99QJAH. Acesso em: 28 de out. 2019.

DE FIGUEIREDO BRAMBILLA, Taciany Amaral. A VISÃO GARANTISTA ACERCA DAS PROVAS ILÍCITAS NO ÂMBITO CRIMINAL. **Meritum, revista de Direito da Universidade FUMEC**, v. 13, n. 2, 2019.

Disponível em: http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/6671, Acesso em: 02 de nov. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **DIREITO E RAZÃO**, Teoria do Garantismo Penal. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KHALED JR, Salah Hassan. O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório? **Civitas-Revista de Ciências Sociais**, v. 10, n. 2, p. 293-308, 2010. Disponível em: https://www.redalyc.org/pdf/742/74221650008.pdf. Acesso em: 02 de out. 2019.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal–introdução crítica**. Editora Saraiva, 2017.

_____. Aury. **Direito processual penal.** 11 ed. São Paulo: Saraiva 2014.

MARQUES, Dyogo Costa. Inquérito policial. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**, v. 8, n. 2, p. 193-201, 2016.

Disponível em: http://revistaemam.kinghost.net/revista/index.php/rjunic/article/view/393/358 , Acesso em: 08 de Nov. 2019.

PACELLI, Eugênio, de O. **Curso de processo penal.** 18 ed. São Paulo: Atlas,2014.

RANGEL, P. **Direito processual penal.** 22 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

REX, Danielson Felipe. O princípio do contraditório no inquérito policial: por um sistema processual penal efetivamente acusatório. 2016. Disponível em: http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/3719. Acesso em: 09 de out. 2019.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais–Tempo, Tecnologia, Dromologia, Garantisto.** Rio de Janeiro: Lumen, 2006.

ZANARDI, TATIANE IMAI. "Investigação Criminal Defensiva: uma prática a ser difundida." **Revista Justiça e Sistema Criminal,** v. 8, 2016. Disponível em: https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/71. Acesso em: 07 de nov. 2019.

---

[1] Orientador, professor do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho, Mestre em direito pela Universidade Católica de Brasília (2012). *E-mail*: julianoleonel@hotmail.com.

www.conteudojuridico.com.br

MÁSCARA DA PERSONALIDADE PRÉ-NATAL: CONTRIBUTOS DOGMÁTICOS EM DEFESA DA VIDA EMBRIONÁRIA

MYLENA RIOS CAMARDELLA DA SILVEIRA: Advogada e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, menção em Direito Constitucional, pela Universidade de Coimbra – Portugal, bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNINOVAFAPI.

RESUMO: O presente trabalho é resultado de uma investigação científica bibliográfica cujo objetivo foi compreender e analisar o direito à vida embrionária a partir da construção da personalidade pré-natal. Para tanto, inicia-se esse trabalho científico com os primeiros sopros históricos, advindos dos gregos e romanos, que inspiram a discussão quanto à personalidade embrionária. Posteriormente, segue-se com o estudo do direito à vida e a delimitação do início da vida humana como elemento essencial para definir os contornos da proteção embrionária. Se for humano desde a vida embrionária porque não sê-lo pessoa jurídica desde então? Em caminhos dogmáticos que negam, consideram em parte e aceitam a personalidade pré-natal constroem-se as linhas mestras para a discussão em defesa da vida do feto como um direito subjetivo, contribuindo para uma proteção concreta e efetiva dos direitos humanos fetais. Ao final, em caráter conclusivo, realizou-se um estudo da proteção embrionária enquanto direito subjetivo do feto em estreita relação com a prática abortiva.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. VENTOS HISTÓRICOS DE PROTEÇÃO DO NASCITURO. 3. O DIREITO À VIDA - início da vida. 4. PERSONALIDADE DESDE A VIDA EMBRIONÁRIA? 4.1. Personalidade jurídica pré-natal e concessão de direitos aos embriões. 4.1.1 Laivos teóricos de personalização pré-natal. 4.1.2. Personalização do nascituro. 5. "GRITO SILENCIOSO" – breves apontamentos críticos da prática abortiva perante a personalização embrionária. 6. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

1. INTRODUÇÃO

A proteção da vida humana requer um apreço dogmático e jurídico atencioso, isso porque a vida é aquele primeiro ponto de toda a existência humana. O direito à vida representa exatamente um direito natural de origem que viabiliza e impulsiona o exercício de todos os outros.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Garantir com completude a tutela da vida perpassa analisar onde se inicia o objeto de proteção e essa resposta é elaborada com clareza e objetividade pelos estudos técnico-científicos da biologia, em especial na embriologia humana.

Uma vez analisando o início da vida a partir da concepção, a proteção da vida intrauterina não mais pode ser ignorada pelo Direito. Entretanto, como deve ser essa proteção? Trata-se de uma tutela objetiva ou permeia-se de subjetividade e, reconhecendo a personalidade embrionária, concede-lhe um direito subjetivo à vida?

A investigação da personalidade embrionária surge como vetor essencial na proteção da vida pré-natal, uma vez que a compreensão da pessoalidade fetal a partir da ontologia humana irradia seus efeitos em discussões jurídicas sobre a prática abortiva. Isso porque, enquanto compreendida como um bem objetivamente tutelado, a vida intrauterina padece de subjetivação e, em um diálogo ponderativo realizado quanto à interrupção voluntária da gravidez, está destinada a fragilidade do seu peso argumentativo perante os direitos subjetivos da mulher.

Essa investigação se propõe, então, a observar a personalidade do embrião enquanto sujeito de direito e titular próprio dos direitos subjetivos que o ordenamento especifica a todos os homens e, assim, desconstruir o abismo criado entre a realidade de hominicidade fetal e a concepção positivista de personalidade, no intuito de elevar e subjetivar a proteção da vida embrionária.

Dessa forma, partindo-se de uma navegação histórica grega e, principalmente, romana, analisa-se as primeiras linhas dogmáticas da personalidade embrionária, bem como a relação entre concessão de direitos ao feto e a atribuição de personalidade. Posteriormente, iniciar-se-á o estudo do direito à vida no intuito de compreender onde começa a vida e, consequentemente, a tutela do direito. Dada as linhas biológicas do início da vida, será realizado um estudo das teorias que correlacionam a concessão de direitos aos embriões e a atribuição de personalidade e, ao final, observar-se-á a relação entre os direitos do feto e da mulher diante da prática abortiva: teria o feto direitos subjetivos oriundos da sua personalização?

2. VENTOS HISTÓRICOS DE PROTEÇÃO DO NASCITURO

Um breve passeio histórico com partida nas tradições gregas, uma parada apreciativa do direito romano e a chegada aos dias atuais nos mostrará como a proteção ao nascituro foi sendo considerada em diversos contextos históricos. Nesse primeiro momento passearemos apenas em tempos remotos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nos estudos de Platão e Aristóteles[1] percebe-se uma admissão das práticas abortivas por inspirações relacionadas ao crescimento demográfico em função dos meios de subsistência. Platão apresentava uma preocupação com a pureza da raça o que legitimava o aborto eugênico. Aristóteles com igual razão defendia a exposição do recém-nascido disforme. O aborto estava relacionado com a dotação de alma e, enquanto o feto ainda não tivesse alma (até os quarenta dias para o homem e até os três meses para a mulher) poderia ser retirado do ventre materno.

Os gregos foram os responsáveis pelos primeiros estudos relacionados à embriologia registrados nos livros de Hipócrates (século V a.c.)[2] e em seu famoso juramento já se observa o comprometimento médico em não dar presságio abortivo as mulheres.[3]

As maiores contribuições são percebidas em nossa passagem pelo direito romano, mas há que perceber as contradições observadas nas interpretações dos tradicionais escritos romanistas.

A aquisição da personalidade jurídica[4] dependia de duas dimensões, natural e civil, que se consolidavam no nascimento e no *status*[5]. O nascimento deveria reunir quatro condições fundamentais sendo elas: a separação completa do ventre materno, nascer vivo, ter forma humana e ser viável.

Antes da separação do corpo da gestante, o embrião é considerado "*mulieres portio vel viscerum*"[6], e entende-se por nascido quando é expulso e extraído do ventre materno[7]. Para a comprovação dos sinais vitais, os Proculeianos afirmavam a necessidade de um gemido para a comprovação da vida, os Sabinianos defendiam que bastava qualquer movimento ou respiração do nascido[8], e foi essa última doutrina a adotada por Justiniano. Ressalte-se que para o parto ser considerado perfeito era necessário que tenha ocorrido no tempo ideal que, para a experiência médica inspiradora da época, nomeadamente Hipócrates, circundava o período mínimo de seis meses completos [9].

Quanto à forma humana, os romanistas apontam que o *monstrum* ou *prodigum* não gozam de personalidade jurídica[10], apesar de não explicarem com detalhes o que caracterizaria essas formas, e apontam que possui forma humana ainda que a pessoa tenha maior ou menor número de membros que o normal[11].

A viabilidade é a condição mais discutida pelos romanistas e promove grande divergência quanto à necessidade e as dimensões desse requisito para a

aquisição da personalidade. Ser viável significava possuir aptidão para a vida[12]. Tratando-se da constatação de que, após o nascimento, a criança não viria a falecer após algumas horas ou poucos dias. Uma vez verificada a impossibilidade de sobrevivência, postulava-se uma recusa da personalidade jurídica, ainda que o nascido tenha experimentado o sabor da vida por alguns instantes.[13]

Os adeptos da viabilidade consideram que nos escritos romanos apenas é pessoa aquele que nasce vivo e tem condições de continuar a viver, em razão do período gestacional normal mínimo estabelecido por Hipócrates de seis meses completos.[14] Comprovam essa interpretação quanto à exigência da viabilidade a partir do texto de PAULO[15], segundo o qual para as mulheres terem direito ao *ius leberorum* seria necessário, além de outros requisitos, que haja dado à luz a pelo menos três ou quatro filhos, contanto que nasçam vivos e a tempo. [16]

Outro texto utilizado pelos defensores da maturidade fetal é uma constituição de Diocleciano[17] pelo qual o aborto[18], feto imaturo e inviável por falta de tempo de gestação, não adquiria nem transmitia nenhum direito e assim não seria capaz de romper o testamento, a maturidade era, assim, requisito essencial. Ressalte-se que a imaturidade apenas obstava a aquisição da personalidade quando o recém-nascido vinha a falecer logo após o parto, já que se continuava a viver, por óbvio, a presunção de viabilidade.[19]

Os romanistas[20] que não entendem pela exigência da viabilidade, por sua vez, defendem que a constatação de uma vida real e positiva, ainda que breve, é razão suficiente para conferir personalidade. Destaca-se a norma romana que determina a capacidade jurídica do infante, uma vez verificado seu nascimento, ainda que venha a falecer logo após[21].

Muito embora o direito clássico não considere o nascituro como sendo pessoa, é notória, em variadas passagens romana, uma preocupação protecionista desde o momento da concepção e, então, para determinados efeitos jurídicos o não nascido já é pessoa.

Nesses termos de tutela da vida embrionária, destaca-se a possibilidade de ser nomeado um *curador ventris*, a pedido da genitora, para defender os direitos do nascituro[22]; e a concepção de que aqueles que estão no útero são tidos como nascido quando do seu próprio interesse, embora só possa aproveitar depois de nascido[23].

Além de proteger direitos eminentemente patrimoniais, em especial sucessórios, há que se destacar também a hipótese segundo a qual a qualidade de ingênuo é estabelecida ainda que no decorrer da gestação a mãe torne-se escrava,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

em atenção ao momento da concepção. Também os casos em que se consideram como sendo filhos de senador aqueles que concebidos quando o pai possuía essa qualidade, ainda que venha a perdê-la ou falecer antes do nascimento[24].

Ademais, ressalte-se, a proteção conferida à vida intrauterina de forma que a lei régia vedava o enterro de mulher grávida, determinando que antes fosse aberto o ventre materno para tentar salvar o feto[25]. E em casos de condenação a pena de morte de mulher grávida, era determinada que a execução fosse adiada para momento posterior ao parto[26].

Apesar de todos esses direitos conferidos ao nascituro, Porchat[27]considera que não há contradição em afirmar que o nascimento perfeito é o evento que garante a personalidade e, ao mesmo tempo, proteger os direitos do embrião. Segundo o Autor, o direito faria uma espécie de ficção jurídica para proteger seus interesses. Caso o nascimento não ocorra, a pessoa não se constitui e, portanto, aquelas medidas protecionistas não produzirão efeitos.

Savigny doutrina que o nascituro não possuía nenhuma personalidade jurídica[28], porque não podia participar de relações de propriedade, contrair créditos, não tinha necessidade nem a possibilidade de ser representado e nem podia ser chamado de pupilo. Para o Autor, os direitos conferidos (normas que protegiam a vida e normas que conferiam direitos a serem adquiridos quando do nascimento) faziam parte de uma ficção jurídica[29] que se ocupava da iminente vida real do infante.

Silmara ALMEIDA[30] discorda e destaca que assegurar direitos significa, de fato, atribuir personalidade, porque somente quem é pessoa é capaz de ter direitos e obrigações no mundo jurídico.

Pelo que se denota, então, o embrião, no direito romanista, possui direitos independentes do nascimento com vida, tal qual a curatela instituída pela *"bonorum possessio ventris nomine",* que proporcionava à mãe recursos financeiros necessários para garantir a alimentação e demais necessidades importantes, para que a criança nascesse saudável. Depreende-se, portanto, que a finalidade era exatamente garantir o nascimento e não ser condicionado a este[31].

3. O DIREITO À VIDA - início da vida

Se assistirmos ao espetáculo orquestral dos direitos humanos, a dignidade da pessoa humana será o maestro, enquanto máxima axiológica

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

fundamental que alicerça e coordena os demais direitos e, certamente, o primeiro acorde será tocado pelo direito à vida.

Reconhecer a dignidade do homem perpassa o respeito pelos direitos que lhe são inerentes e que o Estado não pode negligenciar. Assim, a primeira expressão do respeito à pessoa humana é a inviolabilidade daquele direito anterior a todos os outros e possibilitador dos demais: a vida.

O direito à vida[32] é primordial, impulsionador e viabilizador do exercício de quaisquer outros direitos. Essa qualificação de essencialidade não decorre apenas da lógica cronológica dos fatos humanos, vamos além para perceber, nas palavras dos professores Canotilho e Vital Moreira, que "*o direito à vida é material e valorativamente o* bem *mais importante do catálogo de direitos fundamentais e da ordem jurídico-constitucional no seu conjunto*[33]*".*

Dada à dinamicidade da vida humana, pode-se falar não apenas em um direito de conservação da vida já existente (direito de vida), mas também em um direito ao desdobramento da vida até a consecução do nascimento (direito à vida no complexo do direito ao nascimento), de forma que são vedados, em respeito a esse direito, atos que ameacem a natural evolução humana[34].

Dentro do arcabouço dogmático do direito á vida, destaca-se o direito à existência[35] entendido como o direito de permanecer vivo, de defender a própria vida, de tutelar todo o processo vital, que não pode ser interrompido senão pela morte espontânea e inevitável.

Desde o momento em que se determina a existência de vida humana[36], o Direito deve garantir e proteger contra atos que violem a dignidade dessa vida[37]. Daí surge o cerne da discussão envolta do início da vida. Quando começa a vida[38]? Onde estão os primeiros pontos do laço vital? Nessa resposta é que encontraremos os fundamentos iniciais para a tutela da vida intrauterina.

Apesar dessa discussão envolver principalmente concepções teológicas, entende-se que para uma resposta mais teórica e objetiva seja necessário abraçar os contributos advindos dos estudos científicos da embriologia[39].

O início do desenvolvimento humano[40] coincide com a fertilização, processo no qual o espermatozoide (gameta masculino) se une ao ovócito (gameta feminino) e dá origem ao zigoto, primeira célula humana. O zigoto é uma célula totipotente formada a partir dos cromossomos paterno e materno, de forma que possui contribuição genética em igual proporção de ambos os progenitores, mas em uma combinação cromossômica única e específica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Após a formação do zigoto inicia-se a clivagem, que consiste no processo de múltipla divisão celular mitótica originando os blastômeros e quando há cerca de doze blastômeros o ser humano passa a ser denominado de mórula (a nomenclatura decorre da semelhança com a fruta amora devido ao conglomerado de pequenas células).

Depois será formada uma cavidade blastocística na mórula convertendo-a em um blastocisto formado por duas porções, uma externa denominada trofoblasto (dará origem à placenta) e uma interna embrioblasto (constituirá o embrião propriamente dito). Esse aglomerado celular irá ligar-se ao endométrio no processo denominado de nidação ou implantação, é nesse estágio que se iniciam as alterações hormonais femininas decorrentes do estado gravídico. Com a implantação completa do blastocisto na parede do útero, passa-se a denominação de embrião.

Devido à importância da nidação para garantir o prosseguimento do processo vital embrionário, muitas vezes considera-se que somente a partir dessa implantação uterina é que será iniciada a vida. Ocorre que a nidificação nada mais é que uma etapa[41], tal quais as outras, no processo de desenvolvimento humano que teve início desde a fecundação[42] e nem se pode tratá-la com essencialidade se tomamos como exemplo os casos de gravidez ectópica[43].

Nesses termos, não se pode negar que todas as características individualizadoras do ser humano em formação já podem ser codificadas naquela primeira célula zigótica originada na fecundação e, então, os momentos posteriores nada mais são que o desenrolar da vida humana já iniciada[44].

Muito embora seja notório o expressivo desenvolver da formação humana (partindo de uma única célula), cada etapa é apenas um momento na linha evolutiva, de forma que, após a concepção, cada fase posterior é um estágio diverso do mesmo ser humano[45].

Nas lições do professor catedrático da Universidade de Paris Jérôme Lejeune: "*A genética moderna se resume num credo elementar, que é este: no princípio há uma mensagem, esta mensagem está na vida e esta mensagem é a vida... Por quê? Porque sabemos com certeza toda informação que definirá a um indivíduo...sabemos que todas as características estão escritas nas primeiras células.* [46] "

Assim, somos a mensagem escrita naquela primeira célula e o processo de desenvolvimento que percorre a vida do ser humano nada mais é que a leitura

do que já veio prescrito na primeira célula zigótica: sempre fomos o mesmo desde nossa primeira expressão celular.

3. PERSONALIDADE DESDE A VIDA EMBRIONÁRIA?

É consenso técnico-científico[47] que o início da vida humana coincide com o momento da concepção, mas essa solução biológica não afasta a discussão dogmática sobre considerar, ou não, o embrião como pessoa[48], como titular de personalidade jurídica[49].

Ser pessoa[50] é atributo essencial para o reconhecimento de direitos humanos, de forma que apenas o ser dotado de pessoalidade adquire qualificação jurídica garantidora da posse de direitos.

Personalidade[51] é a qualidade de ser pessoa, a qual o Direito não pode ignorar ou recusar, mas apenas constatar e respeitar a partir das suas normas. A personalização decorre do simples reconhecimento jurídico de uma qualidade já pertencente ao homem pelo simples fato de o ser; surge de uma realidade extralegal, amparada no Direito Natural e que o positivismo apenas reconhece, em respeito à centralidade da pessoa na órbita jurídica[52].

"*A personalidade jurídica é a tradução forçosa, no mundo jurídico, da realidade da pessoa*[53]" e, dessa forma, estabelecer a qualificação jurídica do nascituro enquanto ser dotado de personalidade é liame essencial para ditar seu perfil na ordem jurídica[54].

O estudo da personalidade jurídica abrange duas concepções diversas[55]: uma fundamentada na dogmática formal positivista e a outra no realismo jusnaturalista.

Para os adeptos do formalismo, a personalidade jurídica decorre de expressa previsão legal, não é necessariamente um atributo de todos os indivíduos humanos, depende do nascimento, de forma que o nascituro não possui a qualidade de sujeito de direito e o conceito de pessoa é um artifício jurídico utilizado para a imputação de direitos e obrigações.

A personalidade, nessa concepção, está intimamente relacionada ao caráter positivista do ordenamento, na medida em que cria uma ficção legal[56] que independe do caráter ontológico do homem. O indivíduo é, portanto, pessoa desde que a ordem normativa assim o reconheça.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A (não) identificação da pessoa jurídica singular com a essencial figura humana decorre do entendimento de que a personalidade jurídica não é qualidade inerente ao homem e, então, a qualificação como pessoa encontra forte dependência dos postulados de direito positivo. Nesse sentido, a concepção formalista afasta-se do caráter ontológico do homem e ampara-se no discurso jurídico convencionalista.

A personalização, portanto, delineia-se como um produto racional, originado de escolhas formais, à margem da realidade natural do homem. Apreende-se que nessa concepção as realidades não são assumidas tais quais elas são, mas sim a partir de construções artificiais, como um produto do "*voluntarismo positivista*[57]".

A concepção realista, por outro lado, assenta em três considerações fundamentais[58]: a) a coincidência entre pessoa natural e pessoa jurídica, se é pessoa ontológica também o é no sentido jurídico, já que a personalidade é um atributo inerente à essência humana; b) para a compreensão da condição ontológica é necessária a apreensão substancial da pessoa, capaz de sentir o seu caráter único e individual e a sua originalidade peculiar; c) além de agasalhar-se no princípio da dignidade da pessoa humana enquanto expressão de singularidade e respeito pelo homem, manifestando o valor intrínseco de todos os indivíduos.

O realismo substancialista assume que todo indivíduo humano possui personalidade jurídica derivada exatamente da qualidade inata enquanto homem, independente de qualquer estágio no processo de desenvolvimento biológico. Não há como considerar que um indivíduo humano não seja também pessoa no amparo legal, de forma que, se assim for, restará a sua reificação, já que no direito ou somos pessoas ou coisas.

No instante em que as teses positivistas vinculam uma qualidade inerente ao homem (personalidade) às circunstâncias especificadas na normatividade jurídica, encontra-se um abismo entre a realidade ontológica do ser humano e a sua realidade jurídica, culminando em uma leitura redutora e parcelada do homem e desatentas à substância precípua da pessoalidade.

Os defensores da concepção personalista consideram a personalidade jurídica atributo do indivíduo em estreita relação com sua qualidade natural humana, em reconhecimento do seu valor ontológico; é uma qualidade inerente a todos os homens, desde o momento da fecundação e o conceito de pessoa, segundo essa concepção, é "*uma categoria-chave da ciência jurídica, necessária e adequada à representação do ser humano como sujeito de direito.*"[59]

Nesse percurso dogmático para a qualificação do embrião enquanto pessoa, merecem destaque duas teorias[60], as quais retiram a identidade pessoal do nascituro, fundadas em concepções predominantemente filosóficas, desconsiderando os atuais conhecimentos biotecnológicos.

A primeira delas é a teoria da animação mediata ou retardada[61], sua importância decorre da inspiração que proporciona em sistemas que adotam o modelo de prazos para a permissibilidade da prática abortiva[62], além de iluminar renomada doutrina moderna[63]. Essa teoria foi defendida por Tomás de Aquino, com os contributos Aristotélicos, e preconizava que o embrião apenas possuiria a alma racional depois de transcorridas algumas semanas; antes teria de possuir a alma meramente vegetativa e, sucessivamente, a alma sensitiva.

Consideravam-se períodos diferentes em relação ao gênero para a aquisição da animação racional, dependente da maturação fisiológica com a formação dos órgãos vitais (coração e cérebro), de forma que nos homens a alma racional adviria quando decorridos quarenta dias, enquanto nas mulheres apenas depois de sucedidos os noventa dias. Com as atuais pesquisas científicas desenvolvidas no âmbito da embriologia, entretanto, esta teoria demonstra-se carente de substrato técnico[64].

Outra teoria negatória da identidade pessoal do nascituro é a do filósofo australiano Peter Singer[65]. Segundo sua tese, há duas denotações para o termo "ser humano": tanto pode designar o membro da espécie *Homo sapiens,* e para saber a espécie basta a avaliação da natureza dos cromossomos, como também compreender a ideia de pessoa como autoconsciente e possuidor da capacidade de relacionar-se com o meio.

Em aproximação da pessoa de Locke, caracterizada como ser pensante dotado de razão, Singer defende a concepção de pessoa[66] como aquele que conjugue duas qualidades essenciais: a autoconsciência e a racionalidade. Dessa forma, apenas aqueles que possuíssem essas qualificações poderiam ser considerados como pessoa na ordem jurídica excluindo, portanto, os nascituros e recém-nascidos, em apreço a uma denotação filosófica que afasta a pessoalidade da realidade concreta e real do homem.

Contrapondo-se à concepção que afasta a identidade pessoal do nascituro alegando argumentos voltados para a autoconsciência, Antonie SUAREZ[67] reflete a partir de situações da vida humana em que realizamos atividades nas quais os movimentos podem ser expressões de desejos ou apenas reações involuntárias.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O Autor exemplifica com o homem no ato de dormir, enquanto dorme o homem precisa ver respeitada a sua pessoalidade com base nos movimentos involuntários que realiza: respiração, movimentos na cabeça, lábios, mãos, etc. Esses movimentos espontâneos são do mesmo tipo daqueles realizados quando acordado, daí a dificuldade de distinguir quando realizados de forma consciente ou não. E a constatação de que a ação foi realizada com ou sem espontaneidade não pode ser determinante para o tratamento como homem[68].

3.1. Personalidade jurídica pré-natal e concessão de direitos aos embriões

A ordem civil da maioria dos países, em especial a luso-brasileira[69], apesar de vincular ao nascimento a aquisição da personalidade jurídica, tutela os nascituros garantindo-lhes determinados direitos. Dessa forma, ainda que não sejam pessoas na alma do ordenamento jurídico[70], os embriões possuem certos direitos, principalmente de caráter patrimonial.

Várias são as teorias que buscam justificar qual a situação jurídica dos embriões, já que, apesar de serem detentores de direitos, não possuem qualidade de pessoa, uma vez que essa designação depende do nascimento com vida.

As lições de Carvalho FERNANDES e Galvão TELLES[71] recusam a personalidade do nascituro invocando a teoria dos "direitos sem sujeitos". Segundo esses Autores, enquanto pendente a incerteza quanto ao nascimento, os direitos deferidos ao embrião encontram-se sem sujeito, pois já saíram da esfera de titularidade do doador ou *de cujos*, mas ainda não pertencem ao nascituro.

Esse momento de incerteza é solucionado por duas vias: ou há o nascimento com vida e, assim, adquire-se personalidade e titularidade dos direitos; ou não nasce com vida e esses direitos terão o destino estabelecido pela norma jurídica, não havendo que se falar em qualquer titularidade do nascituro já que não nasceu e, portanto, não adquiriu personalidade.

Os Autores asseveram o caráter temporário da subsistência do direito sem um titular efetivo e aponta para a necessidade de meios protecionistas a serem utilizados nesse *inter,* a fim de garantir a conservação do bem objeto do direito.

Apontando a impossibilidade de haver um direito sem titular, já que todo poder implica necessariamente um agente que o possua, deve sempre estar "*conexionado a um sujeito*[72]", MANUEL ANDRADE[73] propõe a teoria do estado de vinculação de certos bens, afirmando que o objeto de direito não estaria livre nem vinculado a nenhuma relação jurídica, ele encontrar-se-ia tutelado por uma

relação jurídica enquanto pendente a concretização de um evento futuro, qual seja o nascimento com vida.

Defendendo a tese da personalidade retroativa, em solução à problemática dos direitos conferidos aos nascituros e afastando a tese dos direitos sem sujeito, por entender que todo direito subjetivo deve radicar em alguma pessoa, Dias MARQUES[74] propõe que a personalização tem efeitos sobre o passado, de forma que retroage ao momento da atribuição do direito, repondo um sujeito em uma relação a qual ele, de fato, não estava.

VARELA[75] doutrina de forma diversa considerando tratar-se de direitos de expectativa, os quais correspondem a uma realidade na qual a elevada probabilidade de consumação do direito encontra suporte jurídico que permita a formação de relações jurídicas como se os direitos já existissem, muito embora ainda presentes em uma esfera de expectativa.

Esses direitos seriam adquiridos por escalonamento, de forma que há uma aquisição *"por degrau dos poderes que caracterizam o direito subjectivo para cuja constituição tende a expectativa ou o direito de expectativa*[76]*."*

O Autor, vale ressaltar, justifica a condição do nascimento com vida em relação a aquisição da personalidade jurídica asseverando que o nascimento é fato notório e de fácil constatação e, ademais, afirma que, muito embora a vida inicie com a fecundação, as propriedades fundamentais do homem oriundas do desenvolvimento psico-somático (consciência, vontade, razão) está mais próxima do momento do nascimento.[77]

Essas teorias procuram justificar a situação jurídica do nascituro enquanto titular de alguns direitos, mas destituídos de personalidade, e, para tanto, agasalham-se em construções de caráter jurídico fictício, já que procuram uma justificativa maquiadora da realidade fática dos nascituros.

Ou seja, essas teses modelam a realidade substancial do embrião, enquanto ser humano, afastando a sua perfeita pessoalidade jurídica e, considerando apenas aspectos eminentemente teórico-positivistas, buscam justificar a incongruência normativa que afasta a personalidade pré-natal, muito embora reconheça direitos embrionários.

Amparadas no tecnicismo jurídico, essas teses afastam a pessoa como titular efetiva de direitos e conferem um tratamento indigno àquele que desde a concepção sempre foi, biologicamente, um ser humano.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em que pese a justificativa jurídica apresentada por essas teses, a personalização do nascituro é aspecto essencial para a proteção concreta e subjetiva dos embriões, que tem respaldo na efetividade de direitos humanos, tal qual o direito à vida.

3.1.1 Laivos teóricos de personalização pré-natal

Algumas teorias, por outro lado, surgem mais sensíveis à personalização do embrião e, ainda que algumas não reconheçam plenamente a personalidade pré-natal, já demonstram importantes rudimentos de uma pessoalidade embrionária, em um movimento evolutivo das tradicionais concepções formalistas.

A tese de Capelo de SOUSA[78] parte da ideia do ciclo do bem da personalidade, compreendendo a dinamicidade da evolução humana, originando na concepção e perpetuando-se até o fim da memória pós-morte.

A vida humana é formada por uma evolução de processo físico-biológico e também de desenvolvimento volitivo e intelectual, que vai determinando a formação do ser humano no decorrer do ciclo vital, desde momentos de maturidade reduzida até esferas de consciência lapidada.

Acrescenta o Autor, relacionando a complexidade evolutiva da vida do homem e a conformação da personalidade que *"a evolução física e a evolução espiritual do homem não se processam em separado mas concomitantemente e com influências recíprocas, sendo certo por isso, nomeadamente, que a personalidade humana não é mero dado da natureza mas também um ser permanentemente trabalhado[79]."*

Nesses termos, dado o fluxo de desenvolvimento da vida humana, tem-se que a personalidade também vai sendo moldada na intensidade da evolução do homem, respeitando as fases e intensidades deste movimento.

Por conseguinte, a personalidade conferida ao nascituro, em atenção à teoria do ciclo do bem da personalidade, seria "*parcial[80], reduzida e fraccionária"[81]*, de forma que apenas com o nascimento completo e com vida poderia ser conferida personalidade jurídica plena.

O Autor destaca a proteção da vida humana, prescrita no artigo 24°[82] da norma fundamental, independentemente do grau de evolução, tomado como uma tutela decorrente da própria natureza humana. Analisa-se apenas a estrutura e

dinamicidade e, em se tratando dos nascituros, já é possível observar estrutura e dinâmica autônomas, ainda que haja dependência funcional em relação à genitora.

As lições de Oliveira ASCENSÃO[83] demonstram uma aproximação da personalidade ontológica e jurídica ao compreender que a pessoalidade legal é uma tradução forçosa, na ordem jurídica, da própria realidade enquanto ser humano. A própria pessoa é objeto de tutela jurídica e não apenas um objeto de proteção.

Os ensinamentos de Menezes CORDEIRO[84] demonstram que os atuais contributos da biologia afastam uma concepção personalística diferenciadora do período pré e pós-natal. E, em apreço a cultura humanista, propõe uma reformulação da exigibilidade do nascimento para a personalização, compreendendo que essa deve iniciar-se na concepção, em respeito ao "*princípio básico de que todo ser humano é pessoa*[85]*.*"

Pais de VASCONCELOS doutrina em maior apreço à personalização do nascituro, asseverando que o embrião é um ser humano vivo com toda a dignidade que é inerente aos homens, "*não é víscera da mãe*[86]*".* A sua proteção jurídica possui caráter subjetivo e a qualificação pessoal decorre da hominidade do nascituro e, perante sua qualidade de pessoa humana, já possui personalidade jurídica.

Postula que a personalidade jurídica do homem independe de uma formalização normativa, sendo um atributo pré-legal, anterior a qualquer consagração no ordenamento, em respeito à natureza ontológica humana.

Apesar de defender a personalidade embrionária, ao tratar da solução em caso de não nascimento com vida o Autor parece afastar-se delicadamente de uma plena personalização, se não vejamos:

O Autor doutrina que em caso de falecer antes do nascimento completo e com vida, o nascituro é tido como se nem tivesse chegado a existir, não desencadeia a sucessão e os direitos personalíssimos extinguem-se com o fim da personalidade. Os direitos de caráter patrimonial são extintos retroativamente, e "*tudo se passa como se não tivesse chegado a existir".* Considera essa solução como uma ficção legal trazida como uma forma de simplificar a complexidade entre a vida e a morte.[87]

3.1.2. Personalização do nascituro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O processo ontogenético humano constitui-se de sucessivas fases que se iniciam na concepção, quando um novo ser humano é originado a partir das contribuições genéticas de ambos os genitores. A autogênese embrionária se processa em continuidade de forma que as fases posteriores não eliminam as anteriores, mas apenas as absorva e prossigam no desenvolvimento do ser humano já particularizado[88].

Assim sendo, a partir da primeira célula zigótica o que se percebe, então, é o desenvolvimento ininterrupto daquele que, desde a fecundação, sempre foi ser humano.

Considerando, cientificamente, que todos aqueles detentores de uma linha cromossômica específica são pertencentes à espécie humana, não há fundamento que afaste a humanidade do embrião amparando-se apenas no seu provisório ambiente de vida (intrauterino), já que não restam dúvidas científicas que desde a concepção sempre fomos seres humanos.

O nascimento, critério utilizado para vincular a aquisição da personalidade, é tão somente mais um evento, de grande importância, compreende-se, mas apenas mais uma etapa no desenvolvimento. Com o nascimento não se altera a natureza humana e, tampouco, se pode falar em independência já que por algum tempo o recém-nascido ainda dependerá de muitos cuidados[89].

A importância do nascimento está no relacionamento social[90], já que, uma vez retirado do espaço uterino, a criança passa a interagir diretamente com os demais entes sociais, ingressando na vida social.

Em que pese a relevância do nascimento como fato permissivo do contato interpessoal, não se pode vincular uma qualificação essencial do homem, enquanto pessoa ontológica, a um momento do seu desenvolvimento biológico que não altera a essencialidade e unicidade humana já oriunda na fecundação. Toda a vida intrauterina permite a interação fisiológica do ser humano com o desenvolver das células e tecidos, de forma que tudo se passa em um processo evolutivo que em nada altera a substancialidade da pessoa, sempre fomos a mesma pessoa, em conformação com o princípio da conservação biológica da identidade[91].

A condição ontológica da pessoa imprime a necessária dimensão jurídica, de forma que sendo pessoa por sua própria natureza, também o é na ordem do Direito. *"A pessoa comporta em si própria,* ex natura*, a dimensão da*

subjetividade jurídica[92]*."* Ao Direito cabe apenas reconhecer, desde a concepção, uma qualidade pré-jurídica, inata a todo ser humano[93].

A personalidade jurídica não é uma criação normativa, mas sim o reconhecimento pelo Direito de uma realidade amparada em um direito inato ao homem, verdadeiro atributo da pessoa em sentido ontológico. A personalidade apreendida pelo ordenamento é inseparável da personalidade humana[94].

Dotados, portanto, de personalidade desde a concepção, os nascituros são titulares do direito à vida, especialmente em atenção ao respeito que o Direito deve conceder àqueles mais fragilizados e dependentes de proteção.

As normas que orientam a aquisição da personalidade não têm caráter constitutivo, mas apenas reconhecem um direito (anterior e superior)[95]. E então, sob as coordenadas da biologia, o Direito apenas norteia as exigências da vida e consolida na norma aquilo que já é de fato.

Nas precisas lições do Doutor Diogo Leite de CAMPOS[96], *"assente na biologia, na essência do homem que é a vida, o Direito reconhece o início da personalidade jurídica no começo da personalidade humana – na concepção."*

Afastando-se da artificialidade jurídica e com amparo na essencialidade da pessoa humana, a personalização dependente do nascimento não encontra suporte na concepção realista, sensível à qualidade pessoal do embrião. Se é pessoa ontologicamente falando também o é em sentido jurídico. Não se justifica uma artificialidade terminológica que ignore a realidade e vitalidade humana oriunda na concepção.

4. "GRITO SILENCIOSO[97]" – breves apontamentos críticos da prática abortiva perante a personalização embrionária

Dignificando o valor da vida e compreendendo-a como impulsionadora da órbita dos direitos, sem o qual *"todas as outras referências axiológicas perdem sentido e soçobram*[98]*"*, o estudo da vida embrionária recebe cada vez maiores atenções. Isso porque, o nascituro, enquanto ser humano, expressa aquele primeiro ponto de todo o laço vital e, assim como o já nascido, é titular de personalização jurídica decorrente da sua hominidade ontológica.

A personalização embrionária, amparada na concepção realista substancial da personalidade, é vetor essencial na tutela da vida pré-natal, nomeadamente na proteção anti-abortiva[99].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Compreende-se que uma concepção subjetivista é capaz de imprimir maior tutela ao nascituro, reconhecendo juridicamente a sua qualidade de pessoa e atribuindo-lhe o respaldo e valor necessário na interação ponderativa.

"Numa época como a nossa, em que o aborto representa autenticamente <'um método contraceptivo da Idade da Pedra>', não parece desajustado exigir que se reconheça à totalmente indefesa criança ainda não nascida, como suum *mais originário e indefectível, o direito à '<sua vida>'* ***[100]****.*

Compreender a vida embrionária apenas como um bem constitucionalmente tutelado pela ordem jurídica, no amparo de uma concepção objetiva, certamente diminui seu peso ponderativo perante os direitos da mulher gestante[101]. Por outro lado, uma concepção subjetivista do nascituro, capaz de compreender a personalização embrionária, confere maior respeito à vida do ser humano ainda não nascido, mas detentor da mesma pessoalidade conferida a todos os indivíduos[102].

No famoso caso norte-americano Roe v. Wade[103] (410 U.S. 113 (1973)) a suprema corte norte americana fundamentou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas que proibia o aborto a partir da negação da subjetividade jurídica do nascituro, desconhecendo a sua pessoalidade e deu prevalência aos interesses da gestante. Para o Tribunal, o nascituro não seria pessoa, muito embora pudesse ver tutelado alguns dos seus direitos (concepção positivista da personalidade)[104].

O Tribunal Constitucional Português[105], quando instado a se pronunciar sobre a constitucionalidade da resolução sobre realização do referendo[106] que questionava os cidadãos quanto a despenalização da interrupção voluntária da gravidez nas primeiras dez semanas a pedido da gestante, asseverou argumentos pautados na proteção objetiva da vida embrionária.

A fundamentação primordial da Corte Constitucional foi traçada em um raciocínio voltado para uma proteção não subjetivada da vida intrauterina, diferente do direito subjetivo à vida titularizado pelas pessoas[107], e a harmonização ponderativa com os interesses maternos. Reconheceu, o Tribunal, a constitucionalidade do referendo o qual culminou na realização da pesquisa popular e, após o resultado, na modificação da legislação penal a fim de incluir a descriminalização do aborto nos moldes da pergunta referendaria[108] [109].

Estabelecer um patamar de superioridade do direito materno perante o direito do filho recai em uma desvalorização da vida humana[110], em contraposição

à proteção da vida amparada, inclusive, em diversos tratados internacionais[111], com particular destaque para a Convenção Interamericana de Direitos Humanos[112] que expressamente garante a tutela desde a concepção.

Ademais, o relatório-parecer sobre a experimentação com embrião humano emitido pelo Conselho Nacional de Ética para as ciências da Vida, assevera que *"a vida humana merece respeito, qualquer que seja o seu estádio ou fase, devido à sua dignidade essencial. O embrião é em qualquer fase e desde o início, o suporte físico e biológico indispensável ao desenvolvimento da pessoa humana e nele antecipamos aquilo que há-de vir a ser: não há, pois, razões que nos levem a estabelecer uma escala de respeito[113]."*

Argumentos voltados para o embrião como parte do corpo da mãe[114], como fundamento que legitima o direito a dispor do próprio corpo não encontram grande respaldo quando tomados em consideração a individualidade do nascituro e a sua independência fisiológica em relação à gestante[115].

Carneiro da FRADA assevera a importância da proteção embrionária perante a interrupção voluntária da gravidez com assento na pessoalidade pré-natal, afirmando: "*Se nenhuma razão conseguiu demonstrar até hoje, inequivocamente, que o ser em gestação não é de considerar plena e essencialmente humano, nenhuma medida legislativa pode também importar o risco sério de representar a violação do direito à vida[116].*"

Na harmonização de direitos conflitantes, a vida intrauterina, enquanto tutelada objetivamente, encontra na vontade materna um obstáculo quase instransponível. Isso porque, enquanto bem jurídico protegido, mas não pessoa detentora de direitos, a vida embrionária padece de maior valor e suporta o seu sacrifício perante a vontade da gestante[117].

Ainda que afaste a discussão da personalização embrionária, embora a reconheça, merecem destaque as lições de Paulo OTERO[118] quando compreende que o respeito à dignidade humana e a inviolabilidade da vida são fundamentos que acarretam importantes consequências na solução de tensão entre direitos, em especial na problemática abortiva.

Dessa forma assevera que, em se tratando da interrupção voluntária da gravidez, não se pode equacionar a vida embrionária com um suposto direito a dispor do próprio corpo[119]. Essa ponderação está fundamentada na individualidade do embrião, o qual não é um órgão ou parte do corpo da mulher e sim um ser humano com vida dotado da completude da sua pessoalidade, possuidor de uma codificação genética única e irrepetível.

Ademais, afirma que não haveria direitos fundamentais passíveis de contraposição perante o direito à vida, incluindo o período intrauterino e, dessa forma, não reconhece alegação de direito de recusar a procriação natural ou direito ao aborto.

5. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

O direito à vida humana é primordial e impulsionador de todos os outros direitos, é aquela primeira nota orquestral na partitura dos direitos humanos, é aquele sem o qual nenhum outro seria capaz de ser efetivado.

Para proteger a completude da vida é necessário firmar o ponto de início da vida humana e, conforme demonstrado a partir da biologia médica, o primeiro laço vital é dado na concepção.

O processo ontogenético constrói-se a partir de fases sucessivas que vão sendo realizadas em conjunto para consolidar a formação completa daquele ser humano já individualizado e particularizado desde a união das contribuições genéticas dos seus progenitores. Tudo se passa em caráter evolutivo, mas não transformativo. Sempre fomos os mesmos biologicamente.

A teoria amplamente adotada pelos países na construção da personalidade jurídica está ancorada no positivismo, de forma que se adquire a qualidade de pessoa para o Direito a partir do nascimento. Em um processo de artificialismo jurídico, onde nega-se a hominidade do embrião e posterga a personalização para um momento fixado na legislação.

A realidade humanista do embrião requer uma visão diferenciada que seja capaz de reconhecer o que a ciência já comprovou: a vida começa na concepção. O suporte científico ampara uma nova ideia de personalização voltada para o reconhecimento do homem enquanto pessoa em todas as fases da sua vida.

Desde a formação zigótica, o homem sempre foi o mesmo ser individualizado, com uma linha genética particular e que perdurará por toda sua existência. Não há razão que fundamente o abismo ontólogico que desconhece a personalidade de um ser humano ainda no ventre materno. Se a flecha da vida foi lançada desde a concepção, cabe ao Direito apenas reconhecer uma qualidade inerente ao ser humano, decorrente da simples humanidade: a personalidade.

Considerando, então, uma reconstrução da personalidade humana que seja capaz de reconhecer a pessoalidade embrionária, constrói-se um alicerce

fundamental na proteção da vida intrauterina, afastando o pensamento figurativo da personalidade conformado na ordem jurídica.

Isso porque, enquanto a vida embrionária for considerada apenas como um bem de proteção constitucional objetivo, o ser humano não será tutelado em sua completude, já que, quando confrontado com outros direitos, como no caso do direito materno na discussão abortiva, os interesses do feto são quase sempre sopesados de forma diminuta.

Compreender-se que o embrião possui personalidade jurídica e, portanto, é detentor de direitos subjetivos próprios fortalece a proteção da vida humana, a medida que, no diálogo ponderativo com os direitos da mulher o embrião adquiriria maior força argumentativa e, consequentemente, reforçava a proteção da vida embrionária.

Assim sendo, propõe-se a transposição do círculo de objetividade que demarca a proteção da vida intrauterina e a consolidação da personalidade embrionária a partir da percepção ontológica humana, a fim de garantir uma proteção mais eficaz da vida pré-natal.

Se ainda restarem dúvidas quanto à personalização embrionária, em um sentimento conclusivo que se pretende ter transposto; se ainda se questiona a suficiência humana do nascituro para gozar do estatuto de pessoa, acolhe-se do postulado ético fundamental *in dubio pro persona*[120] para alicerçar a tutela da vida pré-natal e a pessoalidade do feto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

AGUIRRE, Carlos Martínez de. En torno al concepto jurídico de persona (uma contribuición teórica para la determinación del estatuto jurídico del concebido no nascido). In: *Cuadernos de Bioética.* Vol. XIII, n° 47-49, 2002. pp. 43-54.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela Civil do Nascituro.* São Paulo: Saraiva, 2000.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica. Sujeitos e objetos.* Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil - Teoria Geral - vol. 1.* Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

_____. Direito e Bioética. In: *Revista da Ordem dos Advogados,* ano 51. Lisboa, 1991. pp. 429-458.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao Património Genético*. Reimpressão da edição de 1998. Coimbra: Almedina, 2006.

BARRA, Rodolfo-Carlos. Embrião Humano, estatuto jurídico do. In: *Léxico da Família.* Cascais: Principia, 2010. pp. 303-312.

BRONZE, Fernando José. *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença (reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico).* Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CAMPOS, Diogo Leite de. A criança-sujeito: A vida intra-uterina. In: *Nós: estudos sobre o direito das pessoas.* Coimbra: Almedina, 2004. pp. 57-74.

_____. A gênese dos direitos da pessoa. In: Nós: estudos sobre o direito das pessoas. Coimbra: Almedina, 2004. pp. 13-55.

_____. Lições de direitos da personalidade. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Ano 67, Coimbra, 1991. pp. 129-223.

_____. O estatuto jurídico do embrião. In: *Revista da Ordem dos Advogados,* Ano 56. Lisboa, 1996. pp. 877-886.

_____; BARBAS, Stela. O início da pessoa humana e da pessoa jurídica. In: *Revista da ordem dos advogados.* Ano 61, Lisboa, 2001. pp. 1257-1268.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada - Vol. 1. 4.ed. revista e reimpressão. Coimbra: Coimbra editora, 2014.

CHORÃO, Mário Emílio F. Bigotte. Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro. In: *O Direito*. Lisboa, Ano 130, n. 1-2 (jan./jun. 1998). pp. 57-88.

_____. O nascituro e a questão do estatuto do embrião humano no direito português. In: *Estudos em homenagem ao professor doutor Pedro Soares Martínez*. Vol. 1 – vária. Coimbra: Almedina, 2000. pp. 635-644.

_____. O problema da natureza e tutela jurídica do embrião humano à luz de uma concepção realista e personalista do direito. In: *O Direito.* Lisboa, Ano 123, n. 4 (out./dez. 1991). pp. 571-598.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português. Parte geral.* vol. 1. Tomo III. 2. pré-edição. Coimbra: Almedina, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro.* 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais.* Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERNANDES, Luís Alberto Carvalho. *Teoria geral do direito civil I: introdução, pressupostos da relação jurídica.* 6. ed. revista e atualizada. Lisboa: Universidade Católica, 2012.

_____. *Lições de direito das sucessões.* 4. ed. revista e atualizada. Lisboa, Quid Juris?, 2012.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. Aborto e Direito: reflexões a propósito de um referendo. In: *Vida e Direito: reflexões sobre um referendo.* Cascais, 1998. pp. 102-106.

FREITAS, Tiago Figo.*A tutela juscivilística da vida pré-natal. O conceito de pessoa revisitado.* Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos da personalidade. Fundamentação ontológica da tutela.* Coimbra: Almedina, 2008.

GRECCIA, Elio. *Manual de Bioética: fundamentos e ética biomédica.* Tradução de Mário Matos. Cascais: Princípia, 2009.

HAARSCHER, Guy. A filosofia dos direitos *humanos.* Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

HECK, José N. Principialismo Bioético: A posição de R. Dworkin sobre o aborto e eutanásia. In: *Revista Etic@,* vol. 6, n. 2. UFSC: Florianópolis, 2007. pp. 217-237. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/viewFile/17448/16070.

JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano I – Parte geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos).* 5. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2011.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. Aborto: algumas questões jurídico-constitucionais. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,* vol. 74. Coimbra, 1998.

_____. Aborto a pedido: seis falácias e outras notas. In: *Vida e Direito: reflexões sobre um referendo.* Cascais, 1998. pp. 67-70.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

_____. Aborto, Direito ao (situação portuguesa). In: *Léxico da Família.* Cascais: Principia, 2010. pp. 23-26.

_____. Tomemos a sério os direitos do embrião e do feto. In: *Cadernos de Bioética.* N° 14 – Abril / julho. Coimbra, 1997.

MARQUES, J. Dias. *Teoria Geral do direito civil*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1958.

MARQUES, Mário Reis. *Introdução ao Direito.* vol. 1. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O direito do ser humano à vida. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenação). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. pp. 21-34.

MELLO, Gustavo Miguez de. Direito Fundamental à vida. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenação). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. pp. 263-281.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada: introdução geral, preâmbulo. Artigos 1° ao 79°.* Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MNOOKIN, Robert H.; WEISBERG, D. Kelly. *Child, family and State. Problems and materials on children and the law.* 4. ed. New York: Aspen Law and Business, 2000.

MOORE, Kleith L.; PERSAUD, T. V. N. Embriologia Básica. Tradução de Maria das Graças Fernandes Sales ... [et.al.]. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: Um perfil constitucional da bioética.* Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Direito da vida: relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino.* Coimbra: Almedina, 2004.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de Direito Romano. Tomo I – Parte introdutória e geral.* 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil.* 4. ed. Por: António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

RAPOSO, Vera Lúcia. O direito à vida na jurisprudência de Estrasburgo. In: *Jurisprudência Constitucional.* n° 14. Abril/Junho, 2007. pp. 59-87.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

_____; PRATA, Catarina; OLIVEIRA, Isabel Ortigão. Humans rights in today's ethics: Human rights of unborn (embryos and foetus)?.In: *Cuadernos constitucionales de la cátedra fadrique furió ceriol.* n° 62-63. pp. 95-111. Disponível em: <http://www.academia.edu/7823234/_Human_Rights_in_Today_s_Ethics_Human_Rights_of_the_Unborn_Embryos_and_Foetus_>.

SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema del Derecho Romano Actual.* trad. M. Ch. Guenoux ; pról. Don Manuel Durán y Bas ; vertido al castellano por Jacinto Mesía, Manuel Poley. Granada: Editorial Comares, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SINGER, Peter. *Ética Prática.* Tradução Álvaro Augusto Fernandes. 3. ed. Lisboa: Gravida, 2012.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade.* Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

STITH, Richard. ¿El embrión como persona? El aporte fundamental del derecho. In: *Cuadernos de Bioética*. Vol. XIII, n° 47-49, 2002. pp. 39-42.

SUAREZ, Antonie. El embrión humano ES uma persona. Una prueba. In: *Cuadernos de Bioética.* Vol. XIII, n° 47-49, 2002. pp. 19-38.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Introdução ao estudo do direito*. vol II. 10 ed. reimpressão. Coimbra: Coimbra editora, 2010.

VARELA, Antunes. A condição jurídica do embrião humano perante o direito civil. In: *Estudos em homenagem ao professor doutor Pedro Soares Martínez*. Vol. 1 – vária. Coimbra: Almedina, 2000. pp. 619-634.

_____; LIMA, Pires de. *Código Civil Anotado. Vol. 1 (artigos 1° a 761°).* 4. ed. revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

_____. *Código Civil Anotado*. Vol. VI. (Artigos 2024° a 2334°). ___ ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

LEGISLAÇÃO E PARECER

Declaração universal dos direitos do homem. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html>.

Conselho nacional de ética para as ciências da vida – relatório-parecer sobre a experimentação no embrião humano. Disponível em: <http://www.cnecv.pt/admin/files/data /docs/ 1273059306_P015_ExperimentacaoEmbriao.pdf>.

Convenção americana sobre os direitos humanos. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-americana.html>.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

Acórdão do Tribunal Constitucional Português n° 25/1984. Disponível em: < http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840025.html>.

Acórdão do Tribunal Constitucional Português n° 85/1985. Disponível em: < http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850085.html>.

Acórdão do Tribunal Constitucional Português n°288/1998 . Disponível em: < http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980288.html>.

Acórdão do Tribunal Constitucional Português n° 617/2006. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060617.html>.

Roe v. Wade 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts /getcase.pl?court=US&vol=410&invol=113>.

NOTÍCIAS VIRTUAIS

http://www.dailymail.co.uk/health/article-2008476/The-mother-risked-ectopic-baby.html# ixzz1 QURtEQoB.

http://g1.globo.com/pa/para/noticia/2013/01/bebe-de-gestacao-abdominal-nasce-saudavel-no-para.html

[1] PLATÃO. *A república.* São Paulo, Livr. Exposição do Livro, s. d. p. 141 *apud* ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela Civil do Nascituro.* São Paulo: Saraiva, 2000. p. 18 e ARISTÓTELES. *La Politique,* Livre IV, Chapitre XVI, §10, trad. Thurot, Paris, Ed. Garnier, s. d., p. 191-192 *apud* Ibid., p. 19.

[2] MOORE, Kleith L.; PERSAUD, T. V. N. *Embriologia Básica*. Tradução de Maria das Graças Fernandes Sales ... [et.al.]. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 10.

[3] O juramento de Hipócrates. disponível em <https://www.ordemdosmedicos.pt/?lop=conteudo&op=67e103b0761e60683e83c559be18d40c&id=6b8b8e3bd6ad94b985c1b1f1b7a94cb2>

[4] JUSTO, A. Santos, *Direito Privado Romano I – Parte geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos).* 5. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2011. p.107-108; SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema del Derecho Romano Actual...* p. 185 e s.s.; PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de Direito Romano. Tomo I – Parte introdutória e geral.* 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 265-273; CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 85-86; PORCHAT, Reinaldo. Da pessoa physica em Direito Romano: sua condição natural, nascimento perfeito; sua condição civil, o *status,* in *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo,* São Paulo, Typ. Siqueira Nagel & Cia., 1913, ano 1911, v.19, p. 9-33 *apud* ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e, op. cit. p. 24.

[5] Sobre a dimensão do *status,* conferir, com destaque, JUSTO, A. Santos, op. cit. p. 110 e s.s.

[6] D. 25, 4, 1, 1. (Apud JUSTO, A. Santos, op. cit. p. 107).

[7] Discute-se quanto à necessidade de haver o corte do cordão umbilical para concretizar da separação do ventre materno. Peixoto defende que, embora ainda preso ao cordão umbilical, já se considera nascido. O autor contrapõe a opinião de Pacchioni, por ele citado, segundo o qual, ainda que o recém-nascido tenha forma humana e seja viável ainda assim não poderá ser considerado como pessoa se ainda ligado à gestante pelo cordão umbilical. (In: PEIXOTO, José Carlos de Matos. Op. cit. p. 265 e nota 3).

[8] C. 6, 29, 3. (Apud JUSTO, A. Santos, op. cit. p. 108).

[9] D. 1, 5, 12. Justo (In: JUSTO, A. Santos, op. cit. p. 108) ao tratar dos requisitos da aquisição de personalidade, em específico a exigência de vida própria, aponta que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

o parto deveria ser considerado perfeito. Nesse específico aspecto, o Autor acaba por asseverar o requisito da viabilidade nos termos em que Porchat (PORCHAT, Reinaldo. Da pessoa physica em Direito Romano: sua condição natural, nascimento perfeito; sua condição civil, o *status,* in *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo,* São Paulo, Typ. Siqueira Nagel & Cia., 1913, ano 1911, v.19, p. 9-33 *apud* ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e, op. cit. p. 25) considera, qual seja, relação direta com a maturidade fetal, decorrente do período gestacional mínimo.

[10] D. 1, 5, 14. (Apud JUSTO, A. Santos, op. cit. p. 108).

[11] Nas precisas lições de SAVIGNY: "*pero hay que añadir que uma simple desviación de lãs formas normales de la figura humana, v. gr., um miembro de más o de menos, no ES obstáculo a la capacidad.*" (In: SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema del Derecho Romano Actual.* trad. M. Ch. Guenoux ; pról. Don Manuel Durán y Bas; vertido al castellano por Jacinto Mesía, Manuel Poley. Granada: Editorial Comares, 2005. p.188). Conferir também PEIXOTO, José Carlos de Matos. op. cit. p. 266.

[12] Essa aptidão era verificada a partir do nascimento em tempo "normal", em oposição aos nascimentos prematuros, esses tidos como inviáveis.

[13] SAVIGNY, M. F. C. de, op. cit. p. 1573.

[14] ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e, op. cit. p. 25-26. SAVIGNY, M. F. C. de, op. cit. p. 1576-1577 aponta o prazo de 182 dias depois da concepção. O Autor, opositor do requisito da viabilidade, contrapõe-se a esse critério apontando, dentre outros argumentos, o caráter cíclico dessa doutrina, isso porque era impossível determinar o dia exato da concepção já que a forma de cálculo era realizada a partir do dia certo do nascimento.

[15] *Sententiae,* IV, 9, 1 (Apud PEIXOTO, José Carlos de Matos. op. cit. p. 271).

[16] Os que negam a necessidade de viabilidade fetal, por sua vez, entendem que a exigência feita para o *ius liberorum* é uma circunstância específica para garantir esse benefício à mãe e não para a aquisição de personalidade. PEIXOTO opõe-se a essa interpretação alegando sua fragilidade, pois entende que não haveria sentido excluir um filho capaz, entretanto imaturo, na contabilidade para fins da concessão do benefício. Notoriamente, em se tratando de benefício assistencial seria mais adequado computar ao invés de excluir o filho imaturo. Seria controverso exigir a maturidade para a concessão do benefício e ignorá-la quando da aquisição da personalidade.

[17] C. 6, 29, *de postumis,* 2. (Apud PEIXOTO, José Carlos de Matos. op. cit. p. 271).

[18] Nas precisas palavras de PEIXOTO, aborto designava "*o feto imaturo, quer nascesse vivo, quer morto".* (In: op. cit. p. 271). O texto, segundo o Autor, referia-se apenas ao feto imaturo que nascesse vivo, já que em se tratando de natimorto seria indiferente já que não poderia ser sujeito de direitos.

[19] PEIXOTO, José Carlos de Matos, op. cit., p. 272.

[20] SAVIGNY, M. F. C. de, op. cit., p.1573-1586.

[21] L. 2, 3. C. de posthumis (VI 29) (Apud SAVIGNY, M. F. C. de, op. cit., p. 1577)

[22] D. 26, 5, 20 pr (Apud JUSTO, A. Santos. op. cit., p. 108)

[23] ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e, op. cit., p. 27. A Autora destaca também o D. 1. 5. 26, o qual afirma que "*aqueles que estão no útero, em quase todo o direito civil, são tidos por nascidos e a eles se entregam as heranças legítimas".*

[24] I. 1. 4 pr. e D. 1, 5, 12, respectivamente (Apud ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e, op. cit., p. 27-28).

[25] D. 11, 8, 2. (Apud ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e, op. cit., p. 29. Citado também por SAVIGNY, M. F. C. de. op. cit., p. 187; PEIXOTO, José Carlos de Matos. op. cit., p. 274.

[26] D. 48, 19, 3 e D. 1, 5, 18 (Apud ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e, op. cit., p. 29).

[27] PORCHAT, Reinaldo. Da pessoa physica em Direito Romano: sua condição natural, nascimento perfeito; sua condição civil, o *status,* in *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo,* São Paulo, Typ. Siqueira Nagel & Cia., 1913, ano 1911, v.19, p. 9-33 *apud* ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e, op. cit., p. 30.

[28] Amparado principalmente nos textos:

L. 9, §I ad L. Falc. (XXXV,2): "*...partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur."*

L. I, §1, de inspic. Ventre (XXXV,4): *"... partus enim, antequam edatur, mulieres portio est, vel vicerum."*(destaque nosso)

(SAVIGNY, M. F. C. de, op. cit., p. 189, n. 21).

[29] O Autor invoca dois textos do direito romano que comprovam a concepção ficcionista protetora dos nascituros:

L. 26 de statu hom. (I, 5): "*Qui in útero sunt, in toto pene jure civili intelliguntur in rerum natura esse.*"

L. 231 de V. S. (L. 16): "*Quod dicitur,* eum, qui nasci speratur, pro supérstite esse *tunc verum est, cum de ipsius jure quaeritu: aliis autem non prodest nisi natus.*" (destaque nosso)

(SAVIGNY, M. F. C. de, op. cit., p. 190, n. 22).

[30] ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e, op. cit., p. 30-31.

[31] Embora PEIXOTO não afirme de forma expressa que o nascituro pode ter personalidade, pode-se depreender essa interpretação quando afirma que "*embora a personalidade comece em regra com o nascimento, casos há, todavia, no direito clássico, em que o seu início remonta ao tempo da concepção:* para certos efeitos, o nascituro já é pessoa." (Destaque nosso) O Autor apresenta, nesses termos, um posicionamento intermediário entre o que afirma Porchat e Almeida. In: PEIXOTO, José Carlos de Matos, op. cit., p. 273.

[32] O direito à vida está inserido nos direitos de primeira dimensão, os quais se caracterizam por protegerem o individualismo humano, estão centrados na essencialidade do homem e são tutelados em face do Estado, colocando barreiras essenciais na atuação da coletividade. Sobre a qualificação das gerações de direitos humanos, conferir, por todos, HAARSCHER, Guy. *A filosofia dos direitos humanos.* Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 41-55.

[33] CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada* - Vol. 1. 4.ed. revista e reimpressão. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p. 447.

[34] SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 207-208.

[35] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 198-199.

[36] Sobre o desenvolvimento da vida embrionária em uma leitura biológica, jurídica e até mesmo lírica, contada com o sentimentalismo daquele que também se sente homem desde os momentos da vida pré-natal, conferir: CAMPOS, Diogo Leite de. A criança-sujeito: A vida intra-uterina. In: *Nós: estudos sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004. pp. 57-74.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[37] OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: Um perfil constitucional da bioética.* Coimbra: Almedina, 1999. p.36-37.

[38] *"é o momento da origem da vida que torna imperativo o postulado constitucional da sua inviolabilidade e é ainda o momento de origem da vida que faz ganhar eficácia concreta e individual o princípio da dignidade humana".* (OTERO, Paulo. *Direito da vida: relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino.* Coimbra: Almedina, 2004. p. 82).

[39] "(embriologia) *desenvolve o conhecimento relativo ao início da vida humana e às mudanças que ocorrem durante o período de desenvolvimento pré-natal.*" In: MOORE, Kleith L.; PERSAUD, T. V. N, op. cit., p. 9.

[40] A explicação biológica do início e desenvolvimento da vida humana foi extraída, em apertada síntese, da obra: MOORE, Kleith L.; PERSAUD, T. V. N, op. cit., p. 18 e s.s..

[41] " *Embora a nidação seja uma etapa fundamental na evolução do embrião apenas consubstancia mais uma modalidade de dependência do ser humano em relação à sua progenitora – como se verifica em diversas fases da vida pré-natal e pós-natal – permanecendo salvaguardada a autonomia intrínseca da nova pessoa."* (BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao Património Genético.* Reimpressão da edição de 1998. Coimbra: Almedina, 2006. p.71.)

[42] ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e, op. cit., p. 117 e s.s.

[43] Trata-se dos casos em que a gestação ocorre nas trompas e, apesar das dificuldades de sucesso gestacional, a ciência médica tem notícia de diversos casos em que resultou no nascimento de crianças saudáveis. É exemplo o caso inglês do casal Paula Cawte e Paul Lounds, que levou a termo uma gestação ectópica, noticiado no portal eletrônico <http://www.dailymail.co.uk/health/article-2008476/The-mother-risked-ectopic-baby.html#ixzz1QUR tEQoB>. Noticia-se, também, o caso brasileiro de uma mulher que deu à luz a uma criança e no momento do parto observou-se que a gestação havia desenvolvido na região abdominal, precisamente nos ovários. In: http://g1.globo.com/pa/para/noticia/2013/01/bebe-de-gestacao-abdominal-nasce-saudavel-no-para.html.

[44] " *Fui um embrião; aquele embrião. De facto, sou aquele embrião, tal como sou o feto de oito meses, ou a criança de três anos ou o jovem de 25 anos. A identificação é perfeita".* (BARRA, Rodolfo-Carlos. Embrião Humano, estatuto jurídico do. In: *Léxico da Família*. Cascais: Principia, 2010. pp. 303-312. p. 309).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[45] Nas ilustres palavras de Diogo Leite de Campos, ao poetizar a singularidade humana desde a concepção, compreendendo que mudamos com o tempo, mas que preservamos nossa essência, diz: *"Não me reconheceria na aparência externa do meu primeiro eu, pequeno aglomerado de células. É certo que, recém-nato, também não me reconheceria no que sou hoje. Mas a minha-tua história inicia-se com o encontro de duas células. A partir desse momento, começa a tua-minha história de ser vivo da espécie humana (ser humano)".* (CAMPOS, Diogo Leite de, op. cit., p. 58).

[46]Apud MELLO, Gustavo Miguez de. Direito Fundamental à vida. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenação). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. pp. 263-281. p. 267.

[47] Conforme demonstrado no tópico anterior.

[48] Em um percurso jurídico biológico, Antonie Suarez (Tradução de Urbano Ferrer) fundamenta o desenvolver da vida humana desde a primeira célula zigótica a fim de comprovar que sempre fomos o mesmo ser, originado da fecundação. O Autor segue uma linha de raciocínio voltada para a confirmação de que o crescimento contínuo humano apenas representa um processo biológico que em nada descaracteriza o que sempre fomos desde a concepção: nossas indicações genéticas permanecem. Pretende o Autor demonstrar que o embrião é pessoa já que o adulto é pessoa e, partindo do consenso de que o ser humano adulto é pessoa constrói a personalização do nascituro. (SUAREZ, Antonie. El embrión humano ES uma persona. Una prueba. In: *Cuadernos de Bioética*. Vol. XIII, n° 47-49, 2002. pp. 19-38).

[49] A solução legislativa adotada pela grande maioria dos países vincula a aquisição da personalidade jurídica ao nascimento com vida. Essa concepção está interligada aos contributos filosóficos de Aristóteles e a teorização da alma. Em síntese, o ser perpassava três momentos, a alma vegetativa, a alma sensitiva e, por último, a alma pensante, esta adquirida com o nascimento. CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Ano 67, Coimbra, 1991. pp. 129-223. p. 160.

[50] *"Pessoa é aquele ente que, em virtude da especial intensidade do seu acto de ser, autopossui a sua própria realidade ontológica, em abertura relacional constitutiva e dimensão realizacional unitiva."* (GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos da personalidade. Fundamentação ontológica da tutela.* Coimbra: Almedina, 2008. p. 64).

[51] Sobre os tipos de personalidade psíquica e ôntica ; moral e política, conferir, respectivamente, GONÇALVES, Diogo Costa, op. cit., p. 64 e s.s. e CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Ano 67, Coimbra, 1991. pp. 129-223. p. 138 e 159; CAMPOS, Diogo Leite de. A gênese dos direitos da pessoa. In: *Nós: estudos sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004. pp. 13-55. p. 23-55.

[52] VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil. 7. ed.* Coimbra: Almedina, 2012. p. 33-35.

[53] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil - Teoria Geral - vol. 1*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 48.

[54] A constatação de que o nascituro possui personalidade jurídica denota importância, inclusive, em aspectos relacionados ao aborto, o qual será tratado em tópico específico.

[55] As distinções dessas concepções foram obtidas a partir dos contributos teóricos obtidos na obra do Professor Mário Emílio F. Bigotte CHORÃO (O problema da natureza e tutela jurídica do embrião humano à luz de uma concepção realista e personalista do direito. In: *O Direito*. Lisboa, Ano 123, n. 4 (out./dez. 1991). pp. 571-598. p. 582-584; Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro. In: *O Direito*. Lisboa, Ano 130, n. 1-2 (jan./jun. 1998). pp. 57-88. p. 61 e s.s.. Sobre as orientações normativistas e realistas da personalização, conferir também MARQUES, J. Dias. *Teoria Geral do direito civil.* Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1958. p. 31-32.

[56] Nas lições de Reis Marques, a ficção legal é *"um artifício jurídico em que o legislador assume como existente um facto que é desmentido pela realidade."* Continua o Autor, *"as ficções exprimem factos contrário à natureza das coisas."* No instituto da personalidade jurídica originada com o nascimento, percebe-se uma ficção jurídica, uma vez que a realidade demonstra o início da vida desde a concepção e, sendo pessoa, necessariamente é possuidor de personalidade. (MARQUES, Mário Reis. *Introdução ao Direito.* vol. 1. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 389-392).

[57] CHORÃO, Bigotte. Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro. In: *O Direito*. Lisboa, Ano 130, n. 1-2 (jan./jun. 1998). pp. 57-88. p. 62, n. 3. Considerando que essa concepção se afasta da realidade natural das *coisas*, o Autor propõe qualificar essa concepção como "irrealista".

[58] Ibid., p. 62-63.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[59] CHORÃO, Mário Bigotte. O problema da natureza e tutela jurídica do embrião humano à luz de uma concepção realista e personalista do direito. In: *O Direito.* Lisboa, Ano 123, n. 4 (out./dez. 1991). pp. 571-598. p. 584.

[60] Em que pese haverem outras teses que afastem a pessoalidade do nascituro, conforme enumeração exemplificativa trazida por CHORÃO (Ibid., p. 588).

[61] LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. Tomemos a sério os direitos do embrião e do feto. In: *Cadernos de Bio-ética*. N° 14 – Abril / julho. Coimbra, 1997.p. 25-26; CHORÃO, Mário Bigotte O problema da natureza e tutela jurídica do embrião humano à luz de uma concepção realista e personalista do direito. In: *O Direito*. Lisboa, Ano 123, n. 4 (out./dez. 1991). pp. 571-598. p. 589-591.

[62] Portugal é um dos países que adota, atualmente, o modelo de prazos no regime penal da interrupção voluntária da gravidez. Esse modelo caracteriza-se por descriminalizar o aborto dentro de um determinado período de tempo gestacional, diante da simples decisão da mulher, independentemente de qualquer indicação ou motivo. O outro modelo é o da indicação, no qual a não punibilidade do aborto está condicionada à verificação de determinadas justificativas indicadas na lei. Ainda que esse modelo indique determinados prazos, a matriz da não punibilidade encontra-se nas indicações estabelecidas pela norma. Sobre a diferenciação desses modelos, conferir LOUREIRO, José Carlos Simões Gonçalves. Aborto: algumas questões jurídico-constitucionais. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 74. Coimbra, 1998. p. 336-339. Observar que atualmente houve modificação na legislação criminal portuguesa, de forma que Portugal não se encontra mais em um modelo de indicações, como coloca o ilustre Autor, mas sim em um sistema de prazos devido à nova formulação escrita do artigo 142 do Código Penal Português, modificado pela Lei 16/2007.

Artigo 142: 1—Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando: [...] *e) For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez.* (destaque nosso).

[63] CANOTILHO e Vital MOREIRA doutrinam que a vida humana enquanto bem jurídico constitucionalmente protegido envolve a proteção da vida pré-natal. Entretanto, compreendem que enquanto a vida pré-natal é protegida na qualidade de bem jurídico, ela possui tutela diferente do direito à vida, de forma que essa diferenciação terá respaldo em solução de colisão de direitos ou interesses constitucionais. Continuam, ainda, estabelecendo que a vida intrauterina não tem a

mesma proteção em todas as suas fases (zigoto ao nascimento). In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital, op. cit., p. 449.

[64] CHORÃO analisa a teoria Tomasiana no atual cenário da embriologia humana e, reconhecendo que a alma surge no momento em que o corpo começa a se formar, conclui que a alma estaria presente desde a formação do zigoto. (CHORÃO, Mário Emílio F. Bigotte. Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro. In: *O Direito*. Lisboa, Ano 130, n. 1-2 (jan./jun. 1998). pp. 57-88. p. 77-78, n. 24.

[65] A teoria de Peter Singer foi retirada predominantemente da sua obra Ética Prática. SINGER, Peter. *Ética Prática.* Tradução Álvaro Augusto Fernandes. 3. ed. Lisboa: Gravida, 2012.

[66] Desagregando a terminologia pessoa para todos os membros da espécie humana, o Autor ampara a origem do termo latino "pessoa" que designava as máscaras utilizadas no teatro clássico, de forma que o ator utilizando da máscara demonstrava interpretar um personagem. (SINGER, Peter, op. cit., p. 107). Percebe-se, então, a ideia de pessoalidade desprendida da realidade natural humana.

[67] SUAREZ, Antonie, op. cit., p.31-34.

[68] *"En realidad, cada uno de nosotros exige que los demás nos reconozcan como persona, com entera independencia de que perciban nuestros deseos."*(SUAREZ, Antonie, op. cit., p. 32)

[69] Código Civil Brasileiro:

Art. 2o A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal

Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; [...]

Código Civil Português:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Artigo 66.º (Começo da personalidade)

1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida.

2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento.

Artigo 952.º (Doações a nascituros)

1. Os nascituros concebidos ou não concebidos podem adquirir por doação, sendo filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da declaração de vontade do doador.

2. Na doação feita a nascituro presume-se que o doador reserva para si o usufruto dos bens doados até ao nascimento do donatário.

Artigo 1826.º (Presunção de paternidade)

1. Presume-se que o filho nascido ou concebido na constância do matrimónio tem como pai o marido da mãe.

Artigo 1854.º (Tempo de perfilhação)

A perfilhação pode ser feita a todo o tempo, antes ou depois do nascimento do filho ou depois da morte deste.

Artigo 1878.º (Conteúdo das responsabilidades parentais)

1. Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens.

Artigo 2033.º (Princípios gerais)

1. Têm capacidade sucessória, além do Estado, todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, não exceptuadas por lei.

Artigo 2240.º (Administração da herança ou legado a favor de nascituro)

2. Se o herdeiro ou legatário estiver concebido, a administração da herança ou do legado compete a quem administraria os seus bens se ele já tivesse nascido.

[70] Segundo os autores que negam a personalidade jurídica do nascituro.

[71] FERNANDES, Luís Alberto Carvalho. *Teoria geral do direito civil I: introdução, pressupostos da relação jurídica. 6. ed. revista e atualizada.* Lisboa: Universidade

Católica, 2012. p. 201-2016 (p. 205-206); FERNANDES, Luís Alberto Carvalho. *Lições de direito das sucessões.* 4. ed. revista e atualizada. Lisboa, Quid Juris?, 2012. p. 159-161 e TELLES, Inocêncio Galvão. Introdução ao estudo do direito. vol II. 10 ed. reimpressão. Coimbra: Coimbra editora, 2010. p. 164 e s.s. (p. 167, n. 239).

[72] ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica. Sujeitos e objetos.* Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2003. p. 34-35 (p.35).

[73]No mesmo sentido PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil.* 4. ed. Por: António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 1976-198 e p. 202-203.

[74] MARQUES, J. Dias, op. cit., p. 31 e s.s. e 53 e s.s.

[75] VARELA, Antunes. A condição jurídica do embrião humano perante o direito civil. In: *Estudos em homenagem ao professor doutor Pedro Soares Martínez.* Vol. 1 – vária. Coimbra: Almedina, 2000. pp. 619-634. p. 626-630 e VARELA, Antunes; LIMA, Pires de. *Código Civil Anotado.* Vol. 1 (artigos 1° a 761°). 4. ed. revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p. 33 a 36 (artigo 2033°).

[76] VARELA, Antunes, op. cit., p. 627.

[77] VARELA, Antunes, op. cit., p. 632-633. Discordamos do pensamento do Autor, uma vez que a ciência médica já tem demonstrado o início da vida humana desde a concepção e não haveria razões que justificassem uma arbitrariedade jurídica com o intuito de diminuir a tutela vital fundamentada apenas na suposta dificuldade em demarcar com exatidão o dia da fecundação ou, com maior repulsa, assentar em aspectos eminentemente fisiológicos, os quais apenas demonstram um desenvolvimento daquele ser que já é, de fato, homem desde quando concebido.

[78] SOUSA, Rabindranath Capelo de, op. cit., p. 155 e s.s. e p. 361 e s.s.

[79] Ibid., p. 156.

[80] O Autor aponta que o nascituro possui plenamente personalidade física e moral e apenas a personalização jurídica que é incompleta. Ibid., p. 160-161.

[81] Ibid., p. 362.

[82] Artigo 24° da Constituição da República Portuguesa: A vida humana é inviolável.

[83] ASCENSÃO, José de Oliveira. op. cit., p. 40-48.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[84] CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português.* Parte geral. vol. 1. Tomo III. 2. pré-edição. Coimbra: Almedina, 2002. p. 106-107.

[85] Ibid., p. 107.

[86] VASCONCELOS, Pedro Pais de, op. cit., p. 65.

[87] Destaca-se importante crítica trazida por Tiago Figo Freitas, quando afirma que a teoria de Pais de Vasconcelos não se diferencia substancialmente daqueles que entendem o nascimento como uma condição resolutiva, já que, segundo o Autor, os efeitos patrimoniais podem ser eliminados retroativamente se o nascituro não nascer. Freitas, questiona a tese de Pais de Vasconcelos ao afirmar a personalidade como uma qualidade incondicionável do homem mas, por outro lado, dotada de uma condição resolutiva averiguada nas soluções do Autor para o não nascimento (FREITAS, Tiago Figo. *A tutela juscivilística da vida pré-natal.* O conceito de pessoa revisitado. Coimbra: Coimbra Editora, 2013).

[88] GRECCIA, Elio. *Manual de Bioética: fundamentos e ética biomédica.* Tradução de Mário Matos. Cascais: Princípia, 2009. p. 535.

[89] VASCONCELOS, Pedro Pais de, op. cit., p. 64-66.

[90] O homem antes de ser um ser social, e essa relação na coletividade é permitida a partir do nascimento, é primeiramente um ser singular, donde extrai-se que a "*personalidade não depende do estatuto social*". CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Ano 67, Coimbra, 1991. pp. 129-223. p. 173.

[91] Como decorrência imediata desse princípio tem-se que: todo embrião humano é pessoa (a mesma que o adulto, o qual origina-se de um embrião que desenvolveu-se em condições favoráveis) e não se pode ignorar que os óvulos fecundados são pessoas. SUAREZ, Antonie, op. cit., p. 34.

[92] CAMPOS, Diogo Leite de; BARBAS, Stela. O início da pessoa humana e da pessoa jurídica. In: *Revista da ordem dos advogados*. Ano 61, Lisboa, 2001. pp. 1257-1268. p. 1259.

[93] *"[...] el Derecho positivo propriamente no* atribuya, *sino* reconozca *la subjetividad jurídica de los seres humanos, que cada uno de éstos tiene como propria."(*AGUIRRE, Carlos Martínez de. En torno al concepto jurídico de persona (uma contribuición teórica para la determinación del estatuto jurídico del concebido no nascido). In: *Cuadernos de Bioética.* Vol. XIII, n° 47-49, 2002. pp. 43-54. p. 46.)

[94] BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao Património Genético.* Reimpressão da edição de 1998. Coimbra: Almedina, 2006.p. 72 e s.s.

[95] CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.* Ano 67, Coimbra, 1991. pp. 129-223. p. 160-164.

[96] Ibid., p. 162.

[97] O título desse tópico é sugerido pelos estudos realizados por Bernard Nathanson, médico norte americano que realizou milhares de abortos e que, posteriormente, repensou seu comportamento e escreveu alguns trabalhos retratando a realidade abortiva. Em sua obra "the hand of god", o médico descreve as técnicas utilizadas para a interrupção da gravidez e conta um caso exemplificativo do método da aspiração; em seu exemplo retrata a experiência que acompanhou por meio de ultra-som da atuação de uma equipe médica americana. Quando o aspirador foi introduzido no útero materno o feto tentava desviar-se e observou-se uma aceleração nos batimentos cardíacos quando o aparelhou o encontrou. Quando os seus membros foram retirados sua boca abriu-se em um "grito silencioso" - nome que intitulou outro estudo do médico. (MARTINS, Ives Gandra da Silva. O direito do ser humano à vida. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenação). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. pp. 21-34.p. 30-31).

[98] BRONZE, Fernando José. *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença (reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico).* Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 174.

[99] A descriminalização da interrupção voluntária da gravidez é assunto que envolve uma ampla discussão. Desmistificando os argumentos a favor do direito da mulher a abortar, LOUREIRO aponta as falácias em que incorrem os defensores da despenalização. (LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. Aborto a pedido: seis falácias e outras notas. In: *Vida e Direito: reflexões sobre um referendo*. Cascais, 1998. pp. 67-70).

[100] BRONZE, Fernando José, op. cit., p. 174. O Autor, entretanto, aponta que no diálogo ponderativo ditado pela atual consciência jurídico-cultural, a valoração dos direitos nas soluções de descriminalização do aborto estariam justificadas (p. 175).

[101] A percepção objetiva de tutela da vida intrauterina tem sido utilizada como fundamento em discussões quanto à interrupção voluntária da gravidez. Aqui, sugerimos a terminologia de Diogo Leite de Campos quando qualifica a sociedade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

europeia atual como "autofágica": *"devora-se a si própria, nas pessoas dos mais fracos, dos indefesos,daqueles cujos gritos ninguém houve".* (CAMPOS, Diogo Leite de. O estatuto jurídico do embrião. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 56. Lisboa, 1996. pp. 877-886. p. 878).

[102] "*Em los debates sobre el aborto [...] no está en juego sólamente la vida de los no nascidos, sino la vida de cada uno de nosotros."* (SUAREZ, Antonie, op. cit., p. 38.)

[103] Para maiores desenvolvimentos desse julgado, destacando os elementos jurídicos e apontamentos críticos, conferir MNOOKIN, Robert H.; WEISBERG, D. Kelly. *Child, family and State. Problems and materials on children and the law.* 4. ed. New York: Aspen Law and Business, 2000. p. 5 e s.s.

[104] Ronald Dworkin, partindo desse caso norte Americano (Roe v. Wade), apresenta uma análise do aborto transversal à personalização do feto e às consequentes atribuições de direitos aos embriões. O Autor traz argumentos voltados pra compreensão do respeito pelo valor intrínseco da vida humana que está partilhado no sentimento social, mas que deve ser densificado por cada indivíduo, de forma que cada pessoa, de acordo com suas convicções, poderá posicionar-se perante o aborto e, dessa forma, se o Estado penaliza o aborto está a impor suas próprias convicções. (DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003*). A respeito da teoria de Dworkin sobre o aborto, conferir também HECK, José N. Principialismo Bioético: A posição de R. Dworkin sobre o aborto e eutanásia. In: *Revista Etic@,* vol. 6, n. 2. UFSC: Florianópolis, 2007. pp. 217-237. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/viewFile/17448/16070>.

[105] Sobre a realidade jurídica do aborto em Portugal, conferir as breves linhas explicativas de LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. Aborto, Direito ao (situação portuguesa). In: *Léxico da Família*. Cascais: Principia, 2010. pp. 23-26. Conferir também a análise jurisprudencial da problemática do aborto na perspectiva do direito constitucional à vida elaborada por Jorge Miranda e Rui Medeiros (MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada: introdução geral, preâmbulo. Artigos 1° ao 79°.* Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.p. 503 e s.s.).

[106] *Resolução nº 54-A/2006 da Assembleia da República (publicada no Diário da República, I Série, de 20 de Outubro de 2006).*

Propõe a realização de um referendo sobre a interrupção voluntária da gravidez realizada por opção da mulher nas primeiras 10 semanas

A Assembleia da República resolve, nos termos e para os efeitos do artigo 115º e da alínea j) do artigo 161º da Constituição da República Portuguesa, apresentar a S. Ex.a o Presidente da República a proposta de realização de um referendo em que os cidadãos eleitores recenseados no território nacional sejam chamados a pronunciar-se sobre a pergunta seguinte:

"Concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?"

Aprovada em 19 de Outubro de 2006.

O Presidente da Assembleia da República, Jaime Gama.

O Tribunal anteriormente já havia se pronunciado perante uma outra proposta de referendo com o mesmo teor, no acórdão n° 288/98.

[107] O Tribunal é enfático ao ponderar que a vida intrauterina não possui tutela similar à vida extrauterina, especialmente fundada na concepção objetivista do embrião. *"Nem a inviolabilidade da vida humana nem sequer a necessidade de protecção da vida intra-uterina impõem especificamente uma tutela penal idêntica em todas as fases da vida*" (Acórdão 617/2006, Tribunal Constitucional Português, disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060617.html, p. 19)

[108] O Tribunal Constitucional Português tem postulado esse entendimento pela tutela objetiva da vida intrauterina em acórdãos anteriores (Acórdão n° 25/84, acórdão n° 85/85 e acórdão n° 288/98), pelo que merece destaque as próprias linhas esboçadas pela Corte: *"entende-se que a vida intra-uterina compartilha da protecção que a Constituição confere à vida humana enquanto bem constitucionalmente protegido (isto é, valor constitucional objectivo), mas que não pode gozar da protecção constitucional do direito à vida propriamente dito — que só cabe a pessoas —, podendo portanto aquele ter de ceder, quando em conflito com direitos fundamentais ou com outros valores constitucionalmente protegidos."* (Acórdão 85/85, Tribunal Constitucional Português, disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850085.html. p. 4).

[109] Vera Lúcia Raposo, em estudo intitulado "O direito à vida na jurisprudência de Estrasburgo", aponta, dentre outras dimensões do direito à vida, as principais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

decisões desse Tribunal no tocante à vida embrionária. Demonstra a Autora que o Tribunal tem se esquivado de um posicionamento firme e claro a respeito da aplicação do artigo 2° da Convenção europeia dos Direitos Humanos para os embriões. (RAPOSO, Vera Lúcia. O direito à vida na jurisprudência de Estrasburgo. In: *Jurisprudência Constitucional*. n° 14. Abril/Junho, 2007. pp. 59-87. p.76 e s.s.).

[110] *"[...] os direitos da mulher não lhe conferem direito sobre a vida de outrem. Não estando aqui em jogo a sua vida ou saúde, estaremos perante um conflito aparente. [...] Atenta à especial importância do bem da vida não se vê como não terá, nessas hipóteses de lhe ser reconhecida prevalência sobre a autodeterminação da mulher."*(LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. Aborto: algumas questões jurídico-constitucionais. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 74. Coimbra, 1998. p. 381).

[111]Declaração universal dos direitos do homem

Artigo 3- Todo o homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Artigo 2° - Direito à vida

1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei.

Carta de Direitos Fundamentais da União Européia

Artigo 2 - Direito à vida

1 - toda pessoa tem direito à vida.

Pacto internacional sobre os Direitos civis e políticos

Artigo 6 - 1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

Sobre a proteção do embrião nas constituições e documentos internacionais, conferir RAPOSO, Vera Lúcia; PRATA, Catarina; OLIVEIRA, Isabel Ortigão. Humans rights in today's ethics: Human rights of unborn (embryos and foetus)? In: Cuadernos constitucionales de la cátedra fadrique furió ceriol. n° 62-63. pp. 95-111. Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

<http://www.academia.edu/7823234/_Human_Rights_in_Today_s_Ethics_Human_Rights_of _the_Unborn_Embryos_and_Foetus_>. p. 100-104.

[112] Artigo 4.º Direito à vida

Toda a pessoa tem o direito de que se respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

[113] Disponível em: http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273059306_P015_ExperimentacaoEmbriao.pdf

[114] Oliveira ASCENSÃO doutrina que essa argumentação é inadmissível por ignorar o estatuto especial do embrião. Dada a singularidade do nascituro, o Autor afasta o mero consentimento materno como elemento permissivo do aborto. (destacamos que atualmente em Portugal, até as 10 primeiras semanas o aborto não é penalizado, permitindo a sua realização pela simples vontade da gestante). (ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito e Bioética. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 51. Lisboa, 1991. pp. 429-458. p. 449, n. 34). No mesmo sentido: LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. Aborto: algumas questões jurídico-constitucionais. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 74. Coimbra, 1998. p. 344.

[115] A regulação do desenvolvimento embrionário não surge da interação fisiológica com o corpo materno, mas sim da informação interna genética própria do nascituro. SUAREZ, Antonie, op. cit., p. 27-28.

[116] FRADA, Manuel A. Carneiro da. Aborto e Direito: reflexões a propósito de um referendo. In: Vida e Direito: reflexões sobre um referendo. Cascais, 1998. pp. 102-106. p. 103.

[117] Nesse universo argumentativo da ponderação, a superioridade conferida ao direito da mulher conferida em supostas justificativas culturais e sociais muitas vezes demonstra implicitamente *"um opção deliberada por uma 'metafísica de avestruz' que se compraz em renunciar à possibilidade de um conhecimento objetivo da realidade e que prefere o pântano do cepticismo metódico à luz do entendimento verdadeiro".* (FRADA, Manuel A. Carneiro da, op. cit., p. 104).

[118] OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: Um perfil constitucional da bioética.* Coimbra: Almedina, 1999. p. 45-46.

[119] Leite de Campos assevera que um dos planos argumentativos daqueles que concordam com a privação da vida intrauterina está pautado na negação do " 'contínuo'" entre pessoa em sentido biológico, a pessoa humana e a pessoa jurídica". Continua o Autor destacando que no plano dos interesses em conflito não há interesse superior à vida humana. (CAMPOS, Diogo Leite de. O estatuto jurídico do embrião. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 56. Lisboa, 1996. pp. 877-886. p. 885).

[120] OTERO, Paulo. A proibição de privação arbitrária da vida. In: *Vida e Direito...* p. 148.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO EM RAZÃO DE BEIJO LASCIVO OBTIDO PELA FORÇA: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE E DE ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

LUÍS FELIPE REIS DE CASTRO:
Advogado.

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade analisar a configuração do crime de estupro em razão da conduta de constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, à prática do beijo lascivo. Para tanto, procede-se a uma análise da evolução histórica do delito até os dias de hoje, examinando-se todos os elementos que constituem o tipo penal atualmente. Realiza-se, ainda, um estudo detalhado acerca dos princípios da proporcionalidade e da ofensividade, demonstrando-se a relação que guardam com a problemática em questão. Por fim, promove-se uma solução adequada para o problema a partir da aplicação efetiva dos aludidos princípios penais.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO PENAL; CRIME DE ESTUPRO; ATO LIBIDINOSO; BEIJO LASCIVO; PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE; PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei 8.072 de 1990, que aumentou a pena prevista para o crime de atentado violento ao pudor e posteriormente da Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, que unificou o referido delito e o de estupro em um único tipo penal, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que a prática de quaisquer atos libidinosos (incluindo-se o beijo lascivo) daria ensejo à configuração do crime de estupro, provocando longas discussões sobre o tema no âmbito jurídico.

O presente trabalho se debruça exatamente sobre essa polêmica temática, porém tratando mais especificamente da configuração do crime de estupro em razão de beijo lascivo obtido pela força.

No primeiro capítulo, busca-se realizar um exame detalhado da expressão "outro ato libidinoso", presente no texto legal do tipo penal do estupro, dando destaque à sua falta de precisão que acaba por provocar uma insegurança jurídica no que diz respeito ao alcance de sua incidência, sugerindo o subprincípio da intervenção mínima como guia a orientar os operadores do direito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Dando continuidade, passa a tratar dos diversos atos libidinosos que existem, discrimando aqueles de maior gravidade dos que se revestem de um nível de gravidade menor, até chegar a análise do ato de beijo lascivo, expondo as mais distintas opiniões doutrinárias sobre o tema e também o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

No capítulo final, busca-se demonstrar que a solução face a imprecisão do termo "outro ato libidinoso" é a aplicação de dois princípios constitucionais de extrema importância, qual sejam o da proporcionalidade e o da ofensividade.

Por fim, procura-se demonstrar o equívoco que há no atual entendimento do STJ a respeito da problemática em tela a partir da aplicação desses dois princípios, que servem inclusive para sanar a imprecisão existente no texto legal do crime de estupro, apresentando-se ainda uma solução justa e adequada para o problema.

2. DO CRIME DE ESTUPRO

O crime de estupro, na sua redação atual, consiste em constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, à prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Em outras palavras, pode-se dizer que estupro consiste em uma disposição sexual do corpo de outro indivíduo de maneira ilícita, obtida por meio de constrangimento físico ou psicológico.

A partir da leitura do texto legal, verifica-se, portanto, que o núcleo do tipo é o verbo constranger, aqui colocado no sentido de forçar, obrigar, subjugar o ofendido ao ato sexual. Trata-se, pois, de modalidade especial do delito de constrangimento ilegal, com a presença do objetivo específico de sucesso na conjunção carnal ou na prática de outros atos libidinosos (GRECO[1]*, 2012). Esse constrangimento pode se dar mediante violência real (física) ou violência psíquica (grave ameaça).*

Quanto à violência física, cumpre-se ressaltar que as vias de fato e as lesões corporais leves ficam absorvidas pelo crime de estupro vez que constituem ações de meio para se obter o resultado pretendido, não havendo que se falar em concurso de crimes, em obediência aos princípios da consunção e do ne bis in idem. Válido relembrar que em caso de lesões corporais graves ou de morte da vítima, o estupro será qualificado.

Quanto à violência psíquica (grave ameaça), esta pode ser direta, indireta, implícita ou explícita. Desta forma, ela pode ser direcionada diretamente

contra a vítima ou pode ser direcionada a outras pessoas ou coisas que estejam próximas à vítima, de modo a lhe causar temor em relação ao agente. A ameaça deve ser séria (grave), tendo capacidade de provocar temor, a partir de uma análise a levar o homem-médio como base.

É óbvio que, para que seja constatada a ocorrência da violência física ou psíquica, há de existir previamente a ela um dissenso por parte da vítima à prática do ato sexual. E esse dissenso deve ser se apresentar como uma real e induvidosa manifestação de vontade da mesma. Uma recusa que não se coloque de forma concreta pode afastar a materialidade desse crime, pois o agente poderia estar agindo acreditando que tudo apenas fazia parte de uma espécie de jogo de sedução, lhe faltando o elemento subjetivo do dolo de estuprar a vítima. A respeito disso, JOÃO MESTIERE[2] *sustenta que:*

> *A crença, sincera, de que a vítima apresenta oposição ao congresso carnal apenas por recato ou para tornar o jogo do amor mais difícil ou interessante deve sempre de ser entendida em favor do agente. Falha o tipo subjetivo, igualmente, quando o agente erra, ainda que culposamente, sobre um dos elementos do tipo objetivo. É o erro de tipo.*

De acordo com isso, HUNGRIA[3]*:*

> *O dissenso da vítima deve ser sincero e positivo, manifestando-se por inequívoca resistência. Não basta uma platônica ausência de adesão, uma recusa meramente verbal, uma oposição passiva ou inerte. É necessária uma vontade decidida e militantemente contrária, uma oposição que só a violência física ou moral consiga vencer. Sem duas vontades embatendo-se em conflito, não há estupro.*

Contudo, imprescindível afirmar que a necessidade de uma recusa evidente da vítima ao ato sexual não significa dizer que deve ela resistir exageradamente, desesperadamente, pois isso poderia provocar sérios riscos à sua vida ou à sua integridade física. O dissenso deve ser constatado respeitando-se a noção de razoabilidade, bastando uma manifestação clara e inequívoca, sendo, todavia, desnecessário que a vítima lute contra o agente até não poder mais.

No que diz respeito aos elementos tratados, quais sejam o do constrangimento mediante violência e do constrangimento mediante grave ameaça, conclui-se que não houve grandes alterações ao longo da história, uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

vez que já consistiam em elementares do crime de estupro desde as legislações antigas.

No entanto, o mesmo não pode ser constatado no que diz respeito ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal. Isso se justifica por conta das alterações provocadas pela Lei 12.015/2009, que elencaram como bens juridicamente tutelados pelo art. 213[4] *tanto a dignidade sexual quanto, de forma mais específica, a liberdade sexual, ao contrário do que ocorria antes do advento da referida lei, quando o bem jurídico tutelado eram os costumes.*

Atualmente, é protegido, portanto, o direito de liberdade que todo indivíduo tem de dispor sobre seu corpo no que concerne ao aspecto sexual. Sobre o assunto, EMILIANO BORJA JIMÉNEZ[5] *conceitua liberdade sexual como sendo a:*

> *Autodeterminação no marco das relações sexuais de uma pessoa, como uma faceta a mais de capacidade de atuar. Liberdade sexual significa que o titular da mesma determina seu comportamento sexual conforme motivos que lhe são próprios no sentido de que é ele quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando ou com quem mantém relações sexuais.*

Outrossim, quanto ao sujeito ativo e ao sujeito passivo do crime de estupro, a atual redação do tipo penal prevê que tanto o homem quanto a mulher podem figurar em ambos os pólos, diferente do que era previsto nas legislações anteriores.

Além disso tudo, sabe-se que o crime de estupro descreve um objetivo específico por parte do agente, qual seja a prática de conjunção carnal e/ou a prática ou a permissão que com ele se pratique outro ato libidinoso, o que é mais uma diferença em relação ao tratamento dado pelos ordenamentos jurídicos anteriores, que previam que o crime restaria configurado apenas com a ocorrência da conjunção carnal.

Vale acrescentar que a conjunção carnal também é considerada ato libidinoso, motivo pelo qual a parte final do caput do artigo 213 do Código Penal se utiliza da expressão "outro ato libidinoso":

> Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No Brasil, foi adotado o chamado sistema restrito no que tange à interpretação da expressão "conjunção carnal", afastando-se o sistema amplo, que compreende a cópula anal, e também o sistema amplíssimo, que compreende ainda os atos de felação[6] *(GRECO*[7]*, 2012).*

Pelos ensinamentos de NELSON HUNGRIA[8]*, o conceito de conjunção carnal consiste na cópula secundum naturam, a união entre o órgão genial masculino e o feminino, a penetração do pênis no canal vaginal.*

Já a expressão ato libidinoso contém todos os atos de natureza sexual, diferentes da conjunção carnal, que tenham por finalidade satisfazer o desejo sexual do agente (GRECO[9]*, 2012).*

De maneira semelhante, PAULO QUEIROZ[10] *define ato libidinoso como "um termo generalíssimo que corresponde a todo e qualquer ato destinado à satisfação da libido, razão pela qual compreende a própria conjunção carnal como uma de suas possíveis formas".*

FERNANDO CAPEZ[11] *corrobora esse entendimento:*

> *Ato libidinoso é aquele destinado a satisfazer a lascívia, o apetite sexual. Cuida-se de conceito bastante abrangente, na medida em que compreende qualquer atitude com conteúdo sexual que tenha por finalidade a satisfação da libido. Não se incluem nesse conceito as palavras, os escritos com conteúdo erótico, pois a lei se refere ao ato, ou seja, a uma realização física completa (...). Por exemplo: agente que realiza masturbação na vítima, introduz o dedo em seu órgão sexual, introduz instrumento postiço em seu órgão genital, realiza coito oral etc.*

Oportuno acrescentar que, para a configuração do crime de estupro em razão de constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, a prática ou permissão que se pratique ato libidinoso, esse ato deve possuir relevância, isto é, deve ser revestido de conotação sexual capaz de violar a liberdade sexual da vítima. O cuidado para que se evitem punições desproporcionais em relação ao comportamento do agente deve ser sempre enfatizado.

Em suma, pela análise do tipo penal do crime de estupro, constata-se que o tratamento que a lei penal brasileira atualmente dá ao crime de estupro é deveras rigorosa e não é por acaso. Os crimes que violam a dignidade sexual do cidadão, especialmente o estupro, são extremamente repugnantes aos olhos da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

sociedade moderna. Além disso, os mesmos têm um poder muito grande de causar danos psicológicos graves às vítimas que o sofrem, levando-as muitas vezes ao suicídio ou ao desenvolvimento de quadros avançados de depressão. Por tudo isso, a prevenção e a punição de delitos dessa natureza devem ser sempre objeto de imensa preocupação por parte do Estado.

3. DOS ATOS LIBIDINOSOS

Desde antes da edição da Lei 8.072/1990, já havia uma discussão doutrinária acerca do delito de atentado violento ao pudor que girava em torno do desrespeito ou não ao princípio constitucional da proporcionalidade, pois, tendo em vista que se tratava de um crime que podia ser cometido de diversas maneiras, não era justo que a punição fosse a mesma para toda forma de cometimento do mesmo.

A partir da vigência da referida lei, que aumentou a pena prevista para tal delito para o mínimo de 6 (seis) e máximo de 10 (dez) anos de reclusão, equiparando-a com a do estupro, essa discussão se tornou ainda mais forte e passou-se então a discutir qual seria a gravidade do ato libidinoso que daria ensejo a uma punição tão grave.

Posteriormente, a partir da Lei 12.015 de 2009, que unificou ambas as figuras num único tipo penal (art. 213[12]), permaneceu no âmbito doutrinário a dúvida acerca do alcance dessa expressão, de modo a levantar discussões relativas a quais atos libidinosos, além da conjunção carnal, teriam o condão de se enquadrar no tipo penal em questão, uma vez que a lei penal nunca foi precisa/taxativa por não trazer um conceito claro de ato libidinoso ou nem mesmo um rol exemplificativo de modo a nortear os intérpretes.

3.1 DA IMPRECISÃO DA AMPLITUDE DA EXPRESSÃO "OUTRO ATO LIBIDINOSO" NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Assim como os diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros estudados, a legislação brasileira adotou uma expressão absolutamente imprecisa quando da tipificação do antigo crime de atentado violento ao pudor (agora incorporada ao crime de estupro), qual seja a de "outro ato libidinoso", deixando muitas dúvidas nos operadores do direito sobre o que seria o ato libidinoso capaz de configurar o delito do artigo 213[13] do Código Penal.

Como tratado anteriormente, ato libidinoso é aquele que tem o objetivo de satisfação da lascívia, do apetite sexual. Trata-se de um conceito bastante amplo,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

na medida em que compreende qualquer atitude que tenha o intuito de satisfazer a libido. A partir desse conceito, a dificuldade entre os operadores do direito está justamente em definir o que seria o ato libidinoso típico, haja vista que nem todo constragimento à prática de ato libidinoso pode ser considerado criminoso e que a lei penal não o definiu e nem ao menos trouxe exemplos de atos que dariam ensejo à configuração do estupro, com exceção da conjunção carnal. O resultado disso é uma discricionariedade grande por parte dos aplicadores da norma, exatamente por não encontrarem limites jurídicos que os orientem, o que os leva a interpretações subjetivas embasadas em concepções morais.

Mais do que isso, essa imprecisão do termo em questão reduz a eficácia da função garantista do Direito Penal, abrindo margem para arbitrariedade estatal e enfraquecendo o ideal de Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, a verificação, em determinado caso concreto, do ato libidinoso típico deve ser bastante cuidadosa para que não sejam punidas com uma pena tão grave condutas que efetivamente não sejam igualmente graves.

Sobre isso, INGRID PEREIRA DE ANDRADE[14]:

> *Quando estudamos o crime de estupro é preciso tomarmos cuidado com a intervenção desmedida do direito de punir do Estado, pois dependendo do caso poderíamos aplicar uma pena de 6 anos para quem desejasse apenas brincar, humilhar ou sujeitar a vítima a um vexame qualquer. [...] isto significa que nem sempre o ato libidinoso será um crime de relevância, podendo assim caracterizar uma contravenção penal (importunação ofensivo ao pudor), um crime de constrangimento ilegal ou até mesmo uma injúria real.*

Sabe-se que o bem juridicamente tutelado pelo crime de estupro é o da liberdade/dignidade sexual, de modo que apenas condutas que atinjam esse bem jurídico podem dar ensejo à configuração do referido delito. Dessa maneira, deve ser analisado se a conduta libidinosa praticada se reveste de conotação sexual e danosidade penal suficiente a atacar a liberdade sexual do indivíduo, de modo que o princípio penal da intervenção mínima (necessidade) deve orientar a atuação dos operadores do direito nesse contexto.

Sobre o assunto, ALESSANDRA GRECO e RASSI[15] nos ensinam que:

> *É de fundamental importância identificar, substancialmente, o bem jurídico de determinada conduta criminosa porque a*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *partir desta advirão várias consequências como a classificação sistemática do crime, a própria compreensão do tipo, o conflito aparente de normas, além de se produzirem efeitos processuais. No que tange aos crimes sexuais, a identificação passa pelo princípio da intervenção mínima que implica a não punição das condutas meramente imorais.*

3.2 DOS ATOS LIBIDINOSOS DE MAIOR GRAVIDADE

Como já destacado anteriormente, por força do princípio da intervenção mínima, nem todo constrangimento à prática de ato libidinoso provocará a ocorrência do delito de estupro. Vale enfatizar que o ato libidinoso típico (de ofensividade relevante) apenas estará constatado se o mesmo se demonstrar grave o suficiente a ponto de violar o direito à liberdade/dignidade sexual de determinado indivíduo.

Apesar de a lei penal não definir quais atos devem ser considerados libidinosos a esse ponto, LUIZ REGIS PRADO[16] *exemplifica alguns dessa natureza:*

> *Fellatio ou irrumatio in ore, o cunnilingus, o pennilingus, o annilingus (espécies de sexo oral ou bucal); o coito anal, o coito inter femora; a masturbação; os toques ou apalpadelas com significação sexual no corpo ou diretamente na região pudica (genitália, seios ou membros inferiores, etc.) da vítima; os contatos voluptuosos, uso de objetos ou instrumentos corporais (dedo, mão), mecânicos ou artificiais, por via vaginal, anal ou bucal, entre outros.*

Nota-se que todos os exemplos elencados pelo referido doutrinador se revestem de absoluta conotação sexual, de modo que possuem danosidade suficiente à violação do bem jurídico da liberdade/dignidade sexual. Pode-se afirmar, portanto, que a prática forçada de qualquer um deles pode perfeitamente configurar o crime de estupro.

3.3 DOS ATOS LIBIDINOSOS DE MENOR GRAVIDADE

Existem atos libidinosos que, por sua menor importância e danosidade, não podem provocar a configuração do crime de estupro. Em outras palavras, em que pese serem formalmente libidinosos, são atos tão pouco relevantes que se apresentam como insignificantes e incapazes de provocar lesão ao bem jurídico da liberdade/dignidade sexual.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, CEZAR ROBERTO BITENCOURT[17] afirma que "passar as mãos nas coxas, nas nádegas ou nos seios da vítima, ou mesmo um abraçado forçado, configuram [...] a contravenção penal do art. 61[18] da lei especial, quando praticados em lugar público ou acessível ao público".

Da mesma forma, o sujeito que, mediante violência ou grave ameaça, acaricia as partes pudendas de uma mulher por sobre seu vestido não pode de maneira alguma ser punido pelo crime de estupro, justamente pelo fato de sua conduta ser insignificante para a configuração de tal delito.

Outrossim, também na opinião de *BITENCOURT*[19]*:*

> *Beijo lascivo, tradicionais "amassos", toques nas regiões pudendas, "apalpadelas", sempre integram os chamados atos libidinosos diversos de conjunção carnal. No entanto, a partir da Lei dos Crimes Hediondos, com pena mínima de seis anos de reclusão, falta-lhes a danosidade proporcional, que até pode encontrar no sexo anal ou oral violento [...] A diferença entre o desvalor e a gravidade entre o sexo anal e oral e os demais atos libidinosos é imensurável. Se naqueles a gravidade da sanção cominada (mínimo de seis anos de reclusão) é razoável, o mesmo não ocorre com os demais, que, confrontados com a gravidade da sanção referida, beiram as raias da insignificância. Nesses casos, quando ocorre em lugar público ou acessível ao público, deve desclassificar-se para a contravenção do art. 61(LCP)*[20] *ou deve declarar-se sua inconstitucionalidade, por violar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da lesividade do bem jurídico.*

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento totalmente contrário ao do doutrinador acima mencionado, conforme se vislumbra do seguinte julgado:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DESCLASSIFICAÇÃO PARA IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR N.º 83 DESTA CORTE.
>
> 1. Este Tribunal já se manifestou no sentido de que os atos libidinosos comportam diferentes níveis de configuração, que

> podem englobar toques, contatos íntimos ou mesmo beijos lascivos.
>
> 2. A pretensão recursal de desclassificação não pode ser acolhida, uma vez que esta Corte tem entendimento consolidado sobre a tese em análise, atraindo a incidência do verbete sumular n.º 83 desta Corte.
>
> 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 1176949/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 07/06/2010).

Em todos os exemplos supra comentados, em que pese o posicionamento do citado Tribunal, teria sido muito mais pertinente a configuração do delito de constrangimento ilegal (art. 146[21] do CP) ou até mesmo da até então existente contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61[22] da LCP), tendo em vista que o direito penal deve ser resguardado para situações que verdadeiramente sejam relevantes (graves). Hoje, a tipificação adequada deve se dar no delito de importunação sexual.

Com esse mesmo entendimento, GUILHERME DE SOUZA NUCCI[23] preleciona que "atos ofensivos ao pudor [..] devem ser considerados uma contravenção penal, e não um crime. A este, é preciso reservar o ato realmente lascivo, que sirva para satisfazer a ânsia sexual do autor, que se vale da violência ou da grave ameaça".

Ademais, sabe-se que a imaginação e os desejos humanos são infinitos. Em razão disso, existem uma série de transtornos sexuais (parafilias[24]) que fazem com que determinados atos sejam libidinosos para determinadas pessoas, quando não o são objetivamente. Isto é, há indivíduos que sentem prazer sexual com a prática de atos que, do ponto de vista geral, não possuem conotação sexual. Exemplos de parafilias são o fetichismo, o masoquismo, o voyeurismo, o exibicionismo, etc.

Há de se ressaltar, portanto, que o constrangimento à prática de quaisquer desses atos, não podem, a priori, configurar o crime de estupro. Isso se justifica porque, apesar de os mesmos serem atos libidinosos do ponto de vista do agente, não provocam violação à liberdade/dignidade sexual da vítima. Desse modo, um sujeito que constrange uma vítima a lhe provocar dor com o intuito de sentir prazer sexual (masoquismo) não comete o delito de estupro, desde que, é claro, não ocorra nenhum atentado ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O fato é que, uma vez que o termo ato libidinoso deve ser compreendido como aquele que está totalmente voltado para a satisfação do apetite sexual, devendo a libidinosidade estar atrelada ao padrão médio, ou seja, deve estar vinculada a conceitos previamente definidos pela meio social.

Notório que o rol dos atos libidinosos é extenso, havendo alguns capazes de provocar a ocorrência do delito em estudo e outros insignificantes para tanto. Nesse contexto, o mais polêmico de todos é o chamado beijo lascivo, que há muito é amplamente discutido pelos juristas.

3.4.1 Do Beijo Lascivo

Até os dias de hoje existe uma enorme dificuldade por parte dos operadores do direito em conceituar com precisão o que seria o beijo lascivo, dando causa a um longo debate a respeito do assunto. Para alguns, beijo lascivo é aquele que choca a moral média que o presencia e para outros é aquele que causa "inveja" a quem o assiste.

Entretanto não é sua conceituação a maior discussão que gira em torno do tema. Com o advento da Lei 8.072 de 1990, que aumentou a pena prevista para o crime de atentado violento ao pudor e posteriormente da Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, que unificou ambos os delitos em um único tipo penal, surgiu no âmbito doutrinário a dúvida acerca da possibilidade de o beijo lascivo aplicado à força configurar o delito em tela. A problemática divide opiniões dentre os operadores do direito.

De plano, há de se fazer uma simples distinção entre o beijo lascivo e o beijo afetuoso. Pode-se dizer que o beijo lascivo é aquele que reflete uma intimidade e uma intensidade (desejo) muito maior do que um beijo comum, daí a ideia de que choca a moral média ou causa "inveja" a quem o assiste. Já o beijo afetuoso (casto, furtivo) é aquele que reflete apenas um sentimento de carinho, sem a menor conotação sexual.

*Não há dúvidas de que um simples beijo afetuoso, obtido pela força, não dá ensejo à configuração do delito de estupro. A discussão doutrinária circula em torno do beijo lascivo. É pacífico por parte da doutrina o entendimento de que "*é considerado ato libidinoso o beijo aplicado de modo lascivo ou com fim erótico" (MIRABETE[25], 2009). *No entanto, não é pacífico o entendimento de que o mesmo tenha danosidade suficiente para que seja constatada a ocorrência do estupro.*

Em outras palavras, discute-se se o beijo lascivo, obtido mediante violência ou grave ameaça, é dotado de relevância penal suficiente para que figure

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

como hipótese de estupro. Desta forma, surgem as seguintes indagações: é proporcional que um indivíduo que constranja alguém, mediante violência ou grave ameaça, a lhe dar um beijo lascivo seja punido com uma pena tão grave (equivalente a do homicídio), bem como sofra todas as consequências do caráter hediondo do crime? A referida conduta é dotada de gravidade suficiente para provocar lesão ao bem jurídico da liberdade sexual?

Para alguns juristas, sim, a exemplo de DAMÁSIO DE JESUS[26]*, que sustenta que o beijo lascivo aplicado à força demonstra um desejo incontido, configurando o delito em questão. Com o mesmo pensamento, Luiz Regis Prado*[27] *afirma que o beijo lascivo ou "lingual" aplicado contra a vontade da vítima não se reveste da mesma gravidade que um coito anal, mas que não deixa de configurar estupro, devendo apenas ter uma valoração menos rigorosa no momento de aplicação da pena.*

Em sentido contrário, PAULO QUEIROZ[28]*:*

> *Discute-se se o beijo lascivo constitui estupro. Que o beijo (a depender do modo e lugar) figura entre as possíveis formas de libidinagem, é fora de dúvida. A questão fundamental reside em saber, porém, se um tal ato, como outros tantos de igual ou menor importância, pode ser considerado digno de proteção penal. E, para nós, não se pode ter à conta de estupro, crime hediondo que é, condutas que, embora formalmente libidinosas, não importem num constrangimento grave à liberdade sexual do ofendido, razão pela qual o princípio da insignificância tem plena aplicação também aqui.*

Em harmonia com esse entendimento, ROGÉRIO GRECO[29] *defende que não é proporcional punir uma pessoa que força outra a lhe dar um beijo lascivo com a mesma pena que se pune o homicídio.*

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que restaria configurado sim o delito de estupro com o constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, à prática de atos libidinosos nas suas mais diversas formas, incluindo-se os toques, os contatos voluptuosos e o beijo lascivo:

> *PENAL. CRIME DE ESTUPRO. ART. 213 DO CÓDIGO PENAL. REFORMA TRAZIDA PELA LEI N. 12.015/2009. ATOS*

LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. RECONHECIMENTO DA CONSUMAÇÃO.

1. A reforma trazida pela Lei n. 12.015/2009 unificou em um único tipo penal as condutas anteriormente previstas nos arts. 213 e 214 do Código Penal, constituindo, hoje, um só crime constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

2. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "o delito de estupro, na redação dada pela Lei n. 12.015/2009, "inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, onde se inserem os toques, contatos voluptuosos, beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima". *(AgRg no REsp 1359608/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 16/12/2013).*

3. ...

4. Recurso especial provido para, reconhecida a consumação do delito previsto no art. 213 do Código Penal, fixar a pena do recorrido em 7 anos, 4 meses e 20 dias, mantido o regime fechado.

(REsp 1470165/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 20/08/2015).

RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ACÓRDÃO DE APELAÇÃO QUE DESCLASSIFICA O DELITO PARA A FORMA TENTADA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. REVALORAÇÃO DA PROVA. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO.

1. Embora o acórdão de apelação, reformando sentença condenatória, tenha desclassificado os delitos de atentado violento ao pudor para a forma tentada, a questão refere-se à valoração jurídica dos fatos, perfeitamente possível em sede de especial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> ***2. Em nosso sistema penal, o atentado violento ao pudor engloba atos libidinosos de diferentes níveis, inclusive os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos, consumando-se o delito com o contato físico entre o agressor e a vítima.***
>
> *3. Inadmissível que o Julgador, de forma manifestamente contrária à lei e utilizando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reconheça a forma tentada do delito, em razão da alegada menor gravidade da conduta.*
>
> *4. O estupro e o atentado violento ao pudor, ainda que praticados antes da edição da Lei n. 12.015/2009, são hediondos. Precedente - REsp n. 1.110.520/DF, admitido como representativo de controvérsia.*
>
> *[...]*
>
> *8. Recurso da Defesa a que se nega provimento, e recurso do Ministério Público provido, em parte, a fim de, reconhecida a modalidade consumada dos delitos, fixar a pena do acusado em 7 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto.*
>
> *(REsp 1313369/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 05/08/2013).*

O egrégio Tribunal argumenta que o crime em pauta inclui atos libidinosos de diversas gravidades, restando consumado quando ocorrer o contato físico entre o agressor e a vítima.

Além disso, sustenta que o bem jurídico da dignidade e da liberdade sexual deve ser destinatário da máxima proteção, devendo as condutas ofensivas ao mesmo ser punidas com o maior rigor possível.

Notória, pois, a imensa divergência que existe no meio jurídico acerca do tema.

4. DA CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO PELO BEIJO LASCIVO APLICADO À FORÇA À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA OFENSIVIDADE

Como estudado anteriormente, o tipo penal do estupro traz um texto que se demonstra extremamente impreciso em sua parte final, no que diz respeito à expressão "outro ato libidinoso", levantando dúvidas entre os operadores do Direito acerca de seu alcance.

Neste quadro, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que o delito de estupro pode se configurar perfeitamente em caso de constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, à prática de beijo lascivo, sob o argumento de que trata-se de ato libidinoso e que por isso tal conduta se enquadra inteiramente na descrição do artigo 213[30], parte final, do Código Penal Brasileiro. No entanto, tal concepção é por demais absurda por violar fortemente os princípios da proporcionalidade e da ofensividade, como a seguir se demonstra.

Sabe-se que a principal consequência da prática de um crime é a sanção a ser imposta. Pela teoria da pena, pode-se afirmar que a mesma tem duas finalidades: a de retribuição, que é alcançada quando se impõe um castigo ao infrator da norma penal, castigo que deve ser necessário e suficiente; e a de prevenção, uma vez que busca intimidar os cidadãos a não cometerem futuros crimes, de modo que se garantam a paz social e a segurança pública.

Nesse contexto, é imprescindível que, para atingir sua dupla finalidade, a pena prevista em determinado artigo e também a pena a ser aplicada estejam em consonância com os citados princípios, pois qualquer excesso de punição as torna ilegítimas. Em outras palavras, para que atinjam seus objetivos, tanto no momento de sua cominação pelo legislador quanto no de sua aplicação pelo magistrado, têm de respeitar as noções de proporcionalidade e de ofensividade.

Neste cenário, a problemática existe justamente em razão da ampla desporporção que há entre a citada conduta e a consequente sanção a ser aplicada (6 a 10 anos de reclusão). Se por um lado a punição prevista para o estupro se demonstra bastante adequada para condutas como a conjunção carnal, o sexo oral ou o sexo anal, por exemplo, por outro se coloca como deveras excessiva para o beijo lascivo, que pode até mesmo ser considerado insignificante quando comparado com o *quantum* de pena cominado no tipo.

É indiscutível que o beijo lascivo é um ato libidinoso, todavia lhe falta danosidade suficiente para que possa ser enquadrado num tipo penal que prevê uma pena tão grave como a do estupro, ao contrário do que acontece com as outras condutas exemplificadas.

Sabe-se que o bem jurídico tutelado por esse delito é o da dignidade/liberdade sexual. Dessa forma, apenas condutas que verdadeiramente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ataquem este bem podem sofrer a incidência dessa norma penal. Daí questiona-se: um beijo lascivo tem potencial suficiente para violar o referido bem jurídico? Um beijo lascivo se reveste de conotação sexual suficiente a ponto de atingir a dignidade sexual de alguém? A resposta só pode ser negativa, pois tal conduta não ostenta potencial lesivo para tanto.

Deste modo, em atenção ao princípio da ofensividade, o mencionado ato não pode de maneira alguma sofrer a incidência do tipo penal do estupro, exatamente por não ter nenhuma capacidade de sequer ameaçar o bem jurídico tutelado por este.

O que acontece é que a partir da Lei 8.092/1990, que aumentou a pena prevista para o crime de atentado violento ao pudor para um mínimo de 06 (seis) anos de reclusão, equiparando-a com a do estupro, e posteriormente da Lei 12.015/2009, que unificou ambas as figuras num único artigo, alguns atos que até podem ser considerados libidinosos (a exemplo do beijo lascivo) deixaram de ter lesividade razoável para figurar como hipótese do crime em tela, precisamente por não serem tão graves quanto a reprimenda mínima prevista.

Por conta disso, ao consolidar o já destacado entendimento, se equivoca o Superior Tribunal de Justiça por acreditar que a intenção do legislador era a de punir severa e indiscriminadamente a prática forçada de todo e qualquer ato libidinoso, pois isso afronta claramente o princípio da proporcionalidade, uma vez que a previsão de uma mesma pena para condutas de gravidades absolutamente distintas impede a ocorrência de uma aplicação justa da sanção penal. Ora, um beijo lascivo obtido pela força não pode ser punido na mesma intensidade de uma conjunção carnal ou de um sexo oral.

Constata-se, pois, o equívoco na interpretação do supradito Tribunal, que aparentemente foi feita de forma meramente literal, o que é totalmente inadequado no panorama do Direito moderno.

Buscando-se uma solução justa para a problemática, se concluirá que, em verdade, a real intenção do legislador (mascarada pela falta de clareza do texto legal) ao majorar essa pena com a Lei 8.092/1990, foi a de punir com tamanho rigor apenas os atos que se demonstrassem efetivamente graves para tanto, deixando os de menor importância no raio de incidência de outros tipos penais.

Mais do que isso, a opção de manter a expressão "conjunção carnal" no corpo do texto legal depois da Lei 12.015/2009, o que era desnecessário já que o ingresso carnal também é ato libidinoso, não foi por acaso. Tal manutenção tem o

propósito de orientar os intérpretes no sentido de apontar qual a gravidade das condutas que podem se enquadrar no tipo penal em questão.

Outrossim, sabe-se que o delito de estupro figura no rol taxativo dos crimes hediondos, que, em regra, preveem penas extremamente graves pelo fato de tipificarem condutas que são da mais alta reprovação social e que causam enorme lesão a bens jurídicos fundamentais. Nesse contexto, o ato de constranger alguém à prática do beijo lascivo deve ser considerado crime hediondo? Absolutamente não. É claro que a citada atitude carrega consigo determinada reprovação social, todavia não ao ponto de ser classificada com caráter de hediondez.

Ademais, a lesão que provoca não é merecedora de uma punição tão severa, semelhante inclusive à do homicídio. Em outras palavras, não é proporcional que a sanção de um agente que força uma vítima a lhe beijar seja a mesma de um homicida. Nesse sentido, ROGÉRIO GRECO[31] argumenta que "por pior que seja o beijo e por mais feia que seja a pessoa que o forçou, não podemos condenar alguém por esse fato a cumprir uma pena de, pelo menos, 6 (seis) anos de reclusão, isto é, com a mesma gravidade que se pune um homicida".

Em razão disso tudo, é notória a ofensa que existe ao princípio da proporcionalidade em todos os seus elementos (adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito).

Ora, a aplicação do artigo 213[32] do Código Penal sobre uma situação em que determinado agente obtenha da vítima um beijo lascivo pela força não se apresenta como adequada ou idônea, longe disso. Isto porque, uma vez que o bem jurídico tutelado pela mencionada normal penal é o da dignidade/liberdade sexual, sua aplicação apenas se revelará adequada, útil ou idônea sobre hipóteses em que o objeto de sua tutela seja atacado, o que não se observa da circunstância em análise, haja vista que, como ressaltado anteriormente, um beijo lascivo não se reveste de ofensividade suficiente nem mesmo para o expor a risco.

Da mesma maneira, exatamente pelo mesmo fato de a conduta supracitada não possuir tamanha danosidade exigida pelo tipo penal, aplicar-se uma pena de no mínimo 6 (seis) anos de reclusão significa impor uma punição com rigor muito além do que a conduta merece, fazendo com que a pena se torne ilegítima, pois, excessiva que é, deixa de cumprir sua finalidade, restando contrariado o elemento da proporcionalidade em sentido estrito.

Neste enredo, o enquadramento que se coloca como o mais acertado é no novo delito de importunação sexual, previsto no artigo 215-A do Código Penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Além disso, o mesmo comina uma pena adequada, necessária e suficiente à retribuição do injusto causado, e portanto absolutamente proporcional à lesão que tal atitude pode provocar, estando atendidos os princípios da proporcionalidade e da ofensividade.

Com efeito, por tudo exposto, descabido e inaceitável que a ação de constranger alguém pela violência física ou psíquica à prática de um mero beijo lascivo acarrete na materialidade de um crime tão grave que é o de estupro, posto que não se apresenta como grave a uma pena mínima de 6 (seis) anos de reclusão, muito pelo contrário.

Sabe-se que o direito penal é caracterizado pelo seu critério subsidirário, de modo que sua intervenção deve ocorrer apenas quando absolutamente necessária e indispensável à proteção de determinado bem jurídico em ameaça, depois de terem falhado outros ramos jurídicos. Sendo assim, ainda que sua intervenção se demonstre como única medida capaz de alcançar esse objetivo, a mesma deve ocorrer na menor intensidade possível, respeitando-se os limites da razoabilidade e da proporcionalidade.

Tendo isso em vista, depreende-se que o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça não corrobora nem de longe com essa ideologia. Ao enquadrar no crime de estupro a ação de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, à prática de um beijo lascivo, o egrégio Tribunal promove não uma intervenção mínima do direito penal, mas uma interferência máxima, além de uma banalização da punição, o que acaba por levar esse ramo jurídico ao completo descrédito.

Em virtude de tudo colocado, evidente está a brusca violação aos princípios em tratamento. A conduta examinada, que indiscutivelmente é desprovida de um alto grau de lesividade, não merece ser castigada com uma pena de pelo menos 6 (seis) anos de reclusão, pois isso é desproporcional.

Ora, a ideia de proporcionalidade busca estabelecer um equilíbrio entre direitos conflitantes, de modo que a restrição dos direitos do agente criminoso se dê na mesma medida em que o mesmo restringiu os da vítima. Assim, privá-lo de seu direito à liberdade por um período mínimo de 6 (seis) anos em razão de um beijo lascivo obtido pela força é instituir um enorme desequilíbrio entre a ação lesiva e a consequente punição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para mais, significa dissociar completamente a ideia de ofensividade da noção de proporcionalidade, o que inevitalmente provocará punições que transcenderão as fronteiras da razoabilidade, como no caso em questão.

Em resumo, o grau de ofensividade de uma ação criminosa deve estar sempre em conformidade/equivalência com sua resposta penal, respeitando-se os limites da proporcionalidade para que se evitem os abomináveis excessos de punição, pois, em contrário, se estaria fugindo do ideal de justiça tão valorizado em um Estado Democrático de Direito.

5. CONCLUSÃO

1) Ante o problema da imprecisão do texto legal do tipo penal do estupro, mais especificamente no que diz respeito ao alcance da expressão "outro ato libidinoso", e pelo fato de esse crime prever uma pena bastante grave, faz-se necessária uma interpretação minuciosa da norma penal para que se definam quais os atos libidinosos capazes de se enquadrar na descrição do delito em questão. Uma interpretação descuidada, meramente literal, tal qual a realizada pelo Superior Tribunal de Justiça (que entende configurado o crime de estupro em hipótese de beijo lascivo aplicado à força), ocasiona uma aplicação injusta e excessiva do Direito Penal.

2) Neste contexto, em busca de uma solução adequada para a problemática, deve-se proceder a uma análise da lei penal à luz de princípios que se apresentam como adequados ao preenchimento da lacuna deixada pelo legislador, quais sejam o da proporcionalidade e o da ofensividade.

3) Os princípios são preceitos hierarquicamente superiores que integram a estrutura normativa do sistema jurídico, controlando e orientando a formulação das leis bem como a maneira como devem ser interpretadas e aplicadas nos mais diversos casos concretos, servindo ainda como limitador do *jus puniendi* estatal, notadamente na esfera do Direito Penal.

4) A proporcionalidade-adequação estabelece que as medidas penais a serem adotadas devem estar em conformidade com os objetivos que se desejam alcançar. Dessa forma, a aplicação das normais penais deve ocorrer apenas quando for adequada para se atingir o fim almejado, que deve ser o da proteção de bens jurídicos, respeitando-se ao máximo os Direitos Fundamentais. Por este motivo, o subprincípio da adequação social pode ser encarado como coroálio do princípio da proporcionalidade-adequação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

5) A proporcionalidade-necessidade estabelece que a intervenção estatal na esfera dos Direitos Fundamentais do indivíduo deve ser a menor possível. Assim, a interferência do Direito Penal, que é o ramo jurídico que provoca as mais pesadas consequências, não deve ocorrer quando existir um meio extrapenal que se demonstre suficiente para a tutela do bem jurídico. Pode-se afirmar que o subprincípio da necessidade é o subprincípio do meio menos gravoso, que impõe ao Direito Penal um caráter subsidiário, devendo ser aplicado apenas quando as outras esferas do direito tiverem fracassado na tutela desse bem jurídico.

6) A proporcionalidade em sentido estrito impõe que a aplicação do Direito Penal deve acontecer de forma proporcional à violação do bem jurídico. Trata-se da proporcionalidade entre delito e pena, ou seja, é um subprincípio que regula em que intensidade a esfera penal deve interferir nos Direitos Fundamentais do indivíduo.

7) O princípio da ofensividade dispõe que apenas poderão ser consideradas criminosas condutas que provoquem lesão relevante a determinado bem jurídico. Trata-se de um princípio limitador do *jus puniendi* estatal, de modo que condutas que ocasionem lesões insignificantes a um bem jurídico não ensejam a intervenção da lei penal.

8) Por todo o exposto, percebe-se o quão equivocado é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. A configuração do crime de estupro em razão de beijo lascivo obtido pela força viola fortemente os princípios da proporcionalidade e o da ofensividade, uma vez que a referida conduta não ostenta potencial lesivo suficiente a atacar o bem jurídico da dignidade/liberdade sexual e nem se demonstra grave o suficiente para ser punida com uma pena mínima de 6 (seis) anos de reclusão.

9) Como solução específica para o problema, defende-se que a conduta de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, à prática de beijo lascivo configura o delito de constrangimento ilegal, haja vista que o bem jurídico violado por tal ação é o da liberdade de autodeterminação, objeto da tutela do aludido crime, e que o mesmo prevê uma pena adequada, necessária e proporcional ao injusto causado.

10) O cuidado para se evitarem punições excessivas no Direito não pode jamais ser desobservado, especialmente na esfera penal. Toda resposta repressiva deve ser proporcional ao injusto causado, pois, ao contrário disso, se estaria legitimando a completa arbitrariedade estatal, o que não tem espaço dentro de um Estado Democrático de Direito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANDRADE, Ingrid Pereira de. **Crimes contra a liberdade sexual**. Disponível em: <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/87/artigo294983-3.asp>. Acesso em: 18 abril, 2016.

BATISTA, Nilo**. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 11ª ed.** Ed Revan. 2007.

BECCARIA, Cesare**. Dos delitos e das penas**. Tradução:J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal, vol. 1**. 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto**. Tratado de direito penal, vol. 4**. 2014.

BORGES, Paulo César Corrêa (org). **O princípio da Igualdade na Perspectiva Penal**: temas atuais, 1ª ed. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6ª ed**. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DAMÁSIO, E. de Jesus. **Direito Penal; parte especial, 14ª ed.**, São Paulo. Saraiva, 1999, v. 3.

DOBRIANSKYJ, Virgínia de Oliveira Rosa. **O princípio da Proporcionalidade como Critério de Aplicação da Pena**, 2009.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. **3ª ed**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos Crimes Sexuais**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**, 2006.

GRECO, Alessandra Orcesi; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Especial**. **9ª ed.** Rio de Janeiro. Impetus, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral. 3ª ed.** Rio do Janeiro: Impetus, 2003.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**, **v. 8: arts. 197 a 249. 5ª ed.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

JIMÉNEZ, Emiliano Borja. **Curso de política criminal**. 2003.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal.** - In: Princípios Penais Constitucionais – Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal. Salvador: Juspodivm, 2007.

MESTIERE, João. **Do Delito de Estupro.**

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N**. Manual de direito penal, v. 2**: Parte especial, Arts. 121 a 234 do CP. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MONTESQUIEU, Charles. **O espírito das leis**. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. 1ª ed**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza**. Leis penais e processuais penais comentadas. 3ª ed.** Editora Revista dos Tribunais. Ano 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral e parte especial**. **3ª ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte especial**. Art. 121 a 234, Parte VI - Dos Crimes Contra os Costumes. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial. 4ª ed.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. v. III.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal, Parte Geral**. Rio de Janeiro. Editora Lumen&Juris. 7ª ed. 2011.

QUEIROZ, Paulo. **Do Estupro.** 2011. Disponível em: http://www.pauloqueiroz.net/do-estupro/. Acesso em: 18 abril, 2016.

REZEK NETO, Chade. **O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Huama e Direitos Fundamentais**.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico. 12ª ed**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SILVA, José Afonso da. **A respeito do conceito de dignidade da pessoa humana na Constituição Federal: comentário contextual à Constituição**. **3ª ed.** São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo. 19ª ed**. Malheiros, 2000.

SZNICK, Valdir. **Assédio Sexual e Crimes Sexuais Violentos**. São Paulo: Ícone, 2001.

---

[1] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Especial**. Rio de Janeiro. Impetus, 9 ed. 2012. p. 460.

[2] MESTIERE, João. **Do Delito de Estupro**. p. 92.

[3] HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal, v. 8: arts. 197 a 249**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

[4] **Art. 213.** Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:88

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos89.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18

(dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: 90

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

[5] JIMÉNEZ, Emiliano Borja. **Curso de política criminal**, p. 156.

[6] Prática sexual que consiste na estimulação oral do pênis. Dicionário da Língua Portuguesa com Acordo Ortográfico [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2016.

[7] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Especial**. Rio de Janeiro. Impetus, 9 ed. 2012. p. 461.

[8] HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal, v. 8**, p. 116.

[9] Vide nota de rodapé n. 27.

[10] QUEIROZ, Paulo. **Do Estupro.** 2011. Disponível em: http://www.pauloqueiroz.net/do-estupro/. Acesso em: 18 abril, 2016.

[11] CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2006.

[12] **Art. 213.** Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18

(dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte: 91

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

[13] Vide nota de rodapé n. 1.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[14] ANDRADE, Ingrid Pereira de. **Crimes contra a liberdade sexual**. Disponível em: <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/87/artigo294983-3.asp>. Acesso em: 18 abril, 2016.

[15] GRECO, Alessandra Orcesi; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010, p.62.

[16] PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. v. 2**, p. 601.

[17] BITENCOURT, Cezar Roberto**. Tratado de direito penal, vol. 4**, p. 50.

[18] **Art. 61.** Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor:

Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

[19] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**, cit., p. 859.

[20] Vide nota de rodapé n. 12.

[21]**Art. 146** – **Constranger** alguém, mediante **violência** ou **grave ameaça**, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a **não fazer** o que a lei permite, ou a **fazer** o que ela não manda:

Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.

[22] Vide nota de rodapé n. 12.

[23] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**, p. 648.

[24] Parafilia é um desvio sexual. Trata-se de um comportamento onde a fonte do prazer sexual não se encontra na copulação em si, mas em situações fora do comum.

[25] MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N**. Manual de direito penal**, v. 2: Parte especial, Arts. 121 a 234 do CP. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 384.

[26] DAMÁSIO, E. de Jesus. **Direito Penal; parte especial, 14 ed.**, São Paulo. Saraiva, 1999, v. 3, p. 103-104.

[27] PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, v. 2**, p. 599.

[28] QUEIROZ, Paulo. **Do Estupro**. 2011. Disponível em: http://www.pauloqueiroz.net/do-estupro/. Acesso em: 18 abril, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[29] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Especial**. Rio de Janeiro. Impetus, 9 ed. 2012. p. 497.

[30] **Art. 213.** Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18

(dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte: 91

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

[31] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Especial. 9a ed**. v. 3. p. 497, 2012.

[32] Vide nota de rodapé 21.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DA APLICAÇÃO DE MULTA COERCITIVA CONTRA AGENTE PÚBLICO EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA

PABLO HENRIQUE GARCETE SCHRADER: Bacharel em Direito pela União da Associação Educacional Sul-Mato-Grossense Faculdades Integradas de Campo Grande (FIC-UNAES). Pós-graduado em Direito do Estado e das Relações Sociais pela UCDB/ESMAGIS (lato sensu). Pós-graduado (especialista) em Advocacia Pública pelo Instituto Para o Desenvolvimento Democrático – IDDE. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela EDAMP/MS e Unigran. Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul (PGE-MS).

RESUMO: O objetivo deste trabalho é proceder ao estudo alusivo à possibilidade de aplicação de multa coercitiva contra agente público em sede de mandado de segurança. Para tanto, será levado em consideração o posicionamento favorável da doutrina e da jurisprudência pátrias atual a esse respeito, inclusive do Superior Tribunal de Justiça. Outrossim, utilizar-se-á como marco legal o novo Código de Processo Civil de 2015 e a Lei do Mandado de Segurança, mormente nos casos em que, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado equivalente, o juiz poderá determinar as medidas necessárias ao cumprimento da decisão judicial, sobretudo em sede de mandado de segurança, em cuja demanda a autoridade impetrada possui posição *sui generis*. Ao final, será demonstrado que, em casos nos quais a autoridade apontada como coatora mostrar-se renitente, desidiosa ou recalcitrante ao cumprimento de determinação judicial dirigida contra a pessoa jurídica da qual integra, o próprio agente público é quem deverá sofrer eventuais sanções, dentre as quais, a aplicação de multa coercitiva, sob pena de a sociedade ter que arcar com um ônus do qual efetivamente não deu causa.

Palavras-chave: multa coercitiva; agente público; mandado de segurança.

ABSTRACT: The aim of this paper is to proceed to the study alluding to the possibility of imposing a coercive fine against a public agent in the writ of mandamus. To this end, consideration will be given to the favorable position of current doctrine and case law in this regard, including the Superior Court of Justice. In addition, the new Code of Civil Procedure 2015 and the Writ of Mandamus Law will be used as a legal framework, especially in cases where, for the performance of specific protection or obtaining protection for the equivalent result, the judge may to determine the measures necessary to comply with the judicial decision, especially in the context of a writ of mandamus, in which the defendant has a sui generis position. In the end, it will be demonstrated that, in cases in which the appointed

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

co-authority appears to be reluctant, disloyal or recalcitrant to comply with a court order directed against the legal entity of which it is a member, it is the public agent himself who should be subject to any sanctions, among others. which, the imposition of coercive fine, under penalty of the society having to bear a burden of which it effectively did not cause.

Keywords: coercive fine; public agent; writ of mandamus.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Conceito de agente público. 1.1 Da diferença entre agente público e autoridade pública. 1.2 Da autoridade coatora e da legitimidade passiva em sede de mandado de segurança. 2. Das medidas coercitivas de ordem patrimonial previstas no Código de Processo Civil. 2.1 Da multa diária como mecanismo de efetivação da tutela específica. 3. Da aplicação de multa coercitiva contra agente público em sede de mandado de segurança. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Em prolegômenos, o presente artigo científico, tendo como metodologia a pesquisa bibliográfica, buscará abordar tema alusivo à possibilidade de aplicação de multa coercitiva contra agente público em sede de mandado de segurança.

Para tanto, ao longo do texto, será demonstrado que a aplicação da sobredita penalidade deverá ser impingida, exclusivamente, à autoridade coatora/impetrada, em casos nos quais este agente público mostrar-se renitente, desidioso ou recalcitrante ao cumprimento de determinação judicial dirigida contra a pessoa jurídica de direito público da qual integra, sob pena de a sociedade ter que responder por um ônus do qual efetivamente não deu causa.

Ademais, será levado em consideração o posicionamento favorável da doutrina e da jurisprudência pátrias atual a esse respeito, inclusive do Superior Tribunal de Justiça.

Outrossim, utilizar-se-á como marco legal o novo Código de Processo Civil de 2015 e a Lei do Mandado de Segurança, mormente nos casos em que, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado equivalente, o juiz poderá determinar as medidas necessárias ao cumprimento da decisão judicial, sobretudo em sede de mandado de segurança, em cuja demanda a autoridade impetrada possui posição *sui generis*.

Por derradeiro, por ocasião da conclusão, demonstrar-se-á que a aplicação de multa coercitiva, de forma exclusiva, contra agente público, em sede de mandado de segurança, além de ter escoro legal, doutrinário e jurisprudencial, importará em um efeito pedagógico a qualquer autoridade estatal, pois, ciente da sua própria responsabilidade, atuará de modo a respeitar-se o erário e o ente público do qual é parte integrante.

1. CONCEITO DE AGENTE PÚBLICO

É assente que a expressão *agente público* é bastante elástica, para determinar, de forma específica, os sujeitos que exercem funções públicas. Desse modo, qualquer pessoa que age em nome do Estado é agente público, independentemente de vínculo jurídico, ainda que atue sem remuneração e transitoriamente.

Assim sendo, uma vez que o Estado está atuando por via do sujeito, responderá pelos atos praticados, sendo a responsabilidade objetiva do Estado, nos moldes do disposto no art, 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Neste sentido, a Lei 8.429/92 estabelece que:

> Reputa-se agente público, para fins desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Logo, por intermédio do agente público, o Estado se faz presente, manifestando sua vontade nas esferas de Governo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), em quaisquer dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Outrossim, pode-se afirmar que agente público é a pessoa física que presta serviço ao Estado *lato sensu* (União, Estado, Distrito Federal e Municípios – Administração Direta) e às pessoas jurídicas da Administração Indireta (autarquias, fundações públicas empresas públicas e sociedades de economia mista), ainda que de forma transitória ou sem remuneração.

Inclusive, o Código Penal confere a mesma abrangência ao definir *funcionário público*. É cediço que a expressão *funcionário público* já está

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

superada no Direito Administrativo, sendo substituída pela expressão *agente público*. Entretanto, o Código Penal estabelece, em seu artigo 327, que "Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, empregou ou função pública".

Sendo assim, nas palavras de Matheus Carvalho (CARVALHO, 2016, p. 734):

> [...] podem ser considerados agentes públicos aqueles que exercem função pública em virtude de relação trabalhista, em qualquer dos entes da Administração Pública Direta ou Indireta, seja este em regime estatutário, mediante a nomeação de servidores que se submetem às regras definidas em estatuto próprio, seja um regime de emprego, por meio de contratação de empregados, sob o regime da Consolidação das Leis Trabalhistas para prestarem serviços, mediante regime de emprego público.
>
> Da mesma forma, todos os particulares contratados sob regime de cargo temporário, nos moldes definidos pelo art. 37, IX da Constituição Federal, ainda são considerados agentes públicos e exercem função pública.

Também podem ser considerados agentes públicos aqueles que, mesmo não possuindo qualquer vínculo de natureza administrativa ou política com o ente estatal, atuam no exercício de funções públicas, tais como, por exemplo, o mesário no dia da eleição ou o jurado, no dia em que presta o serviço de atuação no júri popular, ou, ainda, os agentes das concessionárias e permissionárias de serviços públicos e os titulares das serventias de cartório, autorizados, após aprovação em concurso público, para execução de serviços notariais e registrais, mediante delegação.

Celso Antônio Bandeira de Mello (DE MELLO, 2008, p. 242) assim se manifesta acerca dos agentes públicos:

> Os servidores públicos são uma espécie dentro do gênero "agentes públicos". Para bem distinguir tal espécie, apartando-a claramente das demais, é útil, primeiramente, examinar o panorama dentro do qual ela se encarta. É o que se fará apresentado o amplo quadro compreensivo das

> variedades tipológicas de agentes por meio dos quais o Estado se manifesta.
>
> Esta expressão – *agentes públicos* – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente.

E, em todos os casos, o Estado responde pelos atos praticados pelo sujeito, se ele causar dano a alguém no exercício da função pública, haja vista o fato de que, naquele momento, ostenta a qualidade de agente público atuando em nome do ente estatal. De fato, a Administração Pública os habilita para atuarem em seu nome.

Impende asseverar, por oportuno, que, por exercerem função pública, os atos ou omissões perpetrados pelos agentes públicos são imputados à pessoa jurídica que integram e se sujeitam ao controle judicial, que se pode dar por meio dos remédios constitucionais, tais como Mandado de Segurança e Ação Popular.

Neste comenos, os agentes públicos, considerados amplamente, podem figurar como autoridade coatora, para prestação de informações em Mandado de Segurança, somente não sendo admitida, nos moldes da Lei n. 12.016/2009, em seu artigo 1º, §2º[1], a impetração do *writ* constitucional contra os atos de gestão comercial, praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

Logo, como por exemplo, é possível que o *mandamus* seja impetrado em face de atos praticados pelo diretor de uma universidade particular, ante a função pública por este exercida.

Por derradeiro, em razão do exposto no art. 37, §6º, da Lei Maior, o poder público se responsabiliza objetivamente por todos os atos praticados pelos agentes públicos, neste caso, considerados amplamente, sendo que, após o pagamento de eventual indenização que se entenda devida, é cabível a propositura de ação regressiva em face do sujeito, desde que reste demonstrada que sua participação no evento danoso se deu a título de dolo ou, ao menos, que ele agiu culposamente para a ocorrência do dano causado a outrem.

1.1 DA DIFERENÇA ENTRE AGENTE PÚBLICO E AUTORIDADE PÚBLICA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Como visto acima, os agentes públicos, considerados amplamente, podem figurar como autoridade coatora, para prestação de informações em Mandado de Segurança, a teor do disposto no art. 1º, § 1º, da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009 – a qual regula o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências -, a saber:

> Art. 1º [...]
>
> § 1º Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

Logo, o termo legal *autoridade coatora* pode ser entendido como sinônimo de autoridade pública, a qual é a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída, de forma legal.

Ademais, consoante apregoam Mário Lúcio Quintão Soares e Lailson Baeta Neves, ao diferir-se a autoridade pública do agente público, tem-se o seguinte quadro (SOARES; NEVES, 2019, p. 12):

> O que difere a autoridade pública do simples agente público é que o primeiro tem poder de decisão dentro de uma ordem hierárquica, ou seja, demonstra-se competente para praticar atos administrativos decisórios.
>
> Casos tais atos sejam praticados, com abuso ou de forma ilegal, dão azo à impetração do mandado de segurança. Por isso, segundo a doutrina, o agente público não responde por meros atos executórios.

Por ato de autoridade (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2010, p. 33), conclui-se que:

> Ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las.
> Por autoridade, entende-se a pessoa física investida de

> poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal. Deve-se distinguir autoridade pública do simples agente público. Aquela detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar atos administrativos decisórios, os quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança, quando ferem direito líquido e certo; este não pratica atos decisórios, mas simples atos executórios e, por isso, não está sujeito ao mandado de segurança, pois é apenas executor de ordem superior.

Com efeito, para fins de Mandado de Segurança, consideram-se autoridades públicas aquelas pessoas físicas investidas de poder de decisão dentro de sua esfera de competência atribuída por meio de lei. Também, podem ser classificados no mesmo sentido os administradores ou representantes de autarquias e de entidades paraestatais ou ainda pessoas naturais ou jurídicas, com funções delegadas ou enquanto concessionários de serviços de utilidade pública no que concerne a essas funções.

1.2 DA AUTORIDADE COATORA E DA LEGITIMIDADE PASSIVA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA

A Lei do Mandado de Segurança (Lei Federal n.º 12.016/2009) prescreve que o impetrante deverá, quando do ajuizamento do *writ* mandamental, integrar o polo passivo da relação processual não só com a autoridade coatora, mas, também, com a pessoa jurídica de direito público a qual esta se encontra vinculada, senão veja-se:

> Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

Igualmente, a referida lei reza que o juiz, ao despachar a inicial, deverá intimar o órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, bem como, ao final do processo, intimá-lo da decisão que conceder a segurança. Leia-se os seguintes preceitos:

> Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:
> II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;
>
> Art. 13. Concedido o mandado, o juiz transmitirá em ofício, por intermédio do oficial do juízo, ou pelo correio, mediante correspondência com aviso de recebimento, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada.

Consoante se infere, a nova lei mandamental tentou pôr fim a uma infindável controvérsia tanto na doutrina[2] como na jurisprudência[3] sobre o tema. E, nesse tanto, a parte final do precitado dispositivo legal, ao criar a obrigatoriedade de inclusão da pessoa jurídica de direito público, trouxe para a relação jurídica processual o real responsável pelo ato violador do direito líquido e certo do impetrante.

A corroborar tal assertiva, colhe-se o ensinamento de Rafael Véras de Freitas (FREITAS, 2015, p. 597):

> Isso se justifica porque o ente público é, sem dúvida, o titular da manifestação de vontade do servidor – neste caso, a da autoridade coatora impetrada –, bem como será o responsável por eventuais ônus patrimoniais decorrentes de condenações no feito.

Ademais, resta saber se o novo diploma fez surgir um litisconsórcio passivo necessário, ou seja, se se estipulou a obrigatoriedade de apresentação de contestação, ou se criou, tão-somente, a obrigatoriedade de uma intimação do representante fazendário para a participação no feito.

Ora, vê-se que não parece se tratar de um litisconsórcio passivo necessário, mas, sim, da obrigatoriedade de indicação da pessoa jurídica no polo passivo do mandado de segurança para fins de intimação, na medida em que a autoridade coatora encontra-se vinculada funcionalmente à pessoa jurídica de direito público.

Essa interpretação compatibiliza-se com a celeridade própria do rito mandamental, porquanto não seria razoável que a pessoa jurídica de direito público tivesse que ser citada para apresentar contestação. Contudo, deve tal

entidade se manifestar, quando da sentença de concessão da segurança, em observância à *mens legis* de manter-se a celeridade da ação mandamental.

Ainda, reforça o entendimento de que, no âmbito mandamental, até a prolação da sentença, a comunicação dos atos processuais deve ser feita à autoridade impetrada, que é quem detém a obrigação legal de prestar informações[4], e não à pessoa jurídica de direito público.

Todavia, segue-se a advertência de Rafael Véras de Freitas (FREITAS, 2015, p. 598):

> É evidente, pois, que, se antes de prolação da sentença de concessão da segurança, ficar evidenciada a atuação culposa ou dolosa da autoridade coatora no Mandado de Segurança, deverá a pessoa Jurídica de Direito Público intervir no processo, no estado em que se encontra, de forma a coibir eventuais ilegalidades já praticadas, tudo isso dentro do seu dever de autotuela (Súmula 473 do STF). Ora, se a pessoa jurídica de direito público será colocada no polo passivo da relação jurídica processual, é imprescindível que o seu órgão de representação jurisdicional seja intimado para atuar no feito, para defesa dos interesses secundários do Estado.
> Trata-se, em última análise, de um corolário do devido processo legal, notadamente nas vertentes do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da CRFB). Além disso, esta ciência prévia do ajuizamento do *writ,* certamente, contribuirá para o fortalecimento da atuação da Advocacia de Estado (artigo 131 e 132 da CFRB), como órgãos que devem exercer, na mesma medida, o controle da legalidade dos atos do Poder Público.

Além do mais, Carlos Alberto Garcete (GARCETE, 2010, p. 45) entende que a pessoa jurídica a que esteja a autoridade coatora (impetrada) vinculada é quem figura no polo passivo do remédio heroico, *verbis*:

> Nosso entendimento é no sentido de que a pessoa jurídica a que esteja a autoridade coatora (impetrada) vinculada é quem figura no polo passivo do remédio heroico. A sabendas, note-se – pelo procedimento adotado pela Lei Federal nº 12.016/2009 – que a atuação do coator se cinge

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> a prestar as informações necessárias ao esclarecimento do ato tido por viciado – porquanto é quem está mais bem preparado para relatar e explicitar o ocorrido – e a cumprir a ordem eventualmente determinada pelo juiz da causa.
>
> No mais, a pessoa jurídica a que esteja vinculado é quem se manterá no polo passivo, suportando todos os ônus e exercendo o devido processo legal, inclusive para interpor os recursos necessários. Além disso, será quem, em eventual ação (posterior) de indenização que decorra do reconhecimento judicial da ilegalidade do ato de autoridade, figurará no polo passivo e, em caso de procedência da pretensão, será condenada.
>
> Logo, não parece escorreito o entendimento de que a autoridade coatora deva ser considerada com a titular do polo passivo.

No mesmo trilho, Leonardo Carneiro da Cunha (CUNHA, 2014, p. 561) pontua que "a legitimidade passiva para o mandado de segurança é da pessoa jurídica a cujos quadros pertence a autoridade de quem emanou o ato impugnado".

Frise-se que esse posicionamento – o qual entende-se escorreito – está firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça[5].

Ora, a identificação da autoridade coatora é de suma importância, pois serve para definir a competência do juízo, além de precisar quem deve, especificamente, sofrer o comando judicial e cumpri-lo.

Outrossim, deve ser indicada como autoridade, no mandado de segurança, aquele agente público com competência para desfazer o ato atacado ou para cumprir a segurança. Neste passo, assim reza a Súmula 627 do STF[6].

Lado outro, não obstante a existência das regras contidas nos artigos 6º e 7º da Lei nº 12.016/2009, que determinam a indicação da pessoa jurídica com sua posterior intimação, tal situação não modifica o entendimento segundo o qual a legitimidade passiva para o mandado de segurança é da pessoa jurídica, cabendo à autoridade coatora apenas prestar informações e, em caso de concessão de segurança, cumprir a ordem impingida pelo órgão judicial.

Como diz Leonardo Carneiro da Cunha (CUNHA, 2014, p. 562) "A autoridade *presenta* a pessoa jurídica, prestando informações. Além disso, cumpre dar ciência à pessoa jurídica dos termos da demanda mandamental, a fim de que possa oferecer alguma manifestação tida como relevante".

Na verdade, a autoridade, no mandado de segurança, é a pessoa física presente em juízo, ou seja, ela, na linguagem de Pontes de Miranda, *presenta* a pessoa jurídica. Significa que a pessoa jurídica está no processo, desde o início, na pessoa da autoridade, cuja função é, apenas, prestar informações (DIDIER JR, 2002, p. 369-370).

2. DAS MEDIDAS COERCITIVAS DE ORDEM PATRIMONIAL PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O art. 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015, estabelece que o juiz poderá lançar mão de medidas indutivas e coercitivas, as quais são utilizadas basicamente para o cumprimento de ordens judiciais em decisões interlocutórias ou finais com natureza condenatória, mandamental ou executiva.

A princípio, tem-se que os provimentos declaratórios e constitutivos finais não necessitam de imposição de medidas indutivas ou coercitivas para seu cumprimento, sendo que a declaração positiva ou negativa bem como a constituição positiva ou negativa de uma relação jurídica esgotam, por si sós, o objeto da tutela jurisdicional, conforme escólio de Fabio Caldas de Araújo (ARAÚJO, 2016, p. 640).

As medidas indutivas podem estar previamente contidas no comando legal que preenche o suporte fático da decisão judicial. Tais medidas agregam à decisão judicial um incentivo ao cumprimento espontâneo do comando, inclusive com o fim de evitar medidas coercitivas pessoais e patrimoniais próprias da execução indireta ou, mesmo, a aplicação da técnica sub-rogatória, que revela a execução direta, citando-se, como exemplo, o disposto nos artigos 701, § 1º[7], e 827, § 1º[8], ambos do CPC (ARAÚJO, 2016, p. 642).

Por seu turno, as medidas coercitivas de ordem pessoal (prisão civil) ou patrimonial (multa diária = *astreintes*) podem ser concedidas na tutela provisória ou definitiva, no âmbito cognitivo, executivo ou cautelar.

Por oportuno, vale destacar que no Código de Processo Civil de 1973 não havia previsão expressa da aplicação de medidas coercitivas de ordem patrimonial para ações condenatórias cujo objeto fosse prestação pecuniária. Essa previsão foi consagrada pelo novo CPC, na parte final do art. 139, IV.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Já as ordens judiciais oriundas de ações condenatórias e mandamentais permitem a aplicação de medidas coercitivas de pressão (*moyen de pression*), representadas pelas *astreintes* e pela prisão civil.

Segundo Renato Montans de Sá (SÁ, 2019, p. 1128):

> [...] as peculiaridades do direito material, especialmente no tocante às tutelas específicas, em que se necessita muito mais de um "agir" do obrigado do que propriamente uma intervenção estatal na sua esfera patrimonial (execução direta por sub-rogação), levaram o legislador a permitir, em obrigações não representadas por dinheiro, medidas atípicas, ora estabelecidas de maneira genérica pela lei, ora desenvolvidas pelo próprio magistrado à luz das circunstâncias do caso concreto.

Tal atipicidade, outorgada pela lei, encontra-se prevista num microssistema compreendido pelos arts. 139, IV, 297, parágrafo único, 536, §§ 1º a 3º, e 537 do CPC, a saber:

> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
>
> [...]
>
> IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;
>
> Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.
>
> Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.
>
> Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado

prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

§ 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º , se houver necessidade de arrombamento.

§ 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º O valor da multa será devido ao exequente.

Como se extrai do comando legal, tem-se que as medidas coercitivas não visam à substituição do executado, mas à pressão para que cumpra com a determinação judicial. Além do mais, tais medidas assumem papel de relevo na execução indireta, sendo aplicadas como medidas de apoio ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

cumprimento da tutela específica (obrigações de fazer, não fazer e dar coisa), as quais não prescindem da participação do réu para a satisfação da ordem judicial.

Com efeito, como medidas coercitivas para o auxílio ao cumprimento de decisões judiciais na execução indireta, nosso sistema prevê medidas de coerção patrimonial ou pessoal. Como medida de coerção patrimonial é possível a fixação de multa diária (*astreintes*) em caso de descumprimento de ordem judicial, nos termos do disposto nos precitados artigos 139, IV, 536, § 1º e 537, todos do Código de Processo Civil de 2015.

2.1 DA MULTA DIÁRIA COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA

As *astreintes* (multa diária) não dependem de pedido da parte e poderão ser aplicadas de ofício pelo juiz, o qual, também, poderá disciplinar seu período de incidência, aumento ou diminuição. A multa pode ser aplicada na tutela provisória, na sentença e na fase de execução.

Nesse compasso, pode-se afirmar que, dentre as medidas coercitivas de apoio, certamente, a mais importante é a multa diária (*astreintes*). E, na linha do que defende Renato Montans de Sá (SÁ, 2019, p. 1139), conclui-se que:

> [...] a multa prevista no art. 537 do CPC/2015 não seja sancionatória, pois não visa apenar o devedor que não cumpriu a obrigação. Muito pelo contrário, para que se obtenha a tutela *in natura*, é fundamental que a multa não tenha função retrospectiva, mas prospectiva, pois o interesse é no cumprimento da obrigação e a multa tem a função de exercer essa coerção indireta sobre o obrigado, estimulando-o ao cumprimento.

N'outro passo, para a melhor compreensão sobre da estrutura da multa coercitiva, e a fim de evitar distorções na sua aplicação, é de vital importância cotejar a sua diferença com a multa indenizatória prevista no art. 77, incisos V e VI, e §§ 1º a 5º[9], do CPC/2015, a denominada *Contempt of Court,* consoante demonstrado por Renato Montans de Sá (SÁ, 2019, p. 1140):

Multa coercitiva (CPC, art. 537)	Multa sancionatória (CPC, art. 77)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Natureza meramente processual: objetiva efetivar uma decisão judicial	Natureza processual-administrativa: punição pelo descumprimento de uma ordem
Função constritiva (é prospectiva, pois visa impor uma conduta para o futuro)	Função punitiva (é retrospectiva, pois visa sancionar uma conduta ou omissão pretérita)
O valor é variável e periódico de acordo com o magistrado	O valor é fixo. As bases estão estabelecidas em lei
Não se limita ao valor da obrigação, podendo excedê-la	Não pode ultrapassar o valor da obrigação
Beneficiário da multa é a parte contrária	Beneficiário da multa é o Estado
"A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitindo o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte" (art. 537, § 3º, CPC/2015)	"Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97" (art. 77, § 3º, CPC/2015)

As *astreintes* representam um meio coercitivo de caráter patrimonial, destinado a pressionar a vontade do réu para que ele cumpra o mandamento jurisdicional, sujeitando-se então à multa diária, sendo também um mecanismo de preservação da autoridade do juiz, de modo a constranger o devedor a satisfazer a obrigação, ou seja, a cumprir a prestação devida pelo não cumprimento.

O valor da multa coercitiva deverá ser fixado pelo magistrado, buscando servir como mecanismo de pressão sobre a vontade do devedor, sempre

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

em montante razoável, adequado e apto a abalar o devedor na sua determinação de permanecer desatendendo a ordem judicial. A multa coercitiva tem o seu fato gerador no descumprimento do comando judicial pelo réu.

A multa coercitiva é desvinculada da obrigação principal, ou seja, é vinculada à ordem judicial com prazo, que não se cumpriu, incidindo a multa independentemente do resultado da ação, pois a multa não se fia necessariamente no direito do autor e sim no descumprimento da ordem judicial.

Por derradeiro, importa anotar que o sujeito passivo da multa é aquele que deve arcar com a prestação, isto é, o devedor inadimplente, seja a pessoa física ou jurídica executada no processo judicial, ao passo que o sujeito ativo – o beneficiário para o qual o valor da multa é revertido – é a parte contrária da demanda.

3. DA APLICAÇÃO DE MULTA COERCITIVA CONTRA AGENTE PÚBLICO EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA

Nesse particular, chega-se à questão versada no presente artigo, qual seja, se existe a possibilidade de, no âmbito do mandado de segurança, a multa coercitiva poder recair diretamente na pessoa física da própria autoridade coatora.

Ab initio, impende destacar a inexistência de controvérsia no Superior Tribunal de Justiça quanto à possibilidade de a imposição de multa diária (*astreinte*) incidir sobre o ente público a que vinculada a autoridade impetrada.

Exemplificativamente, no RMS 43.654/GO, 2ª Turma, Rel.ª Min.ª Assusete Magalhães, assinalou-se que:

> É possível o bloqueio de verba e a imposição de multa, com fundamento no art. 461, §§ 4º e 5º do Código de Processo Civil[10], para compelir o réu a cumprir obrigação de fazer ou não fazer, norma que o STJ tem aplicado subsidiariamente ao mandado de segurança (DJe 14/5/2014).

Semelhante entendimento também se encontra na decisão proferida no AgRg nos EDcl no RMS 41.734/GO, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 24/2/2014[11].

Por outro lado, no âmbito das ações civis públicas, cumpre registrar que a Corte Superior de Justiça hospeda julgados contrários à imposição

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de *astreintes* ao agente público que, por não ser réu na relação processual, não teve assegurada a ampla defesa (p.ex.: REsp 1.433.805/CE, 1ª Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 24/6/2014, REsp 1.315.719/SE, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18/9/2013 e AgRg no AREsp 196.946/SE, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 16/5/2013).

Todavia, quando se cuida da ação constitucional do mandado de segurança – regulada pela Lei nº 12.016/09 -, por se tratar de procedimento especialíssimo, as coisas tomam um rumo diferente. Ou seja, apercebe-se que a autoridade coatora, embora não figure como parte material ou formal, participa ativamente da relação jurídico-processual, incumbindo-lhe, para além de prestar as informações, dar efetivo cumprimento às decisões proferidas pelo juízo.

E, na linha do que consignado no art. 14, § 2º, da Lei nº 12.016/09[12], pode-se afirmar que a autoridade impetrada, por sua relevante atuação processual, ganha contornos de parte *sui generis* ***[13]***, pois a ela foi estendido o direito de recorrer.

Ademais, diante do caráter constitucional do qual se reveste o *writ of mandamus* (CF, art. 5º, LXIX[14] e LXX[15]), resta justificada a possibilidade de o magistrado impor medidas coercitivas – dentre elas, a *astreinte* - ao agente coator que, de forma injustificada, omissa e/ou recalcitrante, cause embaraço ou se recuse a dar cumprimento às decisões judiciais proferidas no curso do *mandamus*.

Igualmente, vê-se que o artigo 26, da Lei nº 12.016/09, diz constituir crime de desobediência (Código Penal, art. 330) o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079/50 (crimes de responsabilidade), quando cabíveis.

Nesse sentido, José Henrique Mouta Araújo (MOUTA ARAÚJO, 2019, p. 326) assim se manifesta:

> Logo, a autoridade coatora, mesmo não sendo *parte* no mandado de segurança, pode estar sujeita a uma ordem judicial e, em decorrência do descumprimento, será atingida pela multa, responsabilidade criminal por crime de desobediência (art. 26, da Lei 12.016/09), e as demais medidas atípicas previstas no CPC/15. A rigor, não há qualquer impedimento para aplicação do art. 139, IV, do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> CPC, no âmbito do mandado de segurança. (destaque no original)

Com efeito, denota-se que a autoridade coatora recalcitrante, ao sujeitar-se a esse plexo de reprimendas, também revela aptidão para atrair, até mesmo cumulativamente, a responsabilidade pessoal pelo pagamento de multa diária que lhe seja aplicada com esteio nos artigos 139, IV, 536, § 1º e 537, todos do Código de Processo Civil de 2015.

A corroborar tal assertiva, há autores que defendem que o não atendimento da ordem judicial, nas causas em que o Estado seja parte, decorre da vontade desviante do agente público que o representa, justificando-se, por isso, o apenamento do próprio gestor.

Nessa toada, anota Jorge de Oliveira Vargas (VARGAS, 2001, p. 125) que:

> [...] a desobediência injustificada de uma ordem judicial é um ato pessoal e desrespeitoso do administrador público; não está ele, em assim se comportando, agindo em nome do órgão estatal, mas sim, em nome próprio, porque o órgão, como parte que é da administração pública em geral, não pode deixar de cumprir determinação judicial, pois se assim agir, estará agindo contra a própria ordem constitucional, que o criou, ensejando inclusive a intervenção federal ou estadual, conforme o caso; seria a rebeldia da parte contra o todo. Quando a parte se rebela contra o todo, ela, a parte, deixa de pertencer àquele.

Igualmente, elucida Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, 2004, p. 662) que:

> [...] não há cabimento na multa recair sobre o patrimônio da pessoa jurídica, se a vontade responsável pelo não-cumprimento da decisão é exteriorizada por determinado agente público. Se a pessoa jurídica exterioriza sua vontade por meio da autoridade pública, é lógico que a multa somente pode lograr o seu objetivo se for imposta diretamente ao agente capaz de dar atendimento à decisão jurisdicional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Uma vez mais, leia-se o que diz a respeito do tema José Henrique Mouta Araújo (MOUTA ARAÚJO, 2019, p. 330):

> Como conclusão, é fácil perceber que o correto direcionamento, por parte do magistrado, da penalidade de desobediência de ordem judicial no mandado de segurança, faz com que a decisão judicial tenha maior estímulo para ser cumprida. Logo, se a multa (e as demais medidas atípicas do art. 139, IV, do CPC) for dirigida à autoridade e não ao ente público, alcançará mais facilmente seu caráter educativo-sancionador, fazendo com que as ordens judiciais sejam efetivadas dentre de um limite temporal razoável e necessário à garantia do direito líquido e certo discutido no *writ of mandamus*.

Ainda, os autores Aylton Bonomo Júnior e Hermes Zaneti Júnior (BONOMO JR; ZANETI JR, 2019, p. 285) asseveram que:

> O meio mais usual na prática forense para pressionar o devedor a cumprir a ordem judicial é a fixação de multa diária (*astreinte*) em caso de descumprimento da ordem no prazo assinalado judicialmente, com fundamento no art. 537 do CPC, a recair, por se tratar de mandado de segurança, sobre a autoridade pública (e não o ente público), sendo que o valor da multa será revertido em favor do exequente (art. 537, § 2º, do CPC).

No mesmo tom, o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido de que, na ação de mandado de segurança, como a pessoa jurídica exterioriza a sua vontade no processo por meio da autoridade pública, que é notificada pessoalmente para prestar informações e para cumprimento da ordem concessiva, a multa coercitiva (*astreinte*) seja imposta em face da autoridade pública.

Nesse sentido, colaciona-se os seguintes julgados:

> PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA À PRÓPRIA AUTORIDADE COATORA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 461, §§ 4º e 5º DO CPC. RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DESPROVIDO.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1. É pacífica, no STJ, a possibilidade de aplicação, em mandado de segurança, da multa diária ou por tempo de atraso prevista no art.

461, §§ 4º e 5º do CPC. Precedentes.

2. Inexiste óbice, por outro lado, a que as *astreintes* possam também recair sobre a autoridade coatora recalcitrante que, sem justo motivo, cause embaraço ou deixe de dar cumprimento a decisão judicial proferida no curso da ação mandamental.

3. Parte sui generis na ação de segurança, a autoridade impetrada, que se revele refratária ao cumprimento dos comandos judiciais nela exarados, sujeita-se, não apenas às reprimendas da Lei nº 12.016/09 (art. 26), mas também aos mecanismos punitivos e coercitivos elencados no Código de Processo Civil (hipóteses dos arts. 14 e 461, §§ 4º e 5º).

4. Como refere a doutrina, "a desobediência injustificada de uma ordem judicial é um ato pessoal e desrespeitoso do administrador público; não está ele, em assim se comportando, agindo em nome do órgão estatal, mas sim, em nome próprio" (VARGAS, Jorge de Oliveira.

As conseqüências da desobediência da ordem do juiz cível. Curitiba: Juruá, 2001, p. 125), por isso que, se "a pessoa jurídica exterioriza a sua vontade por meio da autoridade pública, é lógico que a multa somente pode lograr o seu objetivo se for imposta diretamente ao agente capaz de dar atendimento à decisão jurisdicional" (MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2004, p. 662).

5. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1399842/ES, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 03/02/2015)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PRESTAÇÃO DE MEDICAMENTO. ASTREINTES. POSSIBILIDADE.

1. É possível a fixação de *astreintes* em mandado de segurança, inexistindo óbice à sua imposição sobre a autoridade coatora se esta, sem justo motivo, causar embaraço ou deixar de cumprir a obrigação de fazer. Precedentes.

2. Na hipótese, a insurgência limita-se apenas ao cabimento da medida nessa ação. Por isso, deverá a instância inferior avaliar sua necessidade e a configuração dos requisitos legais.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1703807/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 20/08/2018)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ASTREINTES. AGENTE POLÍTICO QUE FOI PARTE NO POLO PASSIVO DA AÇÃO, BEM COMO TEVE SUA RESPONSABILIDADE PESSOAL ATESTADA NA ORIGEM. CABIMENTO DA MULTA DIÁRIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVO TIDO COMO VIOLADO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF, APLICÁVEIS POR ANALOGIA. COISA JULGADA. PRETENSÃO DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA.

1. O ora agravante, à época Secretário de Estado da Administração e dos Recursos Humanos do Governo do Rio Grande do Norte, foi condenado, ante sua responsabilidade pessoal, pela Corte de origem ao pagamento de *astreintes* devido ao não cumprimento imediato de determinação judicial no bojo de mandado de segurança do qual ele foi, efetivamente, parte impetrada.

2. A matéria não analisada no julgado a quo cujo debate não foi suscitado pela oposição de embargos declaratórios

naquela instância encontra óbice nas Súmulas 282 e 356 do STF, aplicáveis por analogia.

3. As *astreintes* podem ser direcionadas pessoalmente às autoridades ou aos agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais, em particular quando eles foram parte na ação.

Precedentes: AgRg no AREsp 472.750/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 9/6/2014; e REsp 1.111.562/RN, Rel.

Min.

CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 18/9/2009.

4. O reexame de violação da coisa julgada implica nova análise do acervo fático-probatório, sendo obstado pela Súmula 7/STJ.

5. A divergência jurisprudencial é incognoscível quando o caso não apresenta similitude com as situações fáticas descritas nos paradigmas colacionados.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1388716/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 30/10/2014)

EMENTA PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REVISÃO DE PENSÃO. DEFERIMENTO DE LIMINAR. MULTA DIÁRIA DIRECIONADA À AUTORIDADE IMPETRADA. POSSIBILIDADE.

1. A questão nos autos indaga saber se pode a multa cominatória ser direcionada ao agente público que figura como impetrado na ação mandamental.

2. Segundo o Tribunal de origem, "a imposição da multa pessoal cominada ao Presidente do RIOPREVIDENCIA, vez que em consonância com o parágrafo único do art. 14 do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> CPC, [...] tem por finalidade reprimir embaraços a efetivação do provimento judicial".
>
> 3. A cominação de *astreintes* pode ser direcionada não apenas ao ente estatal, mas também pessoalmente às autoridades ou aos agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais. (Precedente: REsp 1111562/RN, da relatoria do Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, publicado em 18/09/2009).
>
> 4. Agravo regimental não provido.
>
> (AgRg no ARESP 472.750/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 03/06/2014, DJe 9.6.2014).

Alessandro Dantas, Leonardo Garcia e Roberval Rocha, em obra alusiva ao mandado de segurança (DANTAS; GARCIA; ROCHA, 2019, p. 524-5), ao tratarem do tema em exame, manifestam-se no mesmo sentido, *verbis*:

> "Basicamente, a situação é a seguinte: definir que é a pessoa jurídica que deve arcar com os custos da incidência da multa é tomá-la inútil como meio efetivo de coerção, visto que a mesma somente poderá se reverter negativamente contra o Estado muito tempo depois, talvez valendo até a pena para o Poder Público descumprir o que o Judiciário determinar (caso faça um juízo de valor estritamente relacionado ao benefício econômico em não respeitar o comando decisório do Estado-juiz).
>
> **No mesmo sentido**: A efetividade da sanção pecuniária, como forma de garantir a efetividade da decisão mandamental, será muito maior caso seja o patrimônio da pessoa física aquele acionado se a mesma incidir (ou seja, em caso de descumprimento). Qualquer um pensará duas vezes antes de assumir um risco ao seu próprio patrimônio, desrespeitando provimento jurisdicional". (KLIPPEL, Rodrigo e NEFFA JUNIOR, José Antônio. Comentários à lei de mandado de segurança. (Lei nº 12.016/09): Artigo por artigo, doutrina e jurisprudência, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 390).
>
> **Multa devida pela pessoa física. Mais eficaz.**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> "Quem pratica o ato omissivo ou comissivo de desrespeitar a decisão judicial assume um risco pessoal e não institucional, devendo, pois, ter sua esfera particular sancionada. Embora seja realmente difícil separar quais atitudes de um administrador são tomadas em caráter pessoal ou institucional, a própria teoria geral do estado impõe-nos um raciocínio de que, no caso em tela, a motivação seria particular e, portanto, os efeitos deletérios dela advindos devem ser arcados pelo patrimônio da pessoa." (KLIPPEL, Rodrigo e NEFFA JUNIOR, José Antônio. Comentários à lei de mandado de segurança. (Lei nº 12.016/09): Artigo por artigo, doutrina e jurisprudência, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 390).
>
> [grifos no original]

Com efeito, diante do rito especialíssimo de que se reveste a ação constitucional de mandado de segurança, tendo em conta que a pessoa jurídica é *presentada* em juízo pela autoridade impetrada/coatora, bem assim diante do disposto nos artigos 139, IV, 536, § 1º e 537, todos do Código de Processo Civil de 2015, e do que reza o art. 26, da Lei nº 12.016/09, pode-se concluir ser plenamente possível a aplicação de multa coercitiva (*astreintes*) diretamente em face do agente público, e não em desfavor da pessoa jurídica, em casos nos quais reste manifesta a desídia, omissão ou recalcitrância daquela autoridade pública em cumprir a ordem judicial contra si dirigida, sob pena de a própria sociedade ser apenada por um ato comissivo ou omissivo perpetrado do qual não deu causa diretamente, posto que advindo do agente público que a representa.

Ademais, tem-se que a aplicação de tal medida ocasionará um efeito altamente pedagógico, ou seja, a autoridade coatora que presenta a pessoa jurídica em juízo, em sede de *mandamus*, pensará duas vezes antes de descumprir uma ordem judicial emanada em seu desfavor, de modo a que o erário reste protegido e indene de responsabilização, sobretudo em casos patentes de evidente recalcitrância infundada e injustificada do agente público.

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, assevera-se que as *astreintes* (multa diária como medida coercitiva) podem, sim, ser aplicadas diretamente em desfavor do agente público em sede de mandado de segurança,

na condição de autoridade coatora, se esta, de maneira recalcitrante, imotivada, injustificada ou embaraçosa, deixar de cumprir a decisão judicial contra si dirigida.

Resta demonstrado que, no caso do mandado de segurança, regulado pela Lei n.º 12.016/2009, tem-se que a autoridade coatora, embora não figure como parte material ou formal, participa ativamente da relação jurídico-processual, incumbindo-lhe, para além de prestar as informações, dar efetivo cumprimento às decisões proferidas pelo juízo da causa.

Torna-se lícito, então, afirmar que a autoridade impetrada, por sua relevante atuação processual, ganha contornos, quando menos, de parte *sui generis*, a ponto de a vigente Lei nº 12.016/09, de modo expresso, prever que a ela se estende "o direito de recorrer" (art. 14, § 2º).

Por outro viés, a dignidade constitucional de que se reveste o *mandamus* (art. 5º, LXIX e LXX, da CF) justifica e legitima o conjunto de medidas sancionatórias imponíveis ao indigitado agente coator que, de forma injustificada, cause embaraço ou se recuse a dar cumprimento às decisões judiciais proferidas no curso do *writ*.

Para tanto, cabe destacar as consequências contempladas no art. 26 da Lei nº 12.016/09, que diz constituir crime de desobediência o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079/50 (crimes de responsabilidade).

Certamente, então, que a autoridade coatora recalcitrante, sujeitando-se a esse plexo de reprimendas, também revela aptidão para atrair, até mesmo cumulativamente, a responsabilidade pessoal pelo pagamento de multa diária que lhe seja aplicada com apoio nos artigos 139, IV, 536, § 1º, 537 e 538, todos do Código de Processo Civil de 2015.

Por derradeiro, com fulcro na doutrina *suso* mencionada, igualmente estribado na atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e na precitada legislação aplicável à matéria em exame, arremata-se que o não atendimento da ordem judicial, nas causas em que o Estado seja parte, decorre da vontade desviante do agente público que o representa, justificando-se, por corolário lógico, o apenamento da própria autoridade coatora ou impetrada, a qual integra e presenta a pessoa jurídica na ação constitucional de mandado de segurança, mormente pelo efeito pedagógico de tal medida e como forma de salvaguardar o interesse e os cofres públicos de um ato omisso ou comissivo do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

qual a sociedade não deu causa diretamente, sendo que o valor da multa será revertido em favor do exequente (CPC, art. 537, § 2º).

Concomitantemente, em caso de descumprimento de ordem judicial no prazo fixado pelo Juízo, afigura-se também possível, de forma cumulativa, a cominação de multa de até o percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, por ato atentatório à dignidade da Justiça (sistema jurídico positivo brasileiro de instituto similar ao *contempt of court* norte-americano), com fincas no art. 77, inciso IV, e § 2º, do diploma processual civil, a recair pessoalmente sobre o agente *responsável* pela prática do ato (e não a pessoa jurídica parte)[16], sendo que o valor da multa será revertido em favor do fundo da justiça (CPC, art. 77, § 3º).

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Fabio Caldas de. **Curso de processo civil**: parte geral – atualizado com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Mandado de Segurança**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

BONOMO JÚNIOR, Aylton; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Mandado de Segurança individual e coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2019.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2014.

DANTAS, Alessandro; GARCIA, Leonardo; ROCHA, Roberval (Organiz.) **Mandado de Segurança**. Salvador: JusPodivm, 2019.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. Malheiros: São Paulo, 2008.

DIDIER JR., Fredie. Natureza Jurídica das Informações da Autoridade Coatora no Mandado de Segurança. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança**. São Paulo: RT, 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

FREITAS. Rafael Véras de. Aspectos de Direito Público na nova lei de Mandado de Segurança. *In*: GUERRA, Sérgio; FERREIRA JUNIOR, Celso Rodrigues (Coord.). **Direito administrativo**: estudos em homenagem ao professor Marcos Juruena Villela Souto. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 589-607.

GARCETE, Carlos Alberto. **A nova lei do mandado de segurança** (de acordo com a Lei Federal nº 12.016, de 7.8.2009). Rio de Janeiro: GZ, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004.

MEIRELES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e ações constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

REMÉDIO, José Antonio. **Mandado de Segurança individual e coletivo**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SÁ, Renato Montans de. **Manual de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SOARES, Mário Lúcio Quintão; NEVES, Lailson Baeta. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

VARGAS, JORGE DE OLIVEIRA. **As conseqüências da desobediência da ordem do juiz cível**. Curitiba: Juruá, 2001.

---

[1] Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

[...]

§ 2º Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[2] De um lado, Hely Lopes Meirelles já afirmava que: Por autoridade entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída. (MEIRELES, Hely Lopes. Mandado de Segurança 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 33); de outro, José Antonio Remédio traz a seguinte ponderação: sujeito passivo, por outro lado, é o ente que irá suportar os efeitos da decisão judicial procedente. (REMÉDIO, José Antonio. Mandado de Segurança individual e coletivo. São Paulo: Saraiva, 2002, p.260)

[3] Toda esta celeuma pode ser resumida no seguinte excerto da lavra do Superior Tribunal de Justiça:
PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA. PESSOA JURÍDICA.
1. A doutrina e a jurisprudência não são pacíficas quanto à possibilidade de a pessoa jurídica ser parte legítima para figurar no pólo passivo da ação mandamental. 2. Parte da doutrina considera que o mandado de segurança deve ser impetrado não contra o ente público, mas sim contra a autoridade administrativa que tenha poderes e meios para a correção da ilegalidade apontada. Outra parte, enveredando por caminho totalmente oposto, afirma que a legitimidade passiva é da pessoa jurídica e não da autoridade administrativa. 3. Não é possível reclamar da parte o conhecimento da complexa estrutura da Administração Pública, de forma a precisar quem será a pessoa investida de competência para corrigir o ato coator. 4. A pessoa jurídica de direito público a suportar os ônus da sentença proferida em mandado de segurança é parte legítima para figurar no pólo passivo do feito, por ter interesse direto na causa. 5. Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp 547235 / RJ RECURSO ESPECIAL2003/0048934-0)

[4] REsp nº 1051886 / RS RECURSO ESPECIAL 2008/0089537-4.

[5] REsp. nº 647.409-MA, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux. Por unanimidade. J. em 7.12.2004: "Em sede de *mandamus* a parte é a entidade pública a que pertence a autoridade coatora, de regra, carente de *legitimatio ad processum*, tese que reforça a necessidade de intimação da pessoa de direito público para recorrer e apresentar contra-razões, máxime à luz da novel Carta Federal, que privilegia sob a fórmula pétrea a ampla defesa, o contraditório e o *due processo of law*. '1. A parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a que se vincula a autoridade apontada como coatora. Os efeitos da sentença se operam em relação à pessoa jurídica de direito público, e não à autoridade. 2. A opção legislativa, com a finalidade de manter a celeridade da ação mandamental, limita-se a determinar a notificação para informações e à comunicação da sentença (Lei nº 1.533/51, arts. 7º e 11). Todavia, apresentado recurso pela impetrante, a intimação, para contra-

razões, deve ser feita ao representante judicial da própria pessoa jurídica' (REsp. nº 619.461/RS, Relator Ministro Teori Zavascki). 3. Precedentes jurisprudenciais desta Corte: REsp. nº 619.461/RS, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 06.09.2004 e ROMS nº 14.176, Ministro Félix Fischer, DJ 12.08.2002. 4. Recurso especial provido para anular o acórdão recorrido, determinando a intimação do Estado do Maranhão para oferecer contra-razões ao recurso de apelação interposto pela empresa impetrante".

[6] No mandado de segurança contra a nomeação de magistrado da competência do Presidente da República, este é considerado autoridade coatora, ainda que o fundamento da impetração seja nulidade ocorrida em fase anterior do procedimento.

[7] Art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.

§ 1º O réu será isento do pagamento de custas processuais se cumprir o mandado no prazo.

[8] Art. 827. Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios de dez por cento, a serem pagos pelo executado.

§ 1º No caso de integral pagamento no prazo de 3 (três) dias, o valor dos honorários advocatícios será reduzido pela metade.

[9] Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

[...]

V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

§ 3 º Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97 .

§ 4º A multa estabelecida no § 2º poderá ser fixada independentemente da incidência das previstas nos arts. 523, § 1º , e 536, § 1º .

§ 5º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa prevista no § 2º poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

[10] O artigo 461, do CPC/1973 corresponde aos atuais artigos 497, 536, 537 e 538, do Código de Processo Civil de 2015.

[11] Demais julgados da Corte Superior de Justiça nos quais é defendido o cabimento da multa coercitiva diretamente para a Fazenda Pública, não obstante o ato de desobediência advir de falta de conduta de um de seus agentes:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. TRATAMENTO DE SAÚDE E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A NECESSITADO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FAZENDA PÚBLICA. INADIMPLEMENTO. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA.

ASTREINTES. INCIDÊNCIA DO MEIO DE COERÇÃO.

1. Ação Ordinária c/c pedido de tutela antecipada ajuizada em face do Estado objetivando o fornecimento de medicamento de uso contínuo e urgente a paciente portadora de cirrose biliar primária.

2. A função das *astreintes* é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação e incide a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância.

3. *In casu*, consoante se infere dos autos, trata-se obrigação de fazer, consubstanciada no fornecimento de medicamento a pessoa portadora de cirrose biliar primária, cuja imposição das *astreintes* objetiva assegurar o cumprimento da decisão judicial e conseqüentemente resguardar o direito à saúde.

4. "Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública." (AGRGRESP 189.108/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 02.04.2001).

5. Precedentes jurisprudenciais do STJ: RESP 490228/RS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 31.05.2004; AGRGRESP 440686/RS, Felix Fischer, DJ de 16.12.2002; AGRESP 554776/SP, Relator Ministro Paulo Medina, DJ de 06.10.2003; AgRgREsp 189.108/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 02.04.2001 e AgRgAg 334.301/SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 05.02.2001.

6. Recurso especial provido.

(REsp 715.974/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 28/11/2005, p. 217)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. ASTREINTES.

APLICAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. CABIMENTO. EXTENSÃO DA MULTA DIÁRIA AOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO.

IMPOSSIBILIDADE.

1. Conforme jurisprudência firmada no âmbito desta Corte, a previsão de multa cominatória ao devedor na execução imediata destina-se, de igual modo, à Fazenda Pública. Precedentes.

2. A extensão ao agente político de sanção coercitiva aplicada à Fazenda Pública, ainda que revestida do motivado escopo de dar efetivo cumprimento à ordem mandamental, está despida de juridicidade.

3. As autoridades coatoras que atuaram no mandado de segurança como substitutos processuais não são parte na execução, a qual dirige-se à pessoa jurídica de direito público interno.

4. A norma que prevê a adoção da multa como medida necessária à efetividade do título judicial restringe-se ao réu, como se observa do § 4º do art. 461 do Códex Instrumental.

5. Recurso especial provido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

(REsp 747.371/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 26/04/2010)

[12] Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

[...].

§ 2º Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer.

[13] Essa afirmação foi dada pelo Ministro Sérgio Kukina, do STJ, ao proferir seu voto, como relator, no julgamento do REsp nº 1.399.842/ES, Primeira Turma, Julgamento: 25/11/2014, DJe: 03/02/2015.

[14] Art. 5º.

[...]

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

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

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

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

[16] A multa por ato atentatório à dignidade da justiça, diferentemente da multa cominatória prevista no art. 537 do CPC, recai sobre o" responsável" da prática do ato, segundo redação legal do art. 77, § 2º, CPC, de modo a possibilitar, independentemente da espécie de ação, que seja imposta pessoalmente ao agente público responsável pelo ato. Sobre essa diferenciação: STJ, REsp 679.048/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03/11/2005; STFJ, REsp 666.008/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 17/02/2005.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O FALHO SISTEMA DE EXECUÇÃO PENAL E OS EFEITOS DAS MAZELAS DA PRISÃO NOS AGENTES PENITENCIÁRIOS

RUBEN MAURO LUCCHI RODRIGUES: Advogado. Mestre em Segurança Pública pela Universidade Vila Velha. Pós-graduado em Direito Processual Penal pela Faculdade Damásio. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio. Graduado em Direito pela Universidade Vila Velha.

Resumo: O sistema penitenciário passou por diversas transformações, sendo que na antiguidade não existia a pena do encarceramento que somente surgiu em meados do séc. XVIII. Em que pese, a ilusória sensação de que o encarceramento é uma forma eficaz de punição do delinquente, constata-se que, na verdade, o aprisionamento é falho pois não observa os preceitos básicos de dignidade do preso, não cumprindo, assim com o seu papel ressocializador. Neste contexto, apesar de apresentar-se como diretamente atingido o apenado, ainda se destaca a figura do agente penitenciário que ainda que não esteja cumprindo pena, posto que não é criminoso, sofre todas as mazelas deste sistema prisional falho.

Palavras-chave: Sistema Penitenciário. Prisão. Ressocialização. Agente Penitenciário.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 A ORIGEM DO SISTEMA PRISIONAL. 2 A CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NO BRASIL E A INEFICAZ RESSOCIALIZAÇÃO. 3. AGENTES PENITENCIÁRIOS: O TRABALHO NO CÁRCERE. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo demonstrar a crise no sistema penitenciário do Brasil que não vem cumprindo com seu papel na ressocialização das pessoas presas. Conclui-se que o aprisionamento é falho, pois não observa os preceitos básicos de dignidade do preso, não cumprindo, assim com o seu papel ressocializador, se tornando uma forma ineficaz de punição do delinquente, uma vez que o detento volta para a sociedade pior do que antes.

Observa-se que a Lei nº 7.210, de 1984, lei que rege a Execução Penal, muitas das vezes não é respeitada, e os presos acabam cumprindo pena em um estabelecimento degradado, superlota e sem condições humanas adequadas.

Outro aspecto a ser abordado, será o trabalho dos agentes penitenciários no cárcere,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que ainda que não estejam cumprindo pena, posto que não são criminosos, acabam sofrendo todas as mazelas deste sistema prisional falho.

1. A ORIGEM DO SISTEMA PRISIONAL

O sistema penitenciário teve sua origem na Antiguidade, quando o encarceramento tinha fins preservativos do acusado até o seu julgamento e execução. A Execução estava baseada na pena de morte ou nas penas corporais, através dos suplícios dos condenados, sendo a prisão o lugar onde os acusados ficavam à espera do julgamento, ou seja, era o lugar de custódia, que precedia a execução da pena (FOUCAULT, 1999). Na visão de Bitencourt (2004, p. 460):

> Até fins do século XVIII a prisão serviu somente à contenção e guarda de réus para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados. Recorria-se, durante esse longo período histórico, fundamentalmente, a pena de morte, às penas corporais (mutilações e açoites) e às infamantes.

Com o passar dos anos, com a crise do sistema feudal e o aumento das desigualdades econômicas, que acarretaram no aumento da criminalidade local, não mais interessava ao sistema executar seus condenados, e é, neste momento que se buscou a criação das prisões. Segundo Foucault "A prisão é menos recente do que se diz quando se faz datar seu nascimento dos novos códigos. A forma prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais" (1999, p. 195).

A prisão foi criada com o objetivo de recuperar o delinquente, evitar o cometimento de novos crimes e a reincidência, através do trabalho e disciplina destes. A prisão é "a forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como a pena por excelência" (FOUCAULT, 1999, p. 195).

Deste modo, "[...] no fim do século XVIII e princípio do século XIX se dá a passagem a uma penalidade de detenção, é verdade; era coisa nova. Mas era na verdade abertura da penalidade a mecanismos de coerção já elaborados em outros lugares" (FOUCAULT, 1999, p. 195). Dentre os modelos de sistema penitenciários que existiram com visão de humanização das penas, surgiram três, quais sejam: filadélfico, alburniano e inglês ou progressivo.

O sistema penitenciário filadélfico, belga ou celular foi criado na Pensilvânia, EUA, na penitenciária de Walnut Street Jail, no início do século XIX. Este sistema tinha o objetivo de manter o condenado em confinamento e em total silêncio, sem direito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a visita nem trabalho para que se dedicassem a instrução escolástica, a oração e a leitura da bíblia.

> Este sistema também conhecido por *Solitary system*, mantinha o condenado isolado sem ter o direito de receber visitas e de trabalhar, já que era necessário que os presos poupassem energias e dedicassem seu tempo a instrução escolástica e aos serviços religiosos. Eram raros os passeios isolados pelo pátio da penitenciária e a leitura da Bíblia, o que para eles era como se fosse uma forma de arrependimento. (MITIURA, AMARAL, 2009, p. 2-3).

Nesse isolamento absoluto, não se pede a requalificação do criminoso ao exercício de uma lei comum, mas à relação do indivíduo com sua própria consciência e com aquilo que pode iluminá-lo de dentro (FOUCAULT, 1999). Em complementação Damásio de Jesus ensina que, "utiliza-se o isolamento celular absoluto, com passeio isolado do sentenciado em um pátio circular, sem trabalho ou visitas, incentivando-se a leitura da bíblia" (2004, p. 249).

Esse modelo foi adotado também na Bélgica, Alemanha e Inglaterra e se baseava no silêncio e no isolamento dos condenados, sendo duramente criticado por não apresentar resultados na ressocialização dos indivíduos. Segundo Bitencourt (2000, p. 94), esse sistema "já não se trataria de um sistema penitenciário criado para melhorar as prisões e conseguir a recuperação do delinquente, mas de um eficiente instrumento de dominação servindo, por sua vez, como modelo para outro tipo de relações sociais". Ou seja, ao invés de aprontar o preso para voltar ao convívio social fazia o efeito contrário.

O sistema alburniano, por sua vez, surgiu também no início do século XIX, nos EUA, e tinha como característica principal ter duração de menos de cinquenta anos. Para Damásio de Jesus "sua origem prende-se a construção da penitenciária na cidade de Auburn, do Estado de New York, 1818, sendo seu diretor Elam Lynds" (2004, p.250). Ficou conhecido como *Silent System*, em que era menos rigoroso do que o sistema anterior, pois o preso tinha o direito de trabalhar durante o dia, permanecendo em silêncio absoluto e, durante a noite, regressava para o isolamento da cela individual (GRECO, 2010).

Veja que a distinção entre o sistema filadélfico para o alburniano era a questão do isolamento do preso, pois naquele o preso ficava completamente isolado durante todo o dia, e neste o preso poderia trabalhar em comum durante o dia e ficava isolado somente a noite.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Já o sistema inglês ou progressivo *(mark system)*, idealizado por Alexander Maconochie, na Austrália, em Norfolk, constituiu-se em um programa de recompensas por trabalho e boa conduta durante o internamento do apenado, em um sistema de metas a atingir para obter a liberdade, cujo sistema era proporcional à gravidade do crime cometido (ALVES, 2009). De acordo com Bitencourt esse sistema "significou, inquestionavelmente, um avanço penitenciário considerável. Ao contrário dos regimes auburniano e filadélfico, deu importância à própria vontade do recluso, além de diminuir significativamente o rigorismo na aplicação da pena privativa de liberdade" (2004, p.104). Ainda, na visão do autor um dos aspectos mais importante deste sistema é o fato de autorizar a volta do preso à sociedade antes do prazo, isto é, antes de completar todo o tempo da condenação.

Segundo, ainda, Foucault:

> O sistema progressivo aplicado em Genebra desde 1825 foi muitas vezes reclamado na França. Sob a forma, por exemplo, dos três setores: o de prova para a generalidade dos detentos, o setor de punição e o setor de recompensa para os que estão no caminho da melhora. Ou sob a forma das quatro fases: período de intimidação (privação de trabalho e de qualquer relação interior ou exterior); período de trabalho (isolamento mas trabalho que depois da fase de ociosidade forçada seria acolhido como um benefício); regime de moralização ("conferências" mais ou menos freqüentes com os diretores e os visitantes oficiais); período de trabalho em comum (1999, p.274).

Ou seja, o próprio apenado administrava, com trabalho e bom comportamento, a possibilidade de antecipar sua liberdade, proporcionalmente à pena imposta pelo delito cometido.

Este sistema progressivo criado por Walter Crofton, diretor de penitenciária na Irlanda em 1854, funcionava do seguinte modo, conforme menciona Gilberto Ferreira:

> (...) os nove primeiros meses eram de isolamento celular. Depois passava para um segundo estágio, em que trabalhava em obras públicas e progredia, conforme o merecimento, por cinco classes até chegar a uma terceira fase, na qual trabalhava sem supervisão e sem vigilância (1998, p. 34).

Assim, convém ressaltar que, dentre os modelos de sistema penitenciários que existiram, o sistema progressivo foi o que inspirou a maioria dos sistemas penitenciários, inclusive o brasileiro, o qual se fincou na ideia da pena inicialmente determinada, na qual a duração dependia do comportamento do detento, ou seja, na medida em que ia trabalhando em colônia penal agrícola, recebia remição, que diminuía sua permanência na prisão.

2. A CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NO BRASIL E A INEFICAZ RESSOCIALIZAÇÃO

A reforma penal, através da implementação da Lei de Execução Penal, não adotou integralmente o sistema de Crofton. Porém, o Brasil adotou um sistema próprio progressivo, onde qualquer que seja o regime ou o local onde a pena será cumprida, o trabalho do preso é obrigatório e, nesse sentido, o artigo 28 da Lei de Execução prevê:

> Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.
>
> § 1º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene.
>
> § 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL,2019).

O trabalho do preso é remunerado, prevendo o artigo 29 da Lei de Execução Penal que a remuneração não poderá ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo, no qual o produto destina-se a atender os requisitos impostos por esta lei. Ainda no parágrafo 2º, do artigo supracitado, fica estabelecido que parte do valor auferido deverá ser depositado na caderneta de poupança, *in verbis*:

> Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante tabela prévia, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.
>
> § 1° O produto da remunerag8o pelo trabalho deverá atender:
>
> a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e mo reparados por outros meios;
>
> b) à assistência à família;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> c) a pequenas despesas pessoais;
>
> d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em propor a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas tetras anteriores.
>
> § 2° Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em cadernetas de poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade. (BRASIL, 2015).

Não obstante a finalidade da pena e da criação do sistema penitenciário, o Brasil tem sofrido uma crise neste sistema, pois conforme levantamento nacional de informações penitenciárias (INFOPEN) de junho de 2016, o sistema prisional brasileiro possui 726.712 detentos, apresentando um déficit de vagas de 358.663, este número so tende a crescer, uma vez que o Brasil de 1990 a 2016 teve um aumento de 707% (BRASIL, 2017); e atualmente ocupa a 3º colocação no mundo, atrás apenas dos Estados Unidos e China.

Diante dessa crise, doutrinadores argumentam que a prisão está muito distante de atingir o seu ideal, ou seja, a prisão não reeduca e nem evita a reincidência do crime praticado. Sobre o assunto aduz Alessandro Baratta que:

> Antes de tudo, esta relação é uma relação entre quem exclui (sociedade) e quem é excluído (preso). Toda técnica pedagógica de reinserção do detido choca contra a natureza mesma desta relação de exclusão. Não se pode, ao mesmo tempo, excluir e incluir. Em segundo lugar, o cárcere reflete, sobretudo nas características negativas, a sociedade. As relações sociais e de poder da subcultura carcerária têm uma série de características que a distinguem da sociedade externa, e que dependem da particular função do universo carcerário, mas na sua estrutura mais elementar elas não são mais do que a ampliação, em forma menos mistificada e mais 'pura', das características típicas da sociedade capitalista: são relações sociais baseadas no egoísmo e na violência ilegal, no interior das quais os indivíduos socialmente mais débeis são constrangidos a papéis de submissão e de exploração. Antes de falar de educação e de reinserção é necessário, portanto, fazer um exame do sistema de valores e dos modelos de comportamento presentes na sociedade em que se quer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> inserir o preso. Um tal exame não pode senão levar à conclusão, pensamos, de que a verdadeira reeducação deveria começar pela sociedade, antes que pelo condenado: antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo, assim, a raiz do mecanismo de exclusão (BARATTA, 2013, p. 186).

Conforme discorrido, a pena de prisão tem por objetivo resguardar a sociedade contra o crime e recuperar o apenado. Contudo, para a obtenção desses objetivos, durante o processo de detenção, se faz necessário um mínimo de condições básicas que tenham seus instrumentos baseados nos Direitos Humanos, de tal modo que o apenado seja socializado para, enfim, ser reinserido na sociedade. Não só isso, mas é necessário também modificar a sociedade para o recebimento dessas pessoas que ao saírem ficam estigmatizadas.

Porém, apesar do artigo 5°, inciso XLIX da Constituição Federal declarar que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral e o artigo 38 do Código Penal estabelecer que devem conservar todos os direitos do preso não atingidos pela perda da liberdade, com respeito total à sua integridade física, a realidade tem demonstrado que seus direitos não são cumpridos, nem respeitados, pois atualmente o sistema penitenciário tem enfrentado diversos problemas, como por exemplo, a superlotação das selas e as constantes fugas e rebeliões. Sobre o assunto Nucci,

> na prática, no entanto, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante à privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto (2015, p. 942).

A superlotação tem sido um dos grandes indícios do descaso e do descumprimento das leis que regem o nosso país, conforme se pode observar ao analisar o artigo 85 da Lei de Execução Penal, *in verbis:*

> Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.
>
> Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades. (BRASIL, 2015).

A superlotação, por si só já pode ser vista como atestado de fracasso do sistema penal, e cumulado a isto revela-se o problema dos presos provisórios, que acabam sendo esquecidos e ficando mais tempo na prisão do que estabelecido, passando, assim, sua pena de caráter transitório à definitiva, sem falar da falta de segurança efetiva dentro dos presídios, pois o número de agentes penitenciários é desproporcional ao número dos detentos e o outro problema é a falta de condições mínimas de higiene e conforto. Segundo Baratta (2013, p. 183):

> [...] A 'comunidade carcerária' e a 'subcultura' dos modernos institutos de detenção se apresentam à luz destas investigações como dominadas por fatores que, até agora, em balanço realísticos, têm tornado vã toda tentativa de realizar tarefas de socialização e de reinserção através destas instituições [...].

Gilberto Ferreira (1998) entende que a prisão tem em si o seu próprio fim, já que o erro consiste em si mesmo. Nesse diapasão, sobre a falência do sistema carcerário para ressocialização do preso, Gilberto cita Evandro Lins e Silva, que afirma:

> A prisão é de fato uma monstruosa opção. O cativeiro das cadeias perpetua-se ante a insensibilidade da maioria, como uma forma ancestral de castigo. Para recuperar, para ressocializar, como sonharam os nossos antepassados? Positivamente jamais se viu alguém sair de um cárcere melhor do que entrou. E o estigma da prisão? Quem dá trabalho ao indivíduo que cumpriu pena por crime considerado grave? Os egressos do cárcere estão sujeitos a uma outra terrível condenação: o desemprego. Pior que tudo, são atirados a uma obrigatória marginalização. Legalmente, dentro dos padrões convencionais não podem viver ou sobrevive r. A sociedade que nos enclausurou, sob o pretexto hipócrita de reinseri-los depois em seu seio, repudia-os, repele-os, rejeita-os. Deixa, ai sim, de haver alternativa, o ex-condenado só tem uma solução: incorporar-se ao crime organizado (1998, p. 35).

Assim, é previsível que a superlotação carcerária gere, por si, vários problemas que irão inviabilizar a obtenção dos objetivos previstos pela lei que comina a pena

privativa de liberdade. No entanto, no momento, os cárceres constituem um mal necessário.

Entretanto, deve-se dar maior atenção à pessoa presa, respeitando seus direitos e garantias definidos em lei, buscando na pena privativa de liberdade a recuperação do condenado e a sua reintegração social, conforme prevê o artigo 1º da Lei de Execução Penal, pois caso contrário, afirma Foucault (1999) que as prisões podem majorar o número da porcentagem de criminalidade, provocado pelo índice de reincidência.

Por fim, nesse sentido, convém descrever parte da opinião de Michel Foucault:

> A prisão fabrica também delinquentes impondo aos detentos limitações violentas; ela se destina a aplicar as leis, e a ensinar o respeito por elas; ora, todo o seu funcionamento se desenrola no sentido do abuso de poder. Arbitrário da administração: o sentimento de justiça que um prisioneiro experimenta é uma das causas que mais podem tornar indomável seu caráter. Quando se vê assim exposto a sofrimentos que a lei não ordenou nem mesmo previu, ele entra num estado habitual de cólera contra tudo o que o cerca; só vê os carrascos em todos os agentes da autoridade: não pensa mais em ter sido culpado; acusa a própria justiça (1999, p. 222).

A afirmação acima demonstra a realidade da pena de prisão, não aquela esperada, de caráter reeducador e ressocializador, os quais encontramos no plano teórico, mas sim as verdadeiras consequências do atual cárcere que forma delinquentes cada vez mais profissionais.

3. AGENTES PENITENCIÁRIOS: O TRABALHO NO CÁRCERE

Neste cenário, encontram-se os agentes penitenciários, maiores atingidos pois apesar de não serem delinquentes estão, da mesma forma que estes, inseridos dentro de um sistema carcerário brasileiro, sombrio, sujo, pesado, superlotado, e esquecido pela sociedade, onde se encontram aqueles indivíduos que a coletividade muitas vezes rejeita.

Nota-se, portanto, que o trabalho de segurança no cárcere não é nada fácil, tendo em vista que esses trabalhadores têm contato direto e contínuo com uma massa carcerária afoita e sofrida pelas condições degradantes. Esse trabalho é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

desempenhado pelos agente penitenciários, que possuem a função de vigiar, zelar, punir, reeducar e observar os dispositivos legais.

Vemos dois extremos: o Estado que visa e exige a ressocialização do preso para demonstrar uma política social eficaz, evitando a reincidência, e do outro lado estão os agentes penitenciários com a difícil missão de impor a disciplina punindo e ao mesmo tempo ressocializar. Apesar de exercerem um trabalho difícil, essa categoria não é valorizada no meio da Segurança Pública como deveria, tão pouco pela sociedade, sendo muitas vezes confundidos e comparados aos presos.

Uma rotulação comum que se dá ao agente prisional é de que eles são: bárbaros, desumanos, impiedosos, sem um mínimo de sensibilidade para exercer a função que lhes foi confiada, com baixo nível cultural. Segundo Mirabete,

> O baixo nível cultural dos guardas prisionais e a ausência de critérios seletivos têm criado grande vulnerabilidade no sistema penitenciário. Por isso, é indispensável que se exija uma vocação para tais funções, uma preparação profissional adequada e uma seleção que exclua o candidato que não tem bons antecedentes (1990, p.230).

Sobre o assunto, Lopes (2002) relata em sua pesquisa feita em presídios de São Paulo que embora passe o tempo, os agentes penitenciários trazem a marca da fama de carrascos, batedores, torturadores. Nesse mesmo sentido, Lourenço (2010), que fez um estudo com os Agentes Penitenciários de Belo Horizonte, constatou que os trabalhadores do cárcere sofrem impactos do encarceramento intramuros e extramuros, pois além de serem afetados psicologicamente pelo trabalho constante com uma massa carcerária afoita e perversa, são desprestigiados pela sociedade.

Ao contrário *sensu* o que se pode observar, hodiernamente, é que os agentes penitenciários têm evoluído profissionalmente, tem sido capacitado, passando por diversas fases preparatórias para cumprirem com suas funções. Todavia, a falta de estrutura e material que é causada por inobservância estatal, compele os servidores penitenciários a negarem direitos intrínsecos aos apenados.

Vale destacar, ainda, que não é só o preso que é privado de seus direitos, mas também os próprios agentes são afetados, pois sofrem pelo trabalho no cárcere, com as influências insalubres do ambiente carcerário, sujeito aos efeitos da prisionalização, se tornando verdadeiras vítimas do sistema prisional. Segundo Baratta (2013, p. 184-185), prisionalização "[...] trata-se da assunção das atitudes,

dos modelos de comportamento, dos valores característicos da subcultura carcerária".

Fica visível o encontro do descumprimento dos direitos inerentes ao preso e dos direitos inerentes ao agente penitenciário, de forma que o servidor em tela deveria prestar fielmente e na medida do possível os deveres que são destinados aos apenados elencados na Lei de Execução Penal, todavia muitas das vezes não são ofertados meios pelo Estado para o exercício de seu *múnus*. Segundo um estudo feito por Rumin (2006), o trabalho no cárcere gera impactos significativos na saúde psíquica dos Agentes penitenciários. O autor relata que além de terem contato direto com presos, os Agentes possuem péssimas condições de trabalho.

Os agentes penitenciários se sentem desestimulados no exercício da função que lhe são confiados, pois seus próprios direitos não são observados, sendo sujeitados a ameaças, mau humor, críticas e rebaixamento social que são sempre potencializados pela grande carga de serviço e pela imensa responsabilidade de cuidar e vigiar um ser humano em reabilitação.

Assim, vê-se que tais servidores atuam inteiramente na condução da execução penal e são penalizados com os efeitos significativos que o exercício de suas funções provoca, influenciando suas vivências diárias, suas intimidações, seus reflexos, ou seja, sua vida social e psíquica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história nos relata que o sistema penal passou por diversas transformações, sendo que alguns doutrinadores chamam estes acontecimentos de: evolução da execução da pena, todavia, se tomarmos o sentido dicionarizado da palavra evoluir, chegaremos a conclusão de que, na realidade, não se pode dizer que o sistema penal evoluiu, isto porque evolução seria se ele visivelmente tivesse melhorado, apresentado resultados de crescimento significativo.

O que vemos, atualmente, é que, apesar do afastamento das execuções cruéis, não estamos muito distantes das punições nas quais não eram assegurados nenhum direito aos criminosos, isto porque apesar de termos leis prevendo diversos direitos aos apenados estas garantias não são concretizadas pelo sistema prisional.

A ressocialização ainda que prevista legalmente como objetivo principal do cárcere não é efetiva no seio da sociedade brasileira, uma vez que o exorbitante aumento da população carcerária cumulado com as péssimas acomodações e higiene dos acusados torna as prisões verdadeiras escolas do crime.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Estas questões apesar de atingirem diretamente o apenado, refletem indiretamente suas consequências no agente penitenciário que não tem como cumprir sua função pública ante a falta de guarida estatal que não disponibiliza meios necessários para que o trabalhador exerça seu papel ressocializador.

Fazendo com que este fique com a imagem manchada perante a sociedade que o considera como um carrasco, o desprezando em razão do trabalho que exerce, gerando assim consequências inefáveis na vida pessoal do próprio Agente penitenciário que se sente desvalorizado perante a sociedade, tendo ainda que conviver com delinquentes que estão longe de serem reabilitados ante a falha estatal, e além disso sofrem os efeitos da prisionização.

REFERÊCIAS

ALVES, João Paulo de Souza. **Dos sistemas penitenciários**. Artigo. 2009. Disponível em: <http://jusacademico.hd1.com.br/Jus/artigos/docvisit_031.htm>. Acesso em: 23 out. 2019.

BRASIL. Lei n° 7.210, de 11 de Julho de 1984. –**Institui a Lei de Execução Penal**. Brasília: D.O.U. de 13 Jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 23/11/2019.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** - Junho de 2016. Brasília (DF), 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016>. Acesso em: 29 de dez. de 2017.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal:** introdução à sociologia do direito penal. 6° ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** 20. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 8. ed. Rio de Janeiro: 1989.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

JESUS, Damásio de. *Manual de Direito Penal Volume I*. São Paulo : Atlas, 2004

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral.** 12 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

MITIURA, Viviane Kimie; AMARAL, Marilda Ruiz Andrade. As penas privativas de liberdade. **ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA**; Vol. 5, n° 5 (2009). Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/resvista/index.php/ETIC/article/view/2061>. Acesso em: 23 out. 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 5º ed. São Paulo: Atlas, 1990.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LOPES, Rosalice. **Psicologia jurídica o cotidiano da violência**: o trabalho do agente de segurança penitenciária nas instituições prisionais. Revista de la Unión Latinoamericana de Psicología. Psicologia para América Latina, p. 0-0, 2002.

LOURENÇO, Luiz Claudio. **Batendo a tranca**: Impactos do encarceramento em agentes penitenciários da Região Metropolitana de Belo Horizonte. Dilemas, Rev. de Estud. Conflito Controle Soc, v. 3, n. 10, p. 11-31, 2010.

RUMIN, Cassiano Ricardo. **Sofrimento na vigilância prisional**: o trabalho e a atenção em saúde mental. Psicol. cienc. prof., Brasília, v.26, n.4, p.570-581, Dec. 2006. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932006000400005&lng=en&nrm=iso>. access on 20 May 2015. http://dx.doi.org/10.1590/S1414-98932006000400005.

www.conteudojuridico.com.br

A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO DO RECURSO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

MAURO BRITO DA COSTA:
Acadêmico de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

LILIANE DE MOURA BORGES[1]

(Orientadora)

RESUMO: Este artigo tem por objetivo analisar os principais problemas decorrentes das relações de consumo, em especial nos casos em que o fornecedor não cumpre o seu dever em prestar um serviço de qualidade, ocasionando um dano para o consumidor que perde tempo do seu dia para solucionar os defeitos deste atendimento. Eis que, surge a aplicação da teoria do desvio produtivo, como instrumento de proteção aos direitos dos consumidores. O presente estudo aborda a natureza indenizatória quando há a ofensa aos preceitos constitucionais relacionados ao descumprimento dos direitos dos consumidores quanto ao tempo dispendido para solucionar o problema com o fornecedor. Através de pesquisa de vasto acervo literário, pretende-se estabelecer os conceitos, consequências e meios de punições nas relações de consumo retratadas pelos doutrinadores e pela jurisprudência atual, quando o consumidor passa parte de seu tempo tentando solucionar o seu problema junto à empresa. O trabalho traz, ainda, reflexões sobre o posicionamento do Poder Judiciário de que deve haver punição pelos danos sofridos pelo consumidor, em razão deste desgaste de tempo, com o intuito de coibir práticas irregulares na conduta, atendimento ou prestação de serviço do fornecedor. Trata-se de uma pesquisa qualitativa com base no método dedutivo de leitura e interpretação de artigos científicos, doutrinas jurídicas, jurisprudência, legislação correlata e outras fontes bibliográficas.

PALAVRA CHAVE: Teoria do desvio produtivo; Relações de Consumo; Indenização pelo Dano.

ABSTRACT: This article aims to analyze the main problems arising from consumer relations, especially in cases where the supplier does not fulfill his duty to provide a quality service, causing harm to the consumer who wastes time of his day to solve the problems. defects of this service. Thus, the application of the theory of productive diversion emerges as an instrument

to protect the rights of consumers. The present study addresses the indemnity nature and the duty to compensate when there is an offense against constitutional precepts related to non-compliance with consumer rights regarding the time taken to resolve the problem with the supplier. Through research of a vast literary collection, we intend to establish the concepts, consequences and means of punishment in the consumer relations portrayed by the indoctrinators and current jurisprudence, when the consumer spends part of his time trying to solve his problem with the company. It brings reflections on the position of the Judiciary that there should be punishment for damages suffered by consumers, due to this time wasting, in order to curb irregular practices in the conduct, service or provision of the supplier. This is a qualitative research based on the deductive method of reading and interpreting scientific articles, legal doctrines, jurisprudence, related legislation and other bibliographic sources.

KEYWORDS: Theory of Productive Deviation; Consumer Relations; Damage Compensation.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Noções acerca da Teoria do Desvio Produtivo na Legislação Consumerista. 3. Da Ineficiência do Atendimento do Fornecedor. 4. Reconhecimento Jurisprudencial do Dever de Indenizar o tempo útil perdido pelo Consumidor. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A relação de consumo teve seus primeiros elementos identificados no antigo Egito. Os egípcios, por questões estéticas e de saúde, cultivavam o hábito de pintar o próprio corpo com alguns tipos de maquiagem (tintas, pós, etc.), com isso já era possível verificar a existência de concorrência entre os fabricantes de referidos produtos, estabelecendo-se, então, uma competição entre esses fornecedores, no sentido de oferecer produtos com maior qualidade, em razão das exigências dos respectivos consumidores.

É possível afirmar, portanto, que a chamada relação consumerista, atualmente consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor, existe desde a antiguidade e está pautada no princípio da boa-fé objetiva.

Este princípio visa defender a pessoa vulnerável na relação de consumo, qual seja o consumidor, e tem por objetivo reparar as irregularidades e os danos praticados pelo fornecedor, decorrente de defeitos oriundos de ineficiência na prestação de serviços ou de vícios nos produtos.

A proteção ao consumidor, no ordenamento jurídico brasileiro, foi uma novidade trazida pela Constituição de 1988, haja vista que no rol de direitos fundamentais elencados no art. 5º, está esculpido no inciso XXXII, a seguinte previsão: "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".

Neste contexto de defesa de direitos, tem-se que é inadmissível que o consumidor perca seu tempo, que já é escasso, para tentar resolver problemas decorrentes dos produtos e serviços concebidos exatamente com o objetivo de lhe poupar tempo e de facilitar-lhe a rotina.

O presente estudo demonstra que o consumidor, ao longo do tempo, sofreu com a falta de proteção de seus direitos em ter uma prestação de serviço com qualidade pelo fornecedor. E em decorrência desta fragilidade surgiu a teoria do desvio produtivo aplicado às relações de consumo, trazendo como jurisprudência, a condenação do fornecedor ao pagamento de indenização, pelo não cumprimento do dever de prestar um bom atendimento, e ressarcir o consumidor pelo tempo despendido do seu dia, para resolver os defeitos deste serviço ineficiente.

2. NOÇÕES ACERCA DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO NA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA

É correto dizer que o Código de Defesa do Consumidor é uma lei principiológica, pois utiliza princípios gerais cujo objetivo maior é o de abranger todas as situações envolvendo o consumo.

É, portanto, um microssistema de cláusulas abertas que possui dispositivos meramente exemplificativos, dando margem interpretativa ao julgador quando da apreciação de ações cujo objeto é afeto às suas disposições.

Isto porque, o consumidor é a parte mais frágil (tendo vulnerabilidade econômica, técnica e jurídica) de uma relação de consumo, haja vista que a empresa fornecedora de produtos ou prestadora de serviços, possui o controle da relação ao determinar preço, prazo de entrega ou término do serviço contratado (na maioria das vezes sem possibilidade de negociação dos termos contratados por parte do consumidor). Sendo assim, o Código de Defesa do Consumidor tem como principal objetivo trazer equilíbrio nestas relações consumeristas, mesmo quando houver anuência e assinatura prévia entre as partes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Uma vez detectada desigualdade de ônus e bônus em desfavor do consumidor por ser a parte vulnerável, o Código deve ser acionado para restabelecer o equilíbrio.

Insta frisar que, com o avanço tecnológico e o surgimento de novas frentes de trabalhos, a vida em sociedade tornou-se cada vez mais movimentada e caótica. É comum em meio à vida profissional, pessoal e social investirmos algum tempo para resolvermos problemas do cotidiano, como comprar e contratar produtos e serviços, respectivamente.

Neste escopo de vida agitada do homem moderno, surge o seguinte questionamento: quais os danos causados por uma relação de consumo, em que é tirado o tempo precioso do consumidor para a solução de um simples problema que vai além do limite do que é justo? Neste sentido, a jurisprudência tem aceitado a perda de tempo involuntária como ato indenizatório para o consumidor, tratando esse novo conceito da chamada Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor.

O surgimento da teoria do desvio produtivo do consumidor trouxe um grande avanço ao direito do consumidor, pois seu objetivo maior é a eficácia quanto à aplicação da penalidade por danos morais, causado pelo inadimplemento do fornecedor que se eximir do cumprimento de sua obrigação de reparação do prejuízo de um bem ou serviço que o consumidor adquiriu de forma voluntária.

Segundo Dessaune (2017, p. 47-48), a legislação consumerista estabelece parâmetros que devem ser seguidos pelo fornecedor que, se não cumpridos, geram o dever de indenizar os danos ocasionados:

> Mesmo que o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) preconize que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo devam ter padrões adequados de qualidade, de segurança, de durabilidade e de desempenho – para que sejam úteis e não causem riscos ou danos ao consumidor – e também proíba, por outro lado, quaisquer práticas abusivas.

O ilustre doutrinador Dessaune (2017, p. 47-48), também exemplifica situações constrangedoras para o consumidor, ao afirmar que:

> Ainda são 'normais' em nosso País situações nocivas como:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> - Enfrentar uma fila demorada na agência bancária em que, dos 10 guichês existentes, só há dois ou três abertos para atendimento ao público;
>
> - Ter que retornar à loja (quando ao se é direcionado à assistência técnica autorizada ou ao fabricante) para reclamar de um produto eletroeletrônico que já apresenta problema alguns dias ou semanas depois de comprado;
>
> - Ter a obrigação de chegar com a devida antecedência ao aeroporto e depois descobrir que precisará ficar uma, duas, três, quatro horas aguardando desconfortavelmente pelo voo que está atrasado, algumas vezes até dentro do avião – cansado, com calor e com fome – sem obter da empresa responsável informações precisas sobre o problema, tampouco a assistência material que a ela compete.

Também neste sentido, Garcia *apud* Guglinski (2016), esclarece que:

> Outra forma interessante de indenização por dano moral que tem sido admitida pela jurisprudência é a indenização pela perda do tempo livre do consumidor. Muitas situações do cotidiano nos trazem a sensação de perda de tempo: o tempo em que ficamos "presos" no trânsito; o tempo para cancelar a contratação que não mais nos interessa; o tempo para cancelar a cobrança indevida do cartão de crédito; a espera de atendimento em consultórios médicos etc. A maioria dessas situações, desde que não cause outros danos, deve ser tolerada, uma vez que faz parte da vida em sociedade.

A indenização pela perda do tempo livre trata de situações intoleráveis, em que há negligência e desrespeito aos consumidores, que muitas vezes se veem obrigados a sair de sua rotina e perder seu tempo de lazer, para solucionar problemas causados por atos ilícitos ou condutas abusivas dos fornecedores.

Nota-se, nesse particular, um claro desrespeito ao consumidor, que geralmente é bem atendido no momento da contratação, mas, quando busca o atendimento para resolver qualquer situação controversa, é obrigado, injustificadamente, a perder seu tempo livre.

É evidente que o tempo privado pertence à própria pessoa, de modo que esta pode utilizá-lo como queira, sendo seu direito a escolha de como irá usufruí-lo. Logo, no caso do desvio produtivo, o que se busca restituir é o tempo "roubado" por terceiros.

3. DA INEFICIÊNCIA DO ATENDIMENTO DO FORNECEDOR

O art. 4º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que o fornecedor deve criar mecanismos para soluções alternativas de conflitos e estabelecer controles eficientes de qualidade de produtos e serviços, conforme se depreende abaixo:

> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...)
>
> V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo...

Considerando referidos preceitos, Dessaune (2017, p. 62) afirma que:

> (...) o fornecedor deve oferecer as seguintes utilidades no mercado, por intermédio do seu produto final: a satisfação das necessidades, desejos e expectativas do consumidor; preservação dos recursos naturais de uso comum, paralelamente à minimização dos impactos ambientais negativos decorrentes da atuação dele (fornecedor); promoção do bem-estar do consumidor, contribuição para existência digna do consumidor; maximização qualitativa das utilidades individuais que já oferece.

Ocorre que, na prática, o que se verifica é um distanciamento desses preceitos, visto que situações constrangedoras, vexatórias e desproporcionais, estão no cotidiano do consumidor, tais como:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

- esperar em pé, por horas, na fila de instituições bancárias, tendo em vista que, para contenção de gastos, foi reduzido drasticamente o número de funcionário para atendimento ao público;

- realizar inúmeras ligações para as operadoras de telefonia móvel, com a perda de horas do seu dia, para requerer alguma providência ou cancelar algum tipo de serviço, entretanto, sem obter êxito nas chamadas;

- por diversas vezes ter que se deslocar até as agências autorizadas, apenas para solucionar defeito ou vício de um produto ou serviço recentemente adquirido;

- ser vítima do "jogo de empurra" dos atendentes e operadores de serviços de internet, no nítido intuito de ganhar tempo e evitar o cancelamento do serviço, para que chegue a próxima fatura, etc.

Com base nessas situações, a doutrina e a jurisprudência estabeleceu que a deficiência na prestação do atendimento, pode ser uma prática intencional, com o nítido intuito de exploração abusiva do consumidor. Tal prática foi objeto de matéria-denúncia veiculada ao G1 Minas Gerais, cenário esse descrito por Dessaune (2017, p. 81):

> A comprovação da intenção maliciosa desse tipo de conduta danosa, envolvendo especificamente operadoras de telefonia, veio à tona em uma matéria-denúncia veiculada em 06-10-2011 pelo jornal Bom Dia Brasil, da TV Globo Minas, sob o título 'Atendentes de telemarketing relatam técnicas para tentar enganar clientes'. De acordo com a reportagem disponível no portal G1 Minas Gerais, tais 'técnicas para enganar clientes' são estabelecidas pelas próprias empresas de telefonia denunciadas, que as ensinam aos atendentes de telemarketing e deles cobram resultados por intermédio dos seus chefes imediatos.

Cumpre destacar ainda, que a prática de mau atendimento também é comum na fase pré-contatual ou extracontratual, havendo, inclusive, vedação expressa de tais práticas abusivas, no rol previsto no art. 39, III, [2]do CDC, restando evidente que referidas condutas divergem dos critérios de boa-fé objetiva, estabelecida no art. 4º, III, também do CDC[3].

Afora isso, no tocante ao atendimento ao público, o Poder Judiciário é conhecedor dos problemas enfrentados pelo consumidor, vez que as situações não

resolvidas são objeto de ações judiciais, que para Domingues e Brasilino (2018, p. 11):

> É certo que grande parte das ações advindas de relações de consumo são oriundas do mau atendimento. É o que se depreende do levantamento feito pelo O Globo, o qual indica que dos 90 milhões de processos em que são discutidas questões de consumo, cerca de 40 milhões dizem respeito ao setor bancário e de telefonia, sendo a ineficiência dos serviços e o mau atendimento ao cliente (call centers SACs) os principais motivos que impulsionaram os consumidores a ingressarem com as ações.

Diante desses fatos, o fornecedor comete práticas abusivas, quando esquiva-se de resolver o problema em seus produtos ou serviços, oportunizando ao consumidor apenas duas escolhas: (i) assumir o prejuízo; (ii) tentar solucionar, ele mesmo, a situação lesiva, custando seu tempo útil e livre nessa opção. O que significa ligações intermináveis para os Serviços de Atendimento ao Cliente, inúmeras mensagens de e-mails não respondidas, peregrinação por órgão administrativo (PROCON) ou Judicial.

Logo, restando ao consumidor valer-se do pronunciamento do Poder Judiciário nessas situações abusivas, que coloca o consumidor em situação extremamente vulnerável e prejudicial, conforme será analisado no capítulo seguinte.

4. RECONHECIMENTO JURISPRUDENCIAL DO DEVER DE INDENIZAR O TEMPO PERDIDO PELO CONSUMIDOR

É inegável, no contexto contemporâneo, a importância do tempo na vida das pessoas, trazendo discussões sobre o fato de que ninguém está autorizado a usurpá-lo sem a autorização de seu real titular, e, por consequência, deveria ser tratado como um bem a ser protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo estudiosos, o tempo pode ser dividido em duas perspectivas: (i) da sua utilidade; e (ii) do seu uso livre, sendo que sua diferenciação pode ser esclarecida nas palavras de Guglinski (2015, p. 9):

> Sob o ângulo da utilidade, demanda-se a disponibilidade de tempo para a execução de variadas tarefas do cotidiano, para o cumprimento de obrigações e para o trabalho. Pode-se dizer que é um tempo "vinculado", cujo emprego já estaria

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> predeterminado, planejado; seu detentor já sabe, de antemão, para qual finalidade o tempo será utilizado. Considerando o significado da palavra "útil", pode-se dizer que o tempo útil é aquele por meio do qual se busca uma vantagem ou a satisfação de uma necessidade. Na linguagem laboral, o dia útil é aquele reservado para o trabalho (observe-se que o dia é unidade de medida de tempo). (...) Assim, pode ser considerado tempo útil aquele consumido nas tarefas rotineiras como cozinhar, lavar e passar a roupa, limpar a casa, fazer compras, levar os filhos à escola, levar o carro à oficina, ir ao banco pagar contas e realizar transações, trabalhar etc. Por outro lado, o tempo livre seria aquele dedicado a se fazer o que se quer, sem vínculos ou predeterminações. É o tempo que não está ligado a tarefas ou obrigações.

Inicialmente, os Tribunais tinham o entendimento de que o tempo injustamente perdido pelo consumidor (seja útil ou livre), em decorrência de condutas abusivas dos fornecedores, não tinha preço, ou seja, não deveria ser um bem a ser tutelado pelo Direito, aplicando, neste caso, o entendimento de que a espera em filas de banco, nos atendimentos de *call-center*, entre outras situações, seriam apenas "mero aborrecimento" cotidiano.

Entretanto, em razão das inúmeras ações judiciais, pelos mesmos motivos (frisa-se: ineficiência do serviço do fornecedor somado a perda de tempo do consumidor, para solucionar o problema), evidenciou aos Magistrados a ocorrência da teoria do desvio produtivo, quebrando a tese defensiva de "mero aborrecimento", para amplas discussões acerca do valor indenizatório com o intuito de reprimir tais práticas.

Neste contexto, a primeira decisão aplicando a nova tese, veio do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, sob a seguinte fundamentação:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – VÍCIO DO PRODUTO - Máquina de lavar – Aquisição em decorrência de a consumidora ser portadora de 04 (quatro) hérnias discais extrusas e, por orientação médica, foi privada de realizar esforços físicos – Inúmeras tentativas de resolução do problema que restaram infrutíferas – Tentativa de resolução por intermédio do processo administrativo junto ao Procon, onde avençou-se acordo que não foi cumprido pelo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> fornecedor – Nítida ocorrência do "Venire contra factum proprium" - Fixação de cláusula penal – Dano material que não se confunde com o dano moral - Tempo demasiado sem o uso do referido produto – Desídia e falta de respeito para com o consumidor – Tempo perdido do consumidor para tentativa de solução do infortúnio, que acarreta dano indenizável – Inteligência da tese do Desvio Produtivo do Consumidor. Danos morais. Configurados. Afronta à dignidade da pessoa humana. Caso dos autos que não se confunde comum "mero aborrecimento" do cotidiano. Indenização fixada em R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Sentença de improcedência reformada. Recurso provido. (TJSP, AP 0007852-15.2010.8.26.0038, Rel. Fábio Podestá, 5ª Câmara de Direito Privado, DJ 13/11/2013)

Seguindo esta mesma linha, outros Tribunais Estaduais, tais como TJPR[4], TJRS[5] e o TJRJ[6], adotaram a teoria do desvio produtivo, para condenar os fornecedores ao pagamento de indenização por danos morais, pelo tempo útil/livre perdido, proporcionando um avanço por parte do Poder Judiciário na defesa e interesses do consumidor brasileiro.

Não se pode olvidar, portanto, que o tempo é um bem jurídico precioso para o ser humano, devendo ser protegido, uma vez que está atrelado à dignidade da pessoa humana, consoante disposto no art. 1º, III, da Nossa Magna Carta[7], em especial, no tema em debate, a liberdade do consumidor de modo geral (DOMINUES; BRASILINO, 2018, p. 6).

Há de se considerar ainda, que muitos doutrinadores entendem que o desvio produtivo resulta em ofensa aos direitos da personalidade do consumidor, e por este motivo, classificam a natureza do prejuízo sofrido como dano moral (ou extrapatrimonial ou imaterial), previsto no art. 5º, V e X, da Constituição Federal (CRF/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: (...)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...)
>
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação...

Sobre esse tema, Tartuce (2016, p. 409) salienta que:

> A tese pela reparabilidade dos danos imateriais tornou-se pacífica com a Constituição Federal de 1988. Antes disso, era tido como impossível aceitar a reparação do dano moral, eis que doutrina e jurisprudência tinham dificuldades na visualização de sua determinação e quantificação. Com a Constituição Federal de 1988 houve uma grande evolução quando tema, que até mergulhou em outros âmbitos.

No tocante à caracterização do dano moral a ser aplicado no presente problema, o entendimento jurisprudencial dominante, era de que o consumidor/ofendido experimentava sentimentos desagradáveis, tais como: frustação, intranquilidade, angústia, irritação, etc., de modo que sobreditos sentimentos, tradicionalmente, estariam ligados à ofensa dos direitos da personalidade.

Entretanto, atualmente, a jurisprudência e a doutrina vêm se posicionando no sentido de que não é necessário o desencadeamento de referidos sentimentos, para configurar o dano moral, devendo ser compreendido, modernamente, sob o duplo aspecto: (i) como violação da dignidade da pessoa humana (sentido restrito); e (ii) como vulneração dos direitos da personalidade de modo geral (sentido amplo). (GUGLINSKI, 2015, p. 15).

Corroborando tal assertiva, Cavalieri Filho (2011, p. 80/81) esclarece:

> À luz da Constituição vigente, podemos conceituar o dano moral por dois aspectos distintos. Em sentido estrito, dano moral é violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5.º, V e X, a plena reparação do dano moral. (...)

> Os direitos da personalidade, entretanto, englobam outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados à sua dignidade. Nessa categoria incluem-se também os chamados novos direitos da personalidade: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada.

Sob este prisma, alguns tribunais já adotam essa nova tese em seus julgados – como o TJPR, o qual, pelos enunciados de suas Turmas Recursais, concluiu que os mecanismos de atendimento ao consumidor são definitivamente falhos e burocráticos, o que ocasiona a subtração do tempo útil e livre do consumidor ao buscar a solução de problemas gerados pelo fornecedor, *in verbis:*

> Enunciado n. 1.6 – Call-center ineficiente – dano moral: Configura dano moral a obstacularização, pela precariedade e/ou ineficiência do serviço de call center, por parte da empresa de telefonia, como estratégia para não dar o devido atendimento aos reclamos do consumidor.
>
> Enunciado n. 2.7– Fila de banco – dano moral: A espera em fila de agência bancária, em tempo excessivo, caracteriza falha na prestação de serviço e enseja reparação por danos morais.

O Superior Tribunal de Justiça teceu várias reflexões importantes sobre o desvio produtivo do consumidor (BRASIL, 2019):

> RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. TEMPO DE ATENDIMENTO PRESENCIAL EM AGÊNCIAS BANCÁRIAS. DEVER DE QUALIDADE, SEGURANÇA, DURABILIDADE E DESEMPENHO. ART. 4º, II, "D", DO CDC. **FUNÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE PRODUTIVA**. MÁXIMO APROVEITAMENTO DOS RECURSOS PRODUTIVOS. TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR. DANO MORAL COLETIVO. OFENSA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

INJUSTA E INTOLERÁVEL. VALORES ESSENCIAIS DA SOCIEDADE. FUNÇÕES. PUNITIVA, REPRESSIVA E REDISTRIBUTIVA. 1. Cuida-se de coletiva de consumo, por meio da qual a recorrente requereu a condenação do recorrido ao cumprimento das regras de atendimento presencial em suas agências bancárias relacionadas ao tempo máximo de espera em filas, à disponibilização de sanitários e ao oferecimento de assentos a pessoas com dificuldades de locomoção, além da compensação dos danos morais coletivos causados pelo não cumprimento de referidas obrigações. 2. Recurso especial interposto em: 23/03/2016; conclusos ao gabinete em: 11/04/2017; julgamento: CPC/73. 3. O propósito recursal é determinar se o descumprimento de normas municipais e federais que estabelecem parâmetros para a adequada prestação do serviço de atendimento presencial em agências bancárias é capaz de configurar dano moral de natureza coletiva. 4. O dano moral coletivo é espécie autônoma de dano que está relacionada à integridade psico-física da coletividade, bem de natureza estritamente transindividual e que, portanto, não se identifica com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), amparados pelos danos morais individuais. 5. O dano moral coletivo não se confunde com o somatório das lesões extrapatrimoniais singulares, por isso não se submete ao princípio da reparação integral (art. 944, caput, do CC/02), cumprindo, ademais, funções Documento: 1787616 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 08/02/2019 Página 1 de 5 Superior Tribunal de Justiça específicas. 6. No dano moral coletivo, a função punitiva – sancionamento exemplar ao ofensor – é, aliada ao caráter preventivo – de inibição da reiteração da prática ilícita – e ao princípio da vedação do enriquecimento ilícito do agente, a fim de que o eventual proveito patrimonial obtido com a prática do ato irregular seja revertido em favor da sociedade. 7. O dever de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho que é atribuído aos fornecedores de produtos e serviços pelo art. 4º, II, d, do CDC, tem um conteúdo coletivo implícito, uma função social, relacionada à otimização e ao máximo aproveitamento dos recursos produtivos disponíveis na sociedade, entre eles, o

> tempo. 8. O desrespeito voluntário das garantias legais, com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço, revela ofensa aos deveres anexos ao princípio boa-fé objetiva e configura lesão injusta e intolerável à função social da atividade produtiva e à proteção do tempo útil do consumidor. 9. Na hipótese concreta, a instituição financeira recorrida optou por não adequar seu serviço aos padrões de qualidade previstos em lei municipal e federal, impondo à sociedade o desperdício de tempo útil e acarretando violação injusta e intolerável ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos, o que é suficiente para a configuração do dano moral coletivo. 10. Recurso especial provido.

Denota-se da decisão supra que a aplicação da reparação do dano tem caráter preventivo, pois inibe a reiteração da prática ilícita, bem como o de impedir o enriquecimento ilícito do agente, que no afã de obter maiores lucros, não investe na qualidade e presteza de seus serviços. Verifica-se ainda, que os Ministros reforçaram as determinações insertas no art. 4º do CDC, ao estabelecer que o seu descumprimento com o objetivo de otimizar os lucros, ofende o princípio boa-fé objetiva.

Uma vez caracterizado o dano moral, adentra-se o Poder Judiciário quanto à questão do valor indenizatório, neste ponto Theodoro Júnior (2016, p.35), disciplina que:

> O problema mais sério suscitado pela admissão da reparabilidade do dano moral reside na quantificação do valor econômico a ser reposto ao ofendido. Quando se trata de dano material, calcula-se exatamente o desfalque sofrido no patrimônio da vítima, e a indenização consistirá no seu exato montante. Mas quando o caso é de dano moral, a apuração do quantum indenizatório se complica porque o bem lesado (a honra, o sentimento, o nome etc.) não se mede monetariamente, ou seja, não tem dimensão econômica patrimonial.

A solução adotada pela jurisprudência, é estabelecer um valor indenizatório apto a compensar o prejuízo sofrido pelo consumidor/lesado e, ao mesmo tempo, punir o fornecedor/ofensor, devendo, à luz dos princípios da razoabilidade e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

proporcionalidade, ser considerado (i) o grau de reprovação da conduta; (ii) a repercussão da ofensa; e (iii) a posição social de cada parte.

Esse, inclusive, foi o entendimento consignado pelo E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - NEGATIVAÇÃO INDEVIDA - CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO - QUANTUM INDENIZATÓRIO (...). Ao fixar valor da indenização deve-se ter em conta as condições do ofendido, do ofensor e do bem jurídico lesado. A indenização deve proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento sem causa, produzindo no causador do mal impacto suficiente para dissuadi-lo de igual e semelhante atentado. (...) (TJMG, AC 10512120033679001, Rel. Nilo Lacerda, DJ 07/08/2013, 12ª Câmara Cível, DJe 14/08/2013)

A uniformização da aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor em todas as Cortes brasileiras trará uma importante vitória ao consumidor brasileiro, e representará um avanço e um meio de prevenção de litígios nas relações consumeristas, uma vez que, o fornecedor saberá de antemão que irá reparar o prejuízo causado pelo tempo dispendido pelo consumidor, ao tentar sanar vícios de seu produto ou de resolver questões atreladas à ineficiência de seus serviços.

5. CONCLUSÃO

O desvio produtivo é caracterizado quando o consumidor, para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, precisa valer-se do seu tempo útil ou livre, desviando-se de suas atividades cotidianas para resolver uma situação a qual não deu causa, e o fornecedor não se esmerou em resolver de modo fácil e efetivo.

Esse desvio produtivo acarreta um evento danoso induzido pelos fornecedores que, de modo abusivo, se exime da sua responsabilidade pelos problemas de consumo que eles próprios criam no mercado. Assim, deixa evidente a existência de um dano para o consumidor que a jurisprudência tradicional, vinha reduzindo a "mero aborrecimento", passando então, a garantir ao consumidor direito de reparo por danos morais.

Isso acontece pelo fato do fornecedor não se responsabilizar espontaneamente e efetivamente pelo problema de consumo que ele próprio criou,

de modo que o consumidor, em estado de carência e condição de vulnerabilidade, é levado a tentar solucionar a situação, empregando o seu tempo, alterando as suas atividades cotidianas e abdicando muitas vezes de tempo livre, destinado a afazeres constitucionalmente garantidos como educação e lazer, ou a título oneroso como ausências no trabalho.

Considerando as relações contemporâneas, em que o homem busca poupar tempo para desfrutar de mais momentos junto a familiares e amigos, isto é, de dispor de mais tempo útil e livre ao lazer, afazeres e obrigações cotidianas, é inegável que um dos maiores avanços da defesa do consumidor no século XXI, refere-se à implantação da tese de indenização pelo desvio produtivo do consumidor.

Desde o fim de 2013, a tese vem sendo reconhecida e aplicada pelos Tribunais brasileiros fundamentando decisões com base nessa nova teoria, para condenar o fornecedor ao pagamento de valor indenizatório, capaz de ressarcir o dano sofrido pelo consumidor, ao ponto de prevenir a repetição dessas situações.

Segundo pesquisa sobre a aplicabilidade no âmbito jurídico a teoria do desvio produtivo ou apenas "desvio produtivo" – como está sendo chamada pelos Tribunais, pode ser descrita como uma considerável evolução jurisprudencial em prol do consumidor, apresentada nestes oito anos pelo advogado Marcos Dessaune, e já acatada em tribunais estaduais e principalmente pelo Superior Tribunal de Justiça.

Através dessa realidade, percebe-se a necessidade da unificação de referida tese no âmbito de nossas Cortes, como principal meio de trazer a reparação do dano causado ao consumidor, pelo "roubo" do seu tempo útil ou livre, para solucionar problemas criados pelo próprio fornecedor, especialmente, no tocante ao valor indenizatório a ser fixado pelos magistrados, mormente porque deve haver equilíbrio entre o caráter reparatório e o punitivo da medida aplicada, sempre à luz dos princípios da razoabilidade de proporcionalidade.

O que se pretende é que mediante o pagamento de indenização, os fornecedores possam rever seus processos de atendimento ao consumidor e melhorar a solução dos conflitos.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6766.htm. Acesso em: 19 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. **Enunciado nº 1.6.** 3ª Turma Recursal - DM92 - 0004051-52.2015.8.16.0052/1. Relator: Fernando Swain Ganem. Curitiba, 01 de novembro de 2016. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/enunciados-turmas-recursais. Acesso em: 13 nov. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. **Enunciado nº 2.7.** 2ª Turma Recursal - 0033943-42.2014.8.16.0019/0. Relatora: Giani Maria Moreschi. Ponta Grossa, 29 de maio de 2015. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/enunciados-turmas-recursais. Acesso em: 13 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.737.412 - SE (2017/0067071-8)**. Recorrente: Defensoria Pública do Estado de Sergipe. Recorrido: Banco do Estado de Sergipe S/A Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 05 de fevereiro de 2019. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/dl/decisao-colegiada-stj-teoria-desvio.pdf> Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASILINO, Fábio Ricardo Rodrigues; DOMINGUES, Jean Guilher Capeli. **A Teoria do Desvio Produtivo em contraposição à Cultura do mero Aborecimento: a efetivação dos direitos da personalidade nas relações de consumo.** Artigo. Revista de Direito do Consumidor: vol. 120, p. 397-422, nov-dez/2018.

DESSAUNE, Marcos. **Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada**. 2ª ed. Vitória: 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor.** 3ª ed. São Paulo: Atlas,
2011.

DOMINGUES, Jean Guilher Capeli; BRASILINO, Fábio Ricardo Rodrigues. **A Teoria do Desvio Produtivo e a proteção dos direitos da personalidade do consumidor.** Artigo. Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania: Londrina, v. 3, n. 1, p. 190-208, jan-jun/2018.

GUGLINSKI, Vitor Vilela. **O Dano Temporal e sua Reparabilidade: aspectos doutrinários e visão dos Tribunais.** Artigo. Revista do Direito do Consumidor: v. 99, p. 125-156, maio-jun/2015.

_____. **Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade**. Artigo. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/21753/danos-morais-pela-perda-do-tempo-util-uma-nova-modalidade Acesso em: 06 nov. 2019.

PORTO, Antônio José Maristrello; GAROUPA, Nuno; FRANCO, Paulo Fernandes de Mello. **As Indenizações pela perda do tempo útil do Consumidor: espera e custos de oportunidade.** Artigo. Revista de Direito do Consumidor: vol. 124, p. 263-293, jul-ago/2019.

NUNES, Rizatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

---

[1] BORGES, Liliane de Moura. Professora Mestre na Faculdade Serra do Carmo. E-mail: prof.lilianeborges@fasec.edu.br

[2] Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...)

III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço...

[3] Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

[4] BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível nº 1.094.389-0**. 10ª Câmara Cível. Relator: Des. Jurandyr Reis Júnior, DJ 12 de dezembro de 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[5] _____,Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Inominado nº 0016980-75.2013.8.21.9000**. 3ª Turma Recursal Cível. Relator: Des. Fabio Vieira Heerdt, DJ 12 de dezembro de 2013.

[6]_____,Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0460569-74.2012.8.19.0001**. 27ª Câmara Cível. Relator: Des. Fernando Antônio de Almeida, DJ 27 de janeiro de 2014.

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

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DA TRANSMISSÃO E OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS

ELIZANGELA LEAL DE SOUZA: Graduando (a) do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro.

RESUMO: Apresentar nesta pesquisa a transmissão e obrigação de alimentos na ceara do Direito é uma das formas de ter mais conhecimento quanto a importância de como o direito ainda demonstra deve ser estudado, visto que para muitos ainda persiste o desconhecimento da lei, principalmente para os que não tem com fonte uma ligação entre o dever e a obrigação de pagar alimentos. Para a elaboração deste, foi aplicada a metodologia de revisão bibliográfica em que as fontes de pesquisas fontes principalmente autores do Direito de Família, a Lei de Alimentos nº 5.478/1968, o dispositivo do Código Civil que foram fundamental para obter todo o conhecimento necessário para desenvolver este trabalho de conclusão de curso. Quanto aos resultados podemos apresentar que foram conclusos quanto ao saber que a obrigação de prestar alimentos não se restringe tão somente para os pais, mais sim para todos que estão dentro de uma classificação da família, para que o que estar necessitando do alimento não fique desamparado como atendo o direito brasileiro e as normas internacionais dos Direitos Humanos. A conclusão satisfatório pois podemos perceber que casa vez mais à uma necessidade de explorar as leis que ainda são desconhecidas principalmente para as famílias de pouco conhecimento em lei e por isso ainda persistem várias questão de ações de ação de alimentos no poder judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Alimentos. Transmissão. Obrigação.

ABSTRACT: Presenting in this research the Transmission and Obligation of Food in the Ceara of Law is one of the ways to have more knowledge as the importance of how the law still demonstrates should be studied, since for much still the ignorance of the law persists, especially for those who do not. has as its source a link between duty and obligation to pay maintenance. or the elaboration of this, the methodology of bibliographic revision was applied in which the sources of research sources mainly authors of the Family Law, the Food Law nº 5.478 / 1968, the Civil Code device that were fundamental to obtain all the necessary knowledge to develop this coursework As for the results, we can conclude that they were conclusive in knowing that the obligation to provide food is not restricted only to parents, but to all who are within a family classification, so that what is in need of food is not abandoned.as complying with Brazilian law and international human rights standards. The conclusion is satisfactory because we can see that it is increasingly the need to explore the laws that are still unknown, especially for

families with little knowledge in law and for this reason there are still several issues of lawsuits in the judiciary.

KEYWORDS: Transmission. Obligation. Food.

INTRODUÇÃO

Compreender que desde os tempos antigos o homem necessita de alimentos como forma essencial para a sua sobrevivência. Nesse sentido, nos tempos atuais os alimentos ainda persistem na mesma proporção que antes assim como sua finalidade para o homem em geral, o que faz com que a própria Constituição Federal garanta ainda mais esse direito assegurado a proteção da vida.

Com isso o presente artigo apresenta a transmissão e obrigação de alimentos dentro do convívio familiar, assim como demonstrar quem são obrigados a prestar essa assistência.

Por isso a pesquisa foi divido em três seções, que são: no primeiro Capítulo estudaremos o conceito de família, pais, parentesco, para poder analisar como a lei determina legalmente quem são esses entes familiares, principalmente para ter um melhor entendimento quanto à obrigação de prestar alimentos.

No segundo Capitulo será abordado o que é Alimento, seu Sentido dúplice de alimentos, Direito à alimentos enquanto dimensão existencial dos direitos humanos, todos que estão em vulnerabilidade tem o direito de assistencial dos seus familiares de prestar alimentos.

No terceiro Capitulo já está voltada para as obrigações quanto os aspectos obrigacionais decorrentes da Lei nº 5.478/1968 - Alimentos, a Obrigação de pagar alimentos, o dever de prestar alimentos, e A possibilidade de a transmissão alimentar à luz do ordenamento jurídico pátrio, responsabilidade civil e penal.

Nesse sentido, o tema apresentado demonstra sua importância dando profundidade quanto a obrigação de prestação de alimentos assim como a sua transmissão, logo seu intuito também é a responsabilidade dos outros entes que podem ser responsabilizados civilmente e penalmente por não atender a obrigação de prestar alimentos.

Cabe ressaltar que a pesquisa discutir opiniões que são claramente visíveis, pois nem sempre as pessoas obrigadas a prestar alimentos têm condições de arcar com esse direito, por isso a essa necessidade de analisar com cautela a aplicação da lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1.FAMÍLIA

A família dentro da sociedade tem um papel importante, pois é no âmbito familiar que as pessoas iniciam seus princípios morais e éticos durante seu convívio familiar. Nesse sentido o direito de família tem um instituto jurídico que está amparada na Constituição Federal no Capítulo VII Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso. "Art. 226. A família, base da sociedade tem especial proteção do Estado"

No conceito de Tartuce (2016, p.1) quanta família no estágio atual o autor esclarece que:

> Família pode ser conceituada como sendo o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo o estudo dos seguintes institutos jurídicos: a) casamento; b) união estável; c) relações de parentesco; d) filiação; e) alimentos; f) bem de família; g) tutela; curatela e guarda. Como se pode perceber, tornou-se comum na doutrina conceituar o Direito de família relacionando-o aos institutos que são estudados por esse ramo do Direito Privado, (TARTUCE2016, p.1)

Dentre esse conceito de família, temos que citar a nova interpretação que está no Diário Oficial 13.05.2011 inserido no §3 do artigo 226 que a família constituída por pessoas do mesmo sexo.

> ADPF 132 e ADIN 4.277, julgados procedentes pelo STF, com eficácia *erga ommes* e efeito vinculante, dando ao art.1723 do CC interpretação conforme à CF, reconhecimento a união contínua, pública e duradoura, entre pessoa do mesmo sexo como entidade familiar (DOU.13.05.2011)

Embora a família tenha seu papel, não podemos de deixar de complementar que assim como o Estado tem o papel de assegurar o direito as famílias ou pais tem outro papel mais importante que é garantir que seus filhos tenham o mínimo de condições básicas que são saúde, segurança, educação, alimentos e proteção, ou seja, não cabe somente ao Estado a obrigação de proteção e sim de todos principalmente dos pais.

1.1 Pais

Os pais têm um papel importante dentro do âmbito familiar, pois são eles que iniciam a orientação de seus filhos que tem o chamado poder familiar, antes apenas o homem tinha esse poder conhecimento antigamente como poder pátrio,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ou seja, ela o home que decidia tudo que estava direcionado a sua família, a mulher não tinha poder de decisão e todos os filhos tinham que seguir as ordens do pai.

Diniz (2012, p.601) apresenta uma nova visão de poder familiar nos dias atuais como:

> O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direito e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. Ambos têm, em igualdade de condições, poder decisório sobre a pessoa e bens do filho menor não emancipado. Se pode, porventura, houver divergência entre eles, qualquer deles poderá recorrer ao juiz a solução necessária, resguardando o interesse da prole (CC, art.1.690, parágrafo único) (DINIZ,2012 p.601)

Artigo 1.690 do Código Civil, parágrafo único dispõe que:

> Art.1.690 [...]
>
> Parágrafo único. Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a s seus bens, havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária.

Segundo Gonçalves (2015 p.435) a perda ou destituição espécie do poder familiar, decretada por decisão judicial (art. 1635, V, e 1.638). Assim como a suspensão, constitui sanção aplicada aos pais pela infração ao dever genérico de exercer a patriapotestas em consonância com as normas regulamentares, que visam atender ao melhor interesse do menor

Dispõe o artigo 1.635 do Código Civil

> Extingue-se o poder familiar:
>
> I – ela morte dos pais ou do filho;
>
> II – pela emancipação, nos ternos do art..5º, parágrafo único;
>
> III – pela maioridade;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

IV – pela adoção;

V – por decisão judicial, na forma do artigo 1.638

1.2 Parentesco

Monteiro eSilva (2012, p.417) explica que:

> Com o Código Civil de 2002, o parentesco não se restringe mais ás relações de consanguinidade e de adoção, alcançado um novo tipo de parentesco, baseado nos avanços biotecnológicos, referentes à produção humana artificial ou assistida. Presume-se a paternidade do marido que consente que sai esposa seja inseminada artificialmente com gameta de terceiro, nos termos do artigo 1.597, V, do Código Civil.

Segundo Monteiro e Silva (2012, p.417) a linha é colateral quando as pessoas, entre si, não descendem uma das outras, mas procedem de um tronco ancestral comum, dessa linha de parentesco ocupa-se o Código Civil no art. 1.592, [...]. Acham-se na linha colateral irmãos, tios, sobrinhos, primos. Todos esses parentes advêm de um antepassado comum, sem descenderem, entre si, uns dos outros. A linha reta pode ser gratificante representada por uma perpendicular traçada de um parente ao outro. A colateral, por um ângulo, cujo vértice é o antepassado comum, ocupando os parentes considerados as duas bases laterais.

Dispõe o Código Civil de 2002 quanto parentes em seus artigos:

> Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendente
>
> Art. 1592. São parentes em linha colaterais ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco sem descenderem uma da outras.
>
> Art.1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.
>
> Art. 1.594. Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendentes comum, e descendo até encontrar o outro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.
>
> §1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.
>
> §2º Na linha reta a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável(BRASIL)

Venosa (2008 p.205) explica que marido e mulher não são parentes. A relação entre os esposos é de vínculo conjugal que nasce com o casamento e dissolve-se pela morte de um dos cônjuges, pelo divórcio ou pela anulação do matrimonio.

Segundo Pereira (2012 p.318)

> Considerando em linha reta, destaque-se o princípio do art. 229 da Constituição Federal ao determinar a obrigação de sustento entre pais e filhos, sobretudo, o "dever de amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade". Da mesma forma o art.1.694 estabelece a possibilidade de os parentes de os parentes pedirem uns aos outros alimentos que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social. (PEREIRA, 2012, p.318)

No ponto de vista de Pereira em que o autor cita obrigação de alimentos este assunto será abordado em sequência, pois este é o assunto da pesquisa em que a uma necessidade de demonstrar o direito e obrigação de prestar alimentos dentro do convívio familiar, visto que para muitos somente os pais tem essa obrigação com os filhos, mais isso no ordenamento jurídico estar mais amplo, ou seja, estendido para os outros parentescos.

2.ALIMENTOS

No âmbito social todo ser humano tem seu direito adquirido para a sua subsistência, nesse caso o trabalho garante que a pessoa o seu sustento como direito individual e coletivo conforme dispõe a Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso XIII " é livre o exercício de qualquer trabalho, oficio ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", ou seja, é através desse direito ao trabalho que a pessoa garante o mínimo básico para seu sustento como a moradia, a saúde e os alimentos.

De acordo com Pereira (2012, p.527) quanto os alimentos:

> São alimentos, tanto os chamados "alimentos naturais"(alimentação, vestuário, habitação" quanto os "civis", que, sob outro aspecto, designam-se como "côngruos" – educação, instrução, assistência. Esclareça-se que o conceito de alimentos no art. 1.694 do Código Civil de 2002 compreende os alimentos "naturais ou necessários" indispensáveis à subsistência e os "civis ou côngruos" destinados a manter a qualidade de vida do credor de acordo com as condições sociais dos envolvidos. (PEREIRA,2012 p.527)

Para Monteiro e Silva (2012, p.520) em regra, o indivíduo, sendo capaz deve procurar atingir tal objetivo com os recursos materiais obtidos com o próprio esforço com o próprio trabalho. Mais nem sempre o indivíduo tem essa capacidade de se sustentar por si próprio o que leva ter que procurar outros meios legais que possa sobreviver, como é o caso do exemplo dos filhos que tem o dever de sustentar seus pais.

2.1 Sentido dúplice de alimentos

O Código Civil de 2002em seu artigo 1.696. Dispõe que "O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.". Nessa forma todos dentro do âmbito familiar têm esse dever de garantir os sustentos de seus familiares

Segundo Diniz (2012, p.628) não se deve confundir a obrigação de prestar alimentos com os deveres de sustento, assistência e socorro que tem o marido em relação à mulher e vice-versa e os pais para com os filhos menores, devido ao poder familiar, pois seus pressupostos são diferentes. A obrigação alimentar é recíproca, dependendo das possibilidades do devedor, e só é exigível se o credor potencial estiver necessitado, ao passo que os devedores familiares não têm o caráter de reciprocidade por serem unilaterais e devem ser cumpridos incondicionalmente.

2.2**Direito à alimentos enquanto dimensão existencial dos direitos humanos**

Com o advento da Constituição de 1988, e os direitos fundamentais nele reflete-se a Liberdade, igualdade e fraternidade que trouxeram como uma das características em o Estado à intervêm na vida privada, reforçando a proteção dos deveres familiares através de Direitos Fundamentais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nas palavras de Gomes et al (2000, p.331) quanto ao princípio da igualdade, ressalta que na Convenção Americana de Direitos Humanos, insere-se um conjunto mais amplo de proteção internacional assim como no direito interno, com reflexos, que inclui a proteção da família.

Tais efeitos e princípios são essenciais para a ratificação de cidadão em meio à sociedade e serviu como fundamento de proteção estatal para os mais fracos alicerçados no Capítulo VII (Da Família, da criança, e do adolescente, do jovem) assim como o Título VIII (Da Ordem Social) nos artigos 205 a 230 da Carta Magna, que servem como orientação ao direito de família Assim o princípio da dignidade da pessoa humana merece essa atenção diferenciada quanto aos alimentos e a obrigação dos pais.

Segundo Piovesam (2015 p.459):

> A Constituição brasileira de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei n.8.069/90) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (ratificada pelo Brasil em 24-9-1990) introduzem, na cultura jurídica brasileira, um novo paradigma inspirado pela concepção da criança e do adolescente como verdadeiros sujeitos de direitos, em condição peculiar de desenvolvimento. (PIOVESAM,2015, p.459)

Dispõe dos artigos 205 e 230 da CF/88:

> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.
>
> Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. (BRASIL)

Em tese cabe destacar nesses dois artigos a expressão " qualificação para o trabalho" e o " bem-estar", o " direito a vida " essas expressões estão ligadas em uma forma de sobrevivência, ou seja, a pessoa tem que trabalhar para se sustentar para poder preservar o seu bem maior que é a vida, por isso é necessário que as pessoas que estão mais próximas de seus familiares devem ter esse empatia de

fazer o que esses entes não passem por necessidades extremas e evitar que tenham que chegar ao extremo de acionar o poder judiciário para garantir a sua sobrevivência.

Na luz do artigo 5º da Constituição Federal

> Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direitoà vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. (BRASIL).

Diante o dispositivo do artigo 5º da Constituição Federal estamos nos referindo "do direito à vida". Nesse sentido as pessoas que não tem condições de arcar com seu próprio sustento acaba sendo usurpado deste direito, a Carta Magna assegura todos os direito fundamentais para que a pessoa tenha o mínimo de segurança não deixando-a desampara, mais nada disso não vale se não for aplicado, pois ainda sim famílias passam por uma necessidade de conhecimentos, uma delas é essa obrigação de prestação de alimentos, mesmo a pessoa não sendo a mais próxima dentro de uma linha colateral da família, por isso o legislação garantiu a transmissão da obrigação de alimentos, pois como nem sempre quem estar mais próximo tem condições de arcar com essa obrigação.

O artigo 206 no seu parágrafo 5º da Constituição Federal ressalta a igualdade dos pais" Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher." Nesse sentido o direito aos alimentos se estende para todos no sentido de obrigação como fundamento dos direitos humanos.

Esses direito se atrelam no sentido de estender que os pais não possam deixar de desamparar seus filhos mesmo estando separados, visto que os alimentos não são somente para garantir a alimentação do menor ou de que preciso como o idoso, mais quanto aos menores isso se torna mais universal principalmente quanto os dispositivo do ECA.

Os alimentos ao afeto como dimensão existencial não podem ser confundidos, pois esse afeto deve partir naturalmente não sendo obrigado apenas por que estar sendo garantido o pagamento de uma prestação alimentar.

Vale ressaltar que os direitos humanos estão quanto a proteção de alimentos estar atrelados a ratificação do Brasil através do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3.ASPECTOS OBRIGACIONAIS DECORRENTES DA LEI Nº 5.478/69– ALIMENTOS

Tartuce (2016 p.580) além das normas previstas no Código Civil, importante as regras constantes da Lei 5.479/68, a Lei de Alimentos, cujo conteúdo é fundamental à pratica familiarista.

De acordo com o artigo 1º da Lei 5.478/68 "Art. 1º. A ação de alimentos é de rito especial, independente de prévia distribuição e de anterior concessão do benefício de gratuidade". Como o próprio artigo ressalta a expressão "independente" isso significa que não se pode deixar esperar tanto tempo que estar com a ação de alimentos.

Segundo Diniz (2012, p,621) quanto "alimentos"

> Alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Compreende o que é imprescindível à vida da pessoa como alimentação, vestuário, habitação, tratamento médico, transporte, diversões, e, se a pessoa alimentada for menor de idade, ainda verbas para sua instrução e educação. (DINIZ (2012, p.621)

Explica Tartuce (2016 p.583) quanto ao procedimento de ação de alimentos que:

> O pedido de alimentos deverá ser apresentado por escrito, em três vias, e deverá conter a indicação do juiz a quem for dirigido, os elementos outrora expostos e um histórico sumário dos fatos (art.3º da Lei de Alimentos). Se um defensor houver sido designado pelo para assistir o autor da ação, na forma antes analisada formulará o designado, dentro de vinte e quatro horas da nomeação, o pedido, por escrito, podendo, se achar conveniente, indicar seja a solicitação verbal reduzida a termo (art.3º, §1º)

Nos termos do art.4º da Lei 5.479/68, descreve os alimentos provisórios que:

> Art. 4º As despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita.

> Parágrafo único. Se se tratar de alimentos provisórios pedidos pelo cônjuge, casado pelo regime da comunhão universal de bens, o juiz determinará igualmente que seja entregue ao credor, mensalmente, parte da renda líquida dos bens comuns, administrados pelo devedor

O artigo13 da Lei 5.478/68 dispõe alimentos provisórios quanto ao casamento:

> Art. 13 O disposto nesta lei aplica-se igualmente, no que couber, às ações ordinárias de desquite, nulidade e anulação de casamento, à revisão de sentenças proferidas em pedidos de alimentos e respectivas execuções.
>
> § 1º. Os alimentos provisórios fixados na inicial poderão ser revistos a qualquer tempo, se houver modificação na situação financeira das partes, mas o pedido será sempre processado em apartado.
>
> § 2º. Em qualquer caso, os alimentos fixados retroagem à data da citação.
>
> § 3º. Os alimentos provisórios serão devidos até a decisão final, inclusive o julgamento do recurso extraordinário. (BRASIL)

Quanto esses alimentos provisórios no que refere aos cônjuges, Tartuce(2016, p.585) o preceito está justificado de uma amplo condomínio entre os cônjuges, o que engloba tanto os bens anteriores como os posteriores decorrente da união. Nesse caso faltava a atualização de uma norma, pois o regime de comunhão parcial de bens passou a ser legal ou supletório com a vigência da Lei do Divórcio de dezembro de 1977.

3.1 Obrigação de pagar alimentos

Existe uma reciprocidade familiar quanto à obrigação de prestar alimentos, no primeiro momento quanto aos pais quanto aos seus filhos, e em seguida essa obrigação se volta, ou seja, dos filhos para os pais, conforme dispõe a Constituição Federal, no momento que os pais começam a envelhecer acabam se tornando referem de vários obstáculos da vida, como é o caso da sua necessidade de sobrevivência por isso a lei dispôs o dever de assistência, para que todos não fiquem desamparados quando chegarem nesse período de suas vidas que para a maioria das pessoas idosas é tão delicado, pois muitos pais sempre e desde o início

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

trabalharam e de um momento para outro acabam tendo que ficar restritos de suas atividades.

Nos termos do artigo 229 da Constituição Federal:

> Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (BRASIL 1988)

Nas palavras de Fiuza (2004, p.946) na linha reta, o grau mais próximo exclui o mais remoto. Consequentemente, os avôs só terão que prestar alimentos aos netos se a estes faltarem os pais, e vice-versa, ou seja, os netos só terão obrigação de alimentar os avôs se a estes faltarem os filhos. É possível, contudo, que os parentes de grau mais remoto, como as avós, sejam chamadas a complementar a prestação quando os de graus mais próximos não puderem suportar integralmente o encargo.

De acordo com Fiuza (2004, p1.946):

> Em relação aos casos de prestação de alimentos a ex-cônjuge ou ex-companheiro, a tendência atual é que, com a emancipação da mulher, se tornem cada vez mais raros. (FIUZA,2004, p1.946)

Nos termos do artigo 531 do Código Civil quanto alimentos provisórios:

Art. 531. O disposto neste Capítulo aplica-se aos alimentos definitivos ou provisórios.

> § 1º A execução dos alimentos provisórios, bem como a dos alimentos fixados em sentença ainda não transitada em julgado, se processa em autos apartados.
>
> § 2º O cumprimento definitivo da obrigação de prestar alimentos será processado nos mesmos autos em que tenha sido proferida a sentença (BRASIL)

Lisboa (2009p.149) os cônjuges separados e os divorciados tem o devem de sustentar os filhos na proporção dos seus recursos, como uma forma de manutenção, os alimentos serão pagos em favor do filho pelo genitor que não estiver coma sua guarda.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3.2 O dever de prestar alimentos

Segundo Diniz (2012, p.634) quanto prestar alimentos "é um direito personalíssimo por ter por escopo tutelar a integridade física do indivíduo, logo, sua titularidade não passa a outrem"

Para Tartuce (2015 p,487)

> A obrigação alimentar e o correspondente direito aos alimentos têm características únicas, que os distinguem de todos os outros direitos e obrigações [...] de início, pode-se dizer que a obrigação que somente decorre da lei, sendo esse o entendimento ainda majoritário na doutrina. Entretanto, por outra via, é igualmente correto afirmar que a obrigação alimentar decorre da lei somada à autonomia privada (TARTUCE 2015, p,487)

Dispõe o Artigo 1.694 do Código Civil

> Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.
>
> § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.
>
> § 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia. (BRASIL)

Um pouco que devemos analisar quanto a obrigação de alimentos é o caso dos cônjuges, visto que em alguns casos essas pessoas abrem mão de sua vida profissional para se dedicarem exclusivamente para a família, isso ocorre principalmente com as mulheres e companheiras, que ficam anos e anos sem trabalhar, por isso o dispositivo do artigo 1.694 do Código Civil, que resguarda todo esse período em que o cônjuge fico em casa, podemos dizer que fosse uma indenização. Mais mesmo assim para a parte obrigada a pagar esse alimentos não é visto desta maneira pois acha que mesmo não estando mais no mesmo convívio familiar a sua obrigação termina no momento da dissolução conjugal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nos termos do Artigo 1.697 do Código Civil

> Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais (BRASIL)

Quanto ao artigo 1.697 do Código Civil,Tartuce (2015, p.489) complementando, que determina o artigo 1.697 da atual codificação que, na falta de ascendentes, cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem sucessória. Complementa ainda o autor que na falta de descendentes e ascendentes, os alimentos poderão ser pleiteados aos irmãos, germanos ou bilaterais (mesmo pai e mesma mãe) e unilaterais (mesmo pai ou mesma mãe).

Ressalta ainda Fiuza (2012 p.1090) que os alimentos deverão ser prestados em caso de necessidade. Ninguém será obrigado a alimentar pessoa saudável, em condições de trabalhar e prover o próprio sustento.

3.3 A possibilidade de a transmissão alimentar à luz do ordenamento jurídico pátrio

Nos termos do Art. 1.700do Código Civil de 2002 a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do 1.694, por isso há essa possibilidade dessa obrigação alimentar no ordenamento jurídico pátrio.

Cassettari (2013, p.555) explica que:

> O vínculo obrigacional se divide em *scbuld*(débito) e *Haftung*(responsabilidade). Por esse motivo questiona-se: com a morte do alimentante, o que é transferido para os herdeiros, a responsabilidade pelo pagamento das prestações em aberto, o débito de continuar pagando a pensão alimentícia, ou ambos? (CASSETTARI 2013, p.555).

Uma forma de transmissão que a luz do ordenamento é o chamado alimentos gravídicos em que desde cedo já garante a vida do nascituro.

Pereira (2012, p.375) ressalta quanto aos alimentos gravídicos:

> A inserção dos alimentos gravídicos no ordenamento jurídico brasileiro representa um avanço legislativo e demonstra a importância de se difundirem valores fundamentais que digam respeito à proteção da vida do nascituro, ser humano

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> indefeso e dependente do entendimento e da vontade de outros indivíduos que muitas vezes agem consciente ou inconscientemente, de forma a prejudicá-lo em suas expectativas, cortando as oportunidades de nascimento e desenvolvimento. (PEREIRA. 2012,p.375

3.4 Responsabilidade civil e penal

O Código de processo Civil dispõe o capítulo IV do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos

> Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.
>
> § 1º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuá-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no 517.
>
> § 2º Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.
>
> § 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.
>
> § 4º A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.
>
> § 5º O cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas.
>
> § 6º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> § 7º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.
>
> § 8º [...]
>
> § 5º Finda a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará liberar o capital, cessar o desconto em folha ou cancelar as garantias prestadas. (BRASIL)

A prisão dos que não prestam alimentos segue um procedimento do Código de Processo Penal. Cabe ressaltar nesse algumas observações que infelizmente são necessárias no principalmente quanto ao parágrafo 4º do artigo 526 do referido Código de Processo Penal, em que nem sempre, ou melhor dizendo na maioria das vezes esse que vão cumprir essa pena não ficam separados de outros presos comuns, pois o sistema carcerário do pais é precário e comparar uma pessoa que não pagou alimentos a outros presos principalmente de alta periculosidade não deveria valer embora que seja por um curto período de tempo. Também vale ressaltar que para alguns casos as pessoas deixam de prestar alimentos por não se acharem responsáveis dessa obrigação, mais mesmo assim há esse necessidade de do Estado punir para que outros não deixem de cumprir suas obrigações.

Fiuza (2012, p.1091) o direito a alimentos é irrenunciável, sendo despido de valor qualquer documento neste sentido. Vale dizer que se uma pessoa assinar documento renunciando ao direito de pleitear alimentos de seus pais, este documento não será levado em conta em ação de alimentos, caso essa pessoa venha deles necessitar. O mesmo acontece em relação aos alimentos devidos por ex-cônjuges e ex-companheiros, vez que o novo Código Civil estabelece um regime único para o instituto.

Quanto ao dispositivo penal a base da prisão estar no artigo 5ª inciso LXVII da Constituição Federal de 1988 "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

CONCLUSÃO

No contexto institucional dos alimentos, foi a forma de apresentar durante o desenvolvimento deste trabalho de pesquisa, visto que a obrigação e o dever de preservar e zelar a vida das pessoas como humano, respeito os princípios

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

constitucionais da dignidade pessoa humana e não somente uma mera aplicação da lei de alimentos, pois garantir que as pessoas tenham esse direito a lei permite o aspecto de desenvolvimento social.

Percebe-se que não se pode confundir a obrigação alimentar assim como amparo legal da entidade familiar, assim como galgar os laços de reciprocidades por parte de cada ente, valendo zelar pelos direito alimentares das pessoas que estão necessitando dessa prestação.

Observou-se que o ordenamento jurídico tem o dever de aplicar a lei no momento que for acionado priorizando o princípio da Constituição Federal que é a dignidade da pessoa humana que é tanto falada por vários direito.

A transmissão de paga alimentos veio para que preservar não somente os que têm obrigação de pagar pois nem sempre quem tem esse direito não tem condições de arcar sozinho com essa obrigação, pois não há como lembrar que no momento que estiver sendo aplicada a lei de alimentos a pessoa que paga também precisar ter seus direitos garantidos pois não se pode deixar desamparado, por isso esse transmissão é necessária.

A Lei de Alimentos mesmo sendo uma lei de 1968, ainda sim é necessária que seja casa vez explanada no sentido de apresentar para a sociedade que todos tem o dever e a obrigação de não deixar desamparado seus entes, pois esse é o objetivo da lei.

Importante destacar nesse momento que compreender de forma jurídica a responsabilidade do prestador de alimentos e fazer com que o ser humano tenha ainda mais seu direito preservado de acordo com a Constituição Federal, visto que o presente ordenamento é positivo que todo ser humano deve ter a capacidade de demonstrar os laços familiares com seus entes, principalmente os idosos e os menores de idade que precisam ser amparados.

Desta forma, apresentar a transmissão da obrigação de alimento se faz necessário principalmente aos novos operadores do direito que iniciam sua vida profissional nos vários vamos, como é o caso do direito de família, que tem o condão de sempre estar atrelado com as obrigações familiares, zelando pela segurança jurídica desse direito que ainda é tão acionado por pessoas que precisam de sustento.

REFERÊNCIA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BRASIL Lei n º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 20 de Outubro de 2019

_____, **Lei nº 5.478 de 25 de julho de 1968**, dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5478.htm. Acesso em: 08 de Novembro de 2019.

CASSETTARI, Cristiano. **Direito elementares**. 2.ed. São Paulo: Saraiva,2013

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, direito de família** ,27.ed. São Paulo: Saraiva,2012.

FIUZA, César. **Direito civil completo**. 8.ed. rev. Atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

_____,r. **Direito civil completo**. 15.ed. rev. Atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, direito de família**. 12.ed. São Paulo: Saraiva,2015.

GOMES, Luiz Flávio et al. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais.2000.

LISBOA, Roberto Senise. **Manaus de direito civil, direito de família e sucessões**. 5.ed. S

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito de civil, direito de família**. 42. Ed. São Paulo: Saraiva:2012.

PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. 2º.ed** Rio de Janeiro: Forense,2012.

PIOVESAM, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 8.ed. São Paulo: Saraiva,2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, direito de família** 10.ed. Rio de Janeiro: Forense,2015.

_____,. **Direito civil, direito de família** 11.ed. Rio de Janeiro: Forense,2016.

VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito civil, direito de família**. 8.ed. São Paulo: Atlas,2008

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A (IM)POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NAS DISSOLUÇÕES DE SOCIEDADE CONJUGAL

VICTÓRIA SANTANA DE ARAÚJO OLIVEIRA:
Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Tocantins - UniCatólica.

GUILHERME AUGUSTO MARTINS SANTOS[1]

(Orientador)

RESUMO: Este artigo tem como propósito verificar a aplicabilidade da arbitragem nas hipóteses abarcadas pelo direito de família, mais precisamente referente às questões econômicas incluídas pela lei 11.441 de 4 de janeiro de 2007, que trata sobre as alterações decorrentes do Código de Processo Civil, que possibilita a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Para tanto se corporifica como um alterador de resolução de conflitos em que suas modificações trarão resultados pertinentes e seus reflexos serão alastrados para a realidade social e jurídica. Para a realização do estudo e consequentemente, visando à obtenção de resultados, foi realizada uma pesquisa descritiva e qualitativa com dados coletados a partir de uma análise documental e revisão de literatura específica que versam sobre o tema em estudo. Ao final da pesquisa conclui-se que a arbitragem é um método qualificador de resultados referente às dissoluções conjugais, capaz de proporcionar tanto as pessoas que optarem por utilizá-la, como para o judiciário resultados eficazes.

Palavras-chave: Arbitragem; Direito de Família; Dissoluções Conjugais; Resolução de Conflitos.

ABSTRACT: The purpose of this article is to verify the applicability of arbitration in the cases covered by family law, more precisely referring to the economic issues included by Law 11.441 of January 4, 2007, which deals with the changes resulting from the Civil Procedure Code, which enables the inventorying, sharing, consensual separation and consensual divorce by administrative means. To this end it embodies itself as a conflict resolution alterator in which its modifications will bring pertinent results and its reflexes will be spread to the social and legal reality. For the accomplishment of the study and consequently, aiming at obtaining results, a descriptive and qualitative research was carried through with data collected from a documentary analysis and review of specific literature that deals with the theme

under study. At the end of the research it is concluded that arbitration is a qualifying method of results related to marital dissolutions, able to provide both the people who choose to use it and the judiciary effective results.

Keywords: Arbitration; Family right; Conjugal Dissolutions; Conflict resolution.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Arbitragem como diferencial; 3. Direito patrimonial: 3.1. Princípios; 3.2. Sentença arbitral; 3.3. Alterações lei 9.307. 4. Arbitragem dissoluções conjugais. 5. Lei 11.441/2007. 6. Conclusão. 7. Referências.

1.INTRODUÇÃO

Diante a tantos problemas existentes na sociedade faz-se necessário o uso do Direito como forma de delimitar as regras de convivência na sociedade. Para que isso ocorra faz-se necessário a intervenção do Judiciário ou de outros meios de resolução de conflitos para que haja freio entre os dilemas que assolam a humanidade.

Com tantas adversidades existentes na sociedade, o número de processos cresce continuamente, ocasionando estresses e atrasos para quem procura o Judiciário e necessita de resultados. A arbitragem nasce com o intuito de tornar o processo célere e diminuir o cansaço que o Judiciário carrega por seu abarrotamento de causas.

A arbitragem é identificada como um meio extrajudicial para a solução de conflitos já que não há intervenção estatal, popularmente conhecida como justiça privada, pois ocorre a outorga a uma pessoa ou um grupo de pessoas a tarefa de pacificar um litígio por meio de uma sentença arbitral. As partes buscam pessoas de confiança delas e que entendam da matéria objeto do conflito para assim decidir a dissensão existente.

A decisão de escolher o método da arbitragem ocorre por livre escolha das partes envolvidas no litígio, que contam com interesse mútuo na resolução da dissidência de forma mais rápida e prática. E um meio alternativo e privado que se refere exclusivamente a direitos patrimoniais e disponíveis por meio de um árbitro que apresentará a sentença arbitral. Não é um meio acessível a todos visto que geram custos as partes.

Desse modo, pelo fato das pessoas não possuírem tanto conhecimento em relação a esse procedimento, acabam desencadeando a pouca procura desse método de resolução de conflitos, por isso, a necessidade de um entendimento quanto ao tema

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

em questão e designar uma proposta aceitável ao meio jurídico que é adoção da arbitragem nas dissoluções conjugais.

O objetivo do presente artigo é instituir uma reflexão acerca deste meio de resolução de conflitos, que está ganhando maior repercussão com suas inovações a partir do aumento na abrangência de tratativas, demonstrando novos conceitos que por ela pode ser adotado.

Citar os princípios jurídicos que a norteiam, além de identificar a funcionalidade das sentenças arbitrais, esclarecer as inovações advindas das alterações da Lei da Arbitragem e propor a aplicação da mesma nos casos de dissolução de sociedade conjugal, também são objetivos a serem enfrentado neste artigo.

O método utilizado concerne em uma pesquisa descritiva, qualitativa e empregou-se como instrumentos de coletas de dados a análise documental e revisão de literatura específica que versam sobre o tema em estudo.

Diante disso, a seção seguinte deste artigo, trata da propositura e exequível capacidade de amplitude e expansão que este meio de resolução de conflitos pode vir a atuar, determinando uma exploração acerca da percepção deste meio privado.

A lei entende que a sociedade conjugal e vínculo matrimonial são temas distintos, a sociedade conjugal se inicia com o casamento, mas compreende sobre regime de bens, bem como a direitos e deveres dos cônjuges. Como prevê o artigo 1.571 caput do Código Civil ao mencionar sobre o término da sociedade conjugal, percebe-se o envolvimento frente a bens, bens estes que serão partilhados.

Nesse contexto, a lei nem sempre consegue abarcar toda uma situação, tornando-se problemática, demando de elementos que irão sanar tais dificuldades ou incompreensão, portanto necessita que em muitos casos o texto da norma precise ser intermediado por atividades interpretativas. E precise nesses casos salientar sobre um referido dispositivo que estabeleça a possibilidade de transação de direitos indisponíveis.

Destarte, o artigo encontra-se decomposto em capítulos que discorrem primeiramente acerca do entendimento da arbitragem como meio de resolução de conflitos, não interposto pelo Poder Judiciário, em seguida versa sobre o direito patrimonial disponível aplicável na arbitragem e o direito indisponível que admite transação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Prontamente, tem como escopo compreender o sentido ontológico dos princípios ligados à arbitragem e alude sobre a compreensão e efetividade da sentença arbitral. Posteriormente expõe as atualizações que a arbitragem sofreu desde a fixação do CPC/2015, em destaque as alterações decorrentes da Lei 9.307 (Lei da Arbitragem).

Imediatamente aborda inquietações do fértil campo da solução não estatal de conflitos jurídicos no ramo das dissoluções conjugais e finalmente a queda do monopólio do poder judiciário para decretação do divórcio e fixação da pensão alimentícia após a Lei 11. 441/2007.

2.ARITRAGEM COMO DIFERENCIAL NO ENFRENTAMENTO DOS CONFLITOS

Os seres humanos perderam sua essência, seus valores e princípios, o senso de honestidade, honra e justiça. Por isso, a necessidade de uma intervenção maior para colocar um freio frente a tanta deterioração de preceitos. Essa intervenção busca tirar o desgoverno e trazer a regularidade face a integridade e zelo dos cidadãos e somente será possível através do direito.

O Direito carrega em seu bojo uma amplitude de significados, por corolário disso surge-se uma certa dificuldade em sua conceituação, mas com o intuito de expressar que seja parcamente sua definição. O direito reside em um mecanismo de fazer justiça através dos males que assolam a humanidade, ele propõe manter a ordem na sociedade e fornecer a igualdade através de leis, princípios, bons costumes, jurisprudências, doutrinas, analogia, moral, ética e etc. Um aglomerado de dizeres que formam o ordenamento jurídico.

Segundo Ferraz Jr. (2018), o direito possui certa dificuldade acerca de sua definição exata. De um lado possui a finalidade de dar a cada um o que é seu, de suprir as lesões do outro, em um contexto geral de efetivar a justiça. Por outro lado composto, por regras provenientes de coatividade e emanadas do poder constituinte. Nesse sentido, o direito é visto como o cumprimento da lei, como algo justo, honesto, correto, que irá interporá aos cidadãos um limite e um bálsamo em suas necessidades.

Direito se enquadra com a ideia de regra, direção, sem desvio (GUSMÃO, 2018). Dessa forma, temos que o direito varia de acordo com seu uso e complexidade. Com essa visão, uma palavra que sempre é a primordial quando nos referimos ao direito, é a palavra, justiça. Justiça é o que se espera sempre que um direito é lesado, que uma lei é descumprida, quando ocorre um tratamento desigual e cabe ao Estado exercer três funções distintas, quais sejam, a função de legislar, executar e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de fazer cumprir as leis. Essas três funções formam o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

O Poder Legislativo produzirá as leis, o Executivo administrará os interesses públicos e o Judiciário julgará conflitos e garantirá os direitos fundamentais dos cidadãos. Desse modo, quando alguém se sentir lesionado de algum direito que é garantido a ele, por meio de leis, princípios e costumes, buscará o judiciário para corrigir esse mal. De acordo com Verçosa (2017), o judiciário precisa ser provocado para operar, portanto cabe a pessoa prejudicada por meio de seu advogado acionar o Judiciário.

Ocorrendo todos os trâmites de ajuizamento de uma ação pelo poder judiciário, em toda sua delonga no processo, havendo a possibilidade de recorrer a uma instância superior, sucedendo-se todo um retardamento na conclusão do processo muitas vezes o indivíduo não dispõem da oportunidade de findar seu processo, indo até mesmo a óbito por tantos anos que se passaram desde a propositura da ação.

Com esse intuito, tem-se a arbitragem como um meio muito mais rápido se comparada ao judiciário na finalização de um processo. Segundo Verçosa (2017), a arbitragem é um meio alternativo de resolução de atritos entre as partes, que podem ser pessoas físicas ou jurídicas que aludem sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Arbitragem é um meio de solução de conflitos em que são derrogados poderes a uma ou mais pessoas através de uma convenção privada em que poderão decidir baseado nela sem a necessidade da intervenção estatal e possui o mesmo efeito de uma sentença judicial (CARMONA, 2014).

Ocorre a outorga a uma pessoa ou um grupo de pessoas a tarefa de pacificar um litígio por meio de um contrato. As partes buscam pessoas de confiança delas e que entendem da matéria objeto do conflito para assim decidir a dissensão existente.

A decisão de escolher o método da arbitragem ocorre por livre escolha das partes envolvidas no litígio, que contam com interesse mútuo na resolução da dissidência de forma mais rápida e prática. E um meio alternativo e privado que se refere exclusivamente a direitos patrimoniais e disponíveis por meio de um árbitro que apresentará a sentença arbitral.

Após apresentar a Arbitragem como um diferencial ao enfrentamento dos conflitos passaremos no próximo capítulo a abordar o direito patrimonial disponível e o direito indisponível que admite transação.

3.DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL E DIREITO INDISPONÍVEL QUE ADMITE TRANSAÇÃO

Conforme já foi exposto previamente, quanto à utilização da arbitragem no direito brasileiro e sua restrição quanto à matéria jurídica e apontamentos referentes ao tipo de jurisdição que ela pode submeter, nada mais sensato do que compreender está disciplina no âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis e uma contemporânea inovação legislativa e jurisprudencial que são os direitos indisponíveis que admitam transação.

O direito patrimonial será disponível, quando tratar de elementos que podem ser cedidos ou alienados, por pessoa capaz (BERALDO, 2014). Ou seja, que possua alguma apreciação monetária, que envolva bens, fortunas, heranças, pecúnia etc.

Para Harold Malheiros Duolerc Verçosa, "Direitos patrimoniais são, portanto, aqueles relativos a bens integrantes do patrimônio e que, além disso, ainda possam ser objeto de disposição, o que significa alienação, venda, entrega como garantia, doação etc (VERÇOSA, 2017, p.49)".

A partir da explanação acerca dos direitos patrimoniais disponíveis entende-se que sua aplicabilidade pode ser culminada, por exemplo, quando se tratar de alimentos dos cônjuges em que não há envolvimento de menores, nas partilhas de bens, bem como referente a heranças em que não abrange nenhum incapaz e em casos de divisões de patrimônios.

Já os direitos que admitem transação, são inovações que surgiu com a Lei de Mediação, mais precisamente, Lei 13.140/2015, em seu art. 3°, que expressa que a mediação pode tratar de conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

Esse direito é de difícil compreensão quanto ao sentido e expressão utilizada, Miranda (1984), alude quanto a incompatibilidade frente a obtenção de um conceito na junção de indisponível e transação. Visto que transação conjectura o poder de dispor, portanto, ocorreria manifesta contradição na alegação de que aquilo que é indisponível pode ser transacionado.

Para alguns autores a transação de determinados direitos indisponíveis que anteriormente eram vetados passou a ser autorizado. Como demonstra o autor Antunes (2015, p. 75-76).

(...) cessão dos direitos de imagem; da disposição de tecidos, órgãos e partes do corpo humano para transplante; da mudança de sexo; do direito a alimentos; dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

direitos trabalhistas e previdenciários; dos contratos de concessão de serviços públicos; e do crédito tributário.

Sua comprovação se baseia a exemplos práticos, que precisou ter ocorrido para ser consolidado e é ofertada a mediação que resolva conflitos que refiram a direitos indisponíveis transacionáveis.

Percebe-se que o direito está se relativizando em muitos âmbitos, tendo em vista à necessidade de pacificação e evolução social. Para tanto, a esfera jurídica atual está nutrida de casos de soluções alternativas de conflitos, que permeiam não só sobre direitos disponíveis, como também sobre outros direitos classificados como indisponíveis. Venosa expõe sobre o direito alimentar, notadamente indisponível:

Assim como não se admite renúncia ao direito de alimentos, também não se admite transação. O quantum dos alimentos já devidos pode ser transigido, pois se trata de direito disponível. O direito, em si, não o é. O caráter personalíssimo desse direito afasta a transação (VENOSA, 2015, p. 411).

Como pressuposto desta discussão Grinover (2014), elucida sobre o antigo projeto de lei n° 7.169/2014, ao afirmar que as premissas de cumprimento de obrigações alusivas a direitos indisponíveis, podem ser objetos transacionados sem que isso signifique a transação do próprio direito.

Assim, compreende que existe a possibilidade na disposição do aspecto econômico desses direitos, como mencionado anteriormente os direitos que eram vetados e passaram a ser admitidos pela jurisdição.

Desta forma, quando ocorrem embates conjugais, as famílias buscam as soluções de conflitos menos prejudiciais ao patrimônio em comum. Nesse âmbito, ao se depararem com situações conflitantes, incongruentes e ambíguas, em que acarretará em divórcio ou separação, procuram soluções satisfatórias, menos onerosas e rápidas para se desvincular o mais rápido possível do seu consorte, possibilitando, portanto, um meio de solução de conflito denominada arbitragem nos casos de dissoluções conjugais.

Elucidados acerca de direitos que satisfazem o meio conflitante estudado, o próximo capítulo abordará os princípios que corroboram para a validação deste célere meio de resolução de conflitos.

3.1. Princípios que corroboram para validação da arbitragem

Os princípios corroboram para aplicação deste método de resolução de conflitos e para um melhor entendimento e lucidez perante o significado dos princípios que são utilizados na sustentação e aplicabilidade das normas jurídicas, Soares (2017), traz que princípios em uma compreensão comum, é o início, começo ou origem das coisas.

Os princípios são, dentre as formulações deônticas de todo sistema éticojurídico, os mais importantes a ser considerados não só pelo aplicador do Direito, mas também por todos aqueles que, de alguma forma, ao sistema jurídico se dirijam. Assim, estudantes, professores, cientistas, operadores do Direito — advogados, juízes, promotores públicos etc. —, todos têm de, em primeiro lugar, levar em consideração os princípios norteadores de todas as demais normas jurídicas existentes. (NUNES, 2018, p.221 e 222).

Desse modo, entende-se que os princípios não podem ser ignorados, visto que darão ao judiciário estabilidade e vigor perante suas decisões. Assim, a partir de vários projetos de leis e iniciativas para a vigência da Lei 9.307, Lei da Arbitragem foi criada em 1996. Sendo composta por 7 (sete) capítulos e 44 (quarenta e quatro) artigos.

A referida lei é composta por princípios que inicialmente serão abordados e não estão expressos na lei, mas que presidem na configuração das normas. Um desses princípios consiste na autonomia privada, que se refere ao sentido de que depende das partes a escolha, cabe somente a elas a renúncia quanto a supremacia estatal em proveito da supremacia arbitral (BERALDO, 2014).

Em um conflito de interesses, as partes dispõem livremente do poder de escolha e em virtude disso poderão definir a litigância por via arbitral ou por meio do Poder Judiciário. Este princípio se fundamenta na vasta liberdade contratual no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, permitindo efeitos tutelados pela ordem jurídica (GONÇALVES, 2018).

Este princípio consubstancia à vontade exclusivamente das partes na propensão do procedimento arbitral, e essas possuem poder perante suas predileções, podendo abdicar do poder estatal na resolução de suas controvérsias. Com a ideia de que ao optar pela arbitragem, as partes fazem por meio de um contrato, tem-se que além da autonomia privada, as partes necessitam fazer uso da boa-fé.

A boa – fé objetiva, preceitua o que se espera de uma conduta padrão, atitudes honestas, sérias, leais, procura alcançar o correto e assegurar confiança frente a um negócio (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019). Em consequência das virtudes fornecidas com a boa-fé que se pode obter um contrato correto, claro e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

válido. O princípio da boa-fé requer que as partes procedam de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato (GONÇALVES, 2018).

A boa-fé objetiva consiste, portanto, em princípio do direito privado, que tem o intuito de estabelecer um padrão de nivelamento quanto aos poderes estatais e arbitrais, além de externar e imperar a probidade, verdade, lealdade, honradez, entre outros componentes da boa-fé. A boa-fé precisa está vinculada em qualquer contrato que se for estabelecer, porém um diferencial que pode se observar de um contrato comum, para um contrato por meio arbitral é que em um contrato comum exige-se certa formalidade, quantos as suas regras e em um contrato arbitral não, sua formalidade é reduzida, e isso é compreendido a partir do princípio do devido processo legal mínimo.

O procedimento arbitral tem uma essência mais informal. Sem dúvida deve ter a submissão às regras estabelecidas em lei, caso contrário não seria necessário a existência de uma norma regulamentadora. Entretanto, o procedimento arbitral é de fato mais informal e as partes podem atuar com maior maleabilidade (GUILHERME, 2018).

O sistema arbitral é, portanto, considerado flexível para ambas as partes, visto que tanto uma quanto a outra possui o poder de escolha do seu árbitro. É válido lembrar também a importância da necessidade de uma norma que regulamente e fiscalize a regra para o bom funcionamento da mesma.

Segundo Beraldo (2014), a informalidade se dá graças aos direitos patrimoniais disponíveis que versam sobre a arbitragem. Considera-se o processo legal mínimo, o meio pelo qual as partes disponibilizam da possibilidade de menos formalidade e rigor quanto às regras processuais, cabendo a elas inclusive na escolha do árbitro que irá solucionar a lide. Por estar presente a informalidade nos contratos, as partes não podem acreditar e arriscar-se que os contratos não possuem força obrigatória em seu cumprimento, visto que, ninguém está obrigado a instituir um contrato.

A ordem jurídica estabelece a liberdade de contratação e definição dos termos e objeto da avença. Os que o fizerem, todavia, sendo o contrato válido e eficaz, deve ser cumprindo. Em virtude de uma contratação presume-se que as partes têm conhecimento acerca do que está incluso no contrato, por tanto não podem declinar de sua execução. “Por esse princípio, as estipulações feitas no contrato deverão ser fielmente cumpridas, sob pena de execução patrimonial contra o inadimplente” (GUILHERME, 2018, p. 162).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Este princípio determina a força contratual, uma vez os contratos estão firmados eles possuem força obrigatória. As partes leram os pressupostos, estão cientes do que está estabelecido no contrato, portanto, não pode declinar de seu cumprimento. A partir da força obrigatória dos contratos é necessário deixar claro sua relatividade frente aos contratos e isso pode ser observado apoiado ao seu entendimento.

O Princípio da relatividade dos contratos trata-se objetivamente da jubilação frente a individualidade das partes, em que poderá ser acordado somente com aqueles que firmaram o contrato (FICHTNER, MANNHEIMER E MONTEIRO, 2019). É determinado que somente quem está incluso no contrato, no caso apenas que firmou a contratação, que poderá decorrer de alguma espécie de acordo.

O princípio possui a concepção de que os efeitos do contrato só se produzem em relação às partes, àqueles que manifestaram sua vontade, não afetando a terceiros, nem mesmo seu patrimônio (GONÇALVES, 2018).

Este princípio determina que somente as partes que celebram o contrato que estão obrigados a cumpri-lo, não alcançando terceiros, salvo casos previstos em lei. Em conformidade com a celebração dos contratos que são de exclusividade das partes, é indispensável que elas tenham ciência que possuem garantias fundamentais introduzidas em um processo, tais quais, seriam o da ampla defesa e do contraditório.

O princípio da ampla defesa atua em nível mais geral e abstrato, no sentido de querer que o ordenamento jurídico presuma mecanismos e técnicas específicas e convenientes de tutela jurisdicional, adaptados, pois, às necessidades práticas e às peculiaridades do direito material em disputa (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019).

Princípio que não consta na Lei da Arbitragem, mas é essencial para as mínimas garantias do procedimento arbitral uma vez que não existe contraditório sem defesa, é o princípio da ampla defesa (BERALDO, 2014). Este princípio é formulado a partir do direito que qualquer uma das partes possui para propor todas as evidências que encontrar necessárias para se defender, desde teses às provas que são reconhecidas e pertinentes.

Estes princípios apesar de não estarem expressos na lei da arbitragem são garantias processuais que norteiam o direito arbitral, corroborando para sua aplicabilidade de forma segura. Outros princípios que estão incorporados na Lei da Arbitragem no artigo 21, parágrafo 2°, são o contraditório, da igualdade das partes, da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, são princípios expressos na lei que configuram sua execução.

O princípio do contraditório não necessita da reação das partes, mas apenas faculta essa reação, de maneira que agir ou não está no poder de disposição das partes. (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019). De acordo com Beraldo (2014), é o momento que as partes terão ciência quanto a matéria em discussão, e sucessivamente reagir contra ela. Por conseguinte, o contraditório como o próprio nome expressa, é ir de contrário ao processo em questão, ou seja, é o momento que a parte pode se opor aos atos processuais, ela possui o direito de se manifestar acerca de pontos específicos que a parte oposta sobrepõe sobre a lide.

Assim com é permitida a manifestação das partes tanto de um lado quanto de outro, é perceptível uma igualdade entre elas e isso ocorre em conformidade com princípio da igualdade. Este princípio garante a igual oportunidade para que ambas as partes requeiram e provenham os fatos controvertidos (FICHTNER; MANNHEIMER e MONTEIRO, 2019). Para Beraldo (2014), não pode haver tratamento prioritário a nenhuma das partes.

Como o próprio nome menciona, é não haver distinção ou tratamento primacial a nenhuma das partes. Este princípio é indispensável para construção de qualquer lei ou regra, previsto na própria Constituição Federal da República no artigo 5° caput, que expõe, a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida tanto a brasileiros, quanto a estrangeiros residentes no País. Desse modo, não há diferenciação a nenhuma das partes garantindo tratamento igualitário perante as partes que constituem a lide.

No tocante da imparcialidade do árbitro, como o próprio Beraldo (2014) alude, não há necessidade de ser mencionado, visto que se trata de características que são indissolúveis da jurisdição. Para Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019), a arbitragem é representada por um foro neutro. A imparcialidade estabelecerá a neutralidade e o senso de justiça que é exigido ao árbitro em suas decisões, não ocorrendo privilégios a nenhuma das partes. Advém, desse modo, que o princípio da igualdade e da imparcialidade do árbitro estão ligados, unificados um ao outro, se ferir qualquer um, estará ferindo o outro.

Visto por essa ótica entendemos que o princípio do livre convencimento é embasado na acepção que é a partir das provas que o árbitro irá decidir a lide. Essa compreensão é aplicada tanto na arbitragem como na jurisdição comum. Assim sendo, no Código de Processo Civil de 2015, no artigo 371, expõe, "O juiz apreciará

a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento."

Segundo o princípio do livre convencimento estabelece que o julgador não está vinculado a nenhum sistema de preferência legal de provas, razão pela qual ele possui toda a liberdade para valorar as provas produzidas no processo segundo sua própria convicção, contanto que justifique, racional e expressamente, quais foram os elementos de prova presentes nos autos que o levaram a decidir, visto que esses elementos influenciaram o teor da decisão (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019). Desse modo, entende-se que é a partir de suas convicções com adicional das provas apresentadas no processo que o árbitro decidirá a lide.

3.2. Sentença arbitral

A lei determina que a decisão do árbitro constitua sentença arbitral e o artigo 203, § 1° do CPC, exprime:

Art. 203.Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

À vista disso, a sentença arbitral é dotada da mesma efetividade de um provimento judicial transitado em julgado nos termos do artigo 31 da Lei da Arbitragem e deve ser proferida por escrito, conforme o artigo 24 desta mesma lei. Ela consiste em título executivo judicial, consoante o art. 515, §VII do CPC que alude que os títulos executivos judiciais, no qual o cumprimento se dá conforme os artigos previstos no cumprimento de sentença, assim como a sentença arbitral.

As sentenças arbitrais, assim como as judiciais, podem ser, terminativas, aqueles elencados pelo art. 485 de conteúdo meramente processual, quando, por exemplo, reconhecem a invalidade do compromisso arbitral ou o impedimento ou suspeição sem que haja possibilidade de substituição do árbitro, porque assim foi convencionado.

Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral:

I - Escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

II - Falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto.

E podem ser definitivas, que julgam o mérito e resolvem a lide, ou seja, que reconhecem o direito de uma das partes e podem ser, assim como as sentenças judiciais, condenatórias, constitutivas ou declaratórias.

Sendo terminativa ou definitiva quanto à abrangência, a sentença arbitral poderá ser parcial, nos termos do § 1º do art. 23 da Lei de Arbitragem, incluído pela Lei 13.129/2015, segundo o qual: "§ 1º Os árbitros poderão proferir sentenças parciais". Com a sentença parcial, a parte interessada pode, até mesmo, exigir o cumprimento daquilo que já foi decidido e prosseguir na parte que ainda dependa de decisão arbitral e total, na proporção em que enfrentar a integralidade da pretensão deduzida no processo.

Esta característica do procedimento arbitral corrobora com a celeridade, não permitindo que a parte no pedido dependa de prova pericial, ou outra que demande tempo, prejudique a parte do pedido que pode, desde logo, ser objeto de decisão e eventual execução. Proporcionando diversos títulos executivos judiciais resultantes do mesmo procedimento arbitral.

A única diferença da sentença arbitral para a sentença judicial, é que na arbitral o árbitro não é dotado de coerção, em caso de execução e haja alguma resistência será necessária a atuação do magistrado para materialização da sentença arbitral.

Em que sucede as demonstrações em relação à execução da sentença arbitral, o capítulo seguinte abordará as atualizações que foram sofridas pela arbitragem, além das leis que foram alteradas em decorrência dela.

3.3. Atualização da arbitragem em destaque as leis que alteraram a lei 9.307

Com a reforma do Código de Processo Civil alguns tópicos foram incorporados ao universo da arbitragem, como os artigos 3° e 42 do CPC. Diz o art. 3º: "Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito". E seu § 1º dispõe que: "É permitida a arbitragem, na forma da lei". Por sua vez, determina o art. 42 que "As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei". O CPC/2015 revela-se com objetivo de reconhecer a jurisdição da arbitragem e reforçá-la.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Lei da Arbitragem sofreu alterações em 2015 em que houve a reforma da lei 9.307/96, com o intuito de ampliar o alcance do meio alternativo de resolução de conflitos. Foi criada a lei 13.129/15 que foram contempladas com mudanças favoráveis ao nosso meio jurídico, como a utilização da arbitragem na administração pública direta e indireta, previstos no artigo 1°, parágrafo 1° e 2° da lei 9.307/96:

§1°A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

Com as modificações introduzidas com a lei 13.129/15, a doutrina majoritária e a jurisprudência do STJ anuíram a arbitragem na administração pública, o que eliminou qualquer incerteza ou dúvida que restava acerca desse instituto nesse meio. Podendo se valer dela pelo poder público sempre que seja a melhor opção de eficiência pelo interesse da coletividade.

Trouxe também, a possibilidade da estipulação de cláusula compromissória em contratos de adesão, assim como prova o art. 4°, §2° da Lei da Arbitragem, nesse sentido visando a possibilidade da iniciativa e escolha do consumidor sobre adoção da arbitragem em litígios de consumo.

Outra inovação advinda da atualização da arbitragem é a sua utilização na resolução de dissídios trabalhistas coletivos, segundo Melo e Beneduzzi (2016), esclarecem a visão geral dos laboralistas, que é sabido que ao existir um conflito entre empregado e empregador, o empregado vai se encontrar em situação de inferioridade econômica e técnica. E ao haver uma negociação por meio de sindicatos ocorrerá igualdade entre os entes coletivos envolvidos, que haverá de um lado o sindicato dos empregados e de outro o empregador na figura da empresa ou do sindicato patrimonial.

Dessa forma, a Constituição Federal dispõe no art. 114, § 1° e 2°, a possibilidade da utilização da arbitragem, como também alguns diplomas infraconstitucionais, como a Lei de Greve (Lei 7.783, de 28 de junho de 1989), a Lei dos Portos (Lei 12.815, de 5 de junho de 2013), e que contém dispositivo muito similar em seu art. 37. Alude, ainda, a lei que regula a participação do empregado nos lucros e resultados da empresa (Lei 10.101, de 19 de dezembro de 20005), que traz expressamente, em seu art. 4º, § 1º, a definição de "arbitragem de ofertas finais", empregada também na vigente Lei dos Portos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Diante do exposto, não restam dúvidas da utilização da arbitragem, na esfera dos dissídios coletivos para resoluções de conflitos, mormente por que tal alternativa é abrigada pela Constituição Federal e também por diversas normas infraconstitucionais.

Ocorreram alterações na Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76), ao ser inserido o artigo 136- A:

Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quorum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45.

§ 1º A convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da ata da assembléia geral que a aprovou.

§ 2º O direito de retirada previsto no caput não será aplicável:

I - caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% (vinte e cinco por cento) das ações de cada espécie ou classe;

II - caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia aberta cujas ações sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas "a" e "b" do inciso II do art. 137 desta Lei.

O legislador ao incluir este artigo optou pelo Princípio da Maioria ao determinar que a aprovação da convenção de arbitragem obrigue a todos os acionistas, desde que respeitado o quórum de que representem metade, no mínimo, das ações com direito a voto previsto no artigo 136 da Lei de S/A.

Bem como, a transferência da competência do STF para o STJ para homologar sentenças estrangeiras com a redação do artigo 35 e 39 da lei da arbitragem.

Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça.

Art. 39. A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Os órgãos arbitrais não são integrantes da organização do Poder Judiciário. Sua resignação a deliberações dos tribunais para apontar qual o órgão competente para tramitar e julgar uma causa designa solução que contraria o sistema da lei de arbitragem, na qual determina importantes regras como a da competência-competência, bem como da possibilidade de controle posterior do Poder Judiciário a respeito da higidez e validade do processo arbitral (MELO; BENEDUZZI, 2016).

A vista disso compreende-se que o processo arbitral não se sujeita às regras específicas de competências fixadas pelo Código de Processo Civil, nem mesmo referentes aos "órgãos arbitrais" podem ser considerados órgãos judicantes para propósitos de inserção nos casos de cabimento do Conflito de Competências, seja perante o Superior Tribunal de Justiça, seja por tribunais locais.

Deu-se o acréscimo dos artigos 22-A e 22-B desta mesma lei, em que as partes poderão, antes de instaurar a arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar de urgência.

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.

Além disso, a lei 13.129/15 trouxe a inovação da carta arbitral com a inclusão do artigo 22-C, que nada mais é que um novo veículo de cooperação com o Poder Judiciário, que caracteriza uma modernização e avanço da lei. Através da carta arbitral, os árbitros poderão requerer a colaboração do Poder Judiciário em medidas que demandem um ato estatal de força à distância para, por exemplo, o cumprimento de tutelas emergenciais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com essas mudanças que ocorreram na jurisdição foi proporcionada maior amplitude para arbitragem, que consequentemente torna-se favorável tanto para as partes, quanto para o meio jurídico, celeridade para aqueles e redução no número de processos para estes.

Apresentada as atualizações decorrentes da Lei da Arbitragem, posteriormente serão tratados sobre explicativas em relação ao regime de bens, além de um demonstrativo de deliberações do Código Civil brasileiro esclarecedores para possibilidade da arbitragem no direito de família.

4.POSSIBILIDADE DA ARBITRAGEM NAS DISSOLUÇÕES CONJUGAIS

Estas mudanças que hoje contribuem para melhor agilidade, e possibilidade de escolha para as partes, podem vir a contribuir ainda mais no meio jurídico ao adicionar as separações conjugais, visto que as causas de dissoluções de casamento são as mais diversas, não se resumindo apenas habitual incompatibilidade de gêneros.

Assim, como era considerado ou ainda é para algumas pessoas o pensamento "para a vida toda ou até que a morte vos separe". Não raro o cotidiano vem a mostrar que tal frase está cada vez mais longe de ser realizada, haja vista, casos de casamento que não chegaram a completar nem mesmo um ano de duração, seja pela precipitação dos noivos ou em razão de infidelidade de um dos cônjuges ou até mesmo pela discrepância de personalidades.

Em conformidade com os dados coletados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a pesquisa mostra que entre os anos 2016 e 2017 o número de uniões registradas diminuiu 2,3% e o número de divórcios aumentou 8,3%. E a exceção fica por conta dos casamentos homoafetivos que, apesar de representarem pouco mais de 0,5% das uniões registradas, são a porção que segue crescendo, com aumento de 10% em 2017.

Em virtude dos dados apresentados a respeito dos divórcios no Brasil, observa-se que sua aplicabilidade pode ser amplificada ao possibilitar às pessoas meios alternativos para se desvincular de seu consorte. De acordo com essa ótica, é necessário que se entenda acerca da sociedade conjugal e dos meios de dissoluções de sociedade conjugal presentes em nosso Código Civil.

Segundo Gonçalves (2018), a sociedade conjugal é compreendida por direitos e obrigações que constituem a vida coletiva dos cônjuges e se constitui quando duas pessoas unidas com um propósito de relacionamento dispõem de ânimos de

constituir família e pode ocorrer por meio social, religioso, jurídico, entre vários outros meios de vínculos.

Quando estas duas pessoas optam por não se envolverem mais, não possuírem mais vínculos, nasce os meios de dissoluções de sociedade conjugal. Os meios de dissoluções de sociedade conjugal que artigo 1.571 do Código Civil designa, ocorre por morte de um dos cônjuges, nulidade ou anulação do casamento, separação judicial e divórcio. Acrescenta ainda o § 1° do dispositivo estimado, a aplicação quanto ao ausente. O Código Civil em seu artigo 1.639, dispõe:

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§ 1°. O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

§ 2°. É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Gonçalves (2018) pontua que a partilha de bens se dá por meio da sucessão. Sucessão seria quando uma pessoa assume o lugar da outra, ficando responsável quanto à titularidade de determinado bem. No caso da morte de um dos cônjuges em que uma pessoa detém-se da responsabilidade quanto aos bens do falecido e isso ocorre por inventário que é quando irão fazer um levantamento quanto aos bens e dívidas do falecido.

Quanto ao divórcio, surge quando um casamento ou uma união estável findam. Nos casos de divórcio existem os regimes de bens, que servem como garantias aos cônjuges e até mesmo como um meio de conservação dos alimentos e heranças destinadas aos filhos.

Regime de bens é o conjunto de regras que disciplinam as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal (GONÇALVES, 2018, p. 436).

O Código Civil estabelece quatro regimes, que seriam o de comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, participação final dos aquestos e o regime de separação de bens.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Comunhão parcial são aqueles bens adquiridos após a constância do casamento; Comunhão universal de bens que são todos os bens dos cônjuges, tanto os anteriores, quanto os posteriores a constância do casamento; Participação final dos aquestos serão os bens que possuíam ao se casar e os que adquiriram juntos na constância do casamento, porém os cônjuges dispõem de liberdade quanto aos bens móveis que são de exclusividade de cada um, podendo vender sem anuência do outro; O regime de separação de bens determina que os bens sejam exclusivos de cada um, o bem que estiver em seu nome será de domínio próprio.

Com essa perspectiva em relação aos regimes de bens, é estipulada a união estável, que sejam aplicadas as mesmas regras do regime parcial de bens, em que a partir do momento que se configura a união estável, os bens que passarem a adquirirem juntos será dividido entre os dois. A união estável presente no art. 1.723 do Código Civil "afirma que a união estável entre um homem e uma mulher é caracterizada como entidade familiar, dispondo de uma convivência pública, contínua e duradoura e ainda ter ânimos de constituir família."

Apresentada essa elucidação sobre a sociedade conjugal, meios de dissoluções de sociedade conjugal e partilha de bens percebe-se que caberia a arbitragem para tratar das questões referentes ao direito patrimonial disponível, que seriam nos casos que envolvam partilha de bens, que serão discutidos patrimônios que poderão ser negociados, assim como ampliar suas tratativas envolvendo dissoluções conjugais.

5.A QUEDA DO MONOPÓLIO DO PODER JUDICIÁRIO PARA DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO E FIXAÇÃO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA APÓS A LEI 11.441/2007

Apesar de a separação conjugal ser um direito indisponível, ou seja, não pode ser transferido a outrem, não significa, portanto, que as questões de cunho patrimonial decorrentes dos direitos indisponíveis não possam ser objeto de arbitragem.

A Lei 11.441/2007 surgiu com um recurso inovador para o direito de família, no qual autorizou a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual fossem realizados extrajudicialmente por via administrativa em tabelionatos de todo o país.

Com o surgimento desta referida lei a carta maior e seu artigo 5°, inciso LXXVIII, assegura a todos, tanto no âmbito judicial, quanto no administrativo, à duração do processo e os meios no qual os garantem a celeridade de sua tramitação.

Assim sendo, atende a um antigo anseio social, que era uma legislação que lhe atendesse de maneira rápida e eficaz, permitindo assim usufruir com flexibilidade dos bens materiais.

Nessa continuidade, dispõe o artigo 733 do Código de Processo Civil:

O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Em decorrência deste artigo, elencado com o art. 731, nada impede que, as partes resolvam se submeter por intermédio de escritura pública questões referentes a separações consensuais, nessa visão, a atuação da arbitragem poderia recair sobre o valor dos alimentos e também sobre a partilha dos bens. Nessa linha de raciocínio o Código Civil de 2002, também aponta em seus artigos:

Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.

Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Arrazoando a matéria, Carmona aponta:

A arbitragem é uma técnica para solução de controvérsia através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial. Para que possam recorrer a este meio de solução de controvérsia – que tem natureza jurisdicional os interessados devem ser capazes de contratar (capacidade civil) e o litígio deve versar sobre direitos patrimoniais disponíveis. O novo Código Civil, nos arts. 851 e 852, reforça tal premissa (que estava suficientemente clara no primeiro artigo da Lei 9.307/96), ou seja, de que é possível fiar-se em árbitros desde que os contratantes tenham

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

capacidade de contratar (art. 851) e desde que o litígio não diga respeito a questões de estado, de direito pessoal e de família e de outras questões "que não tenham caráter estritamente patrimonial" (art. 852) (CARMONA, 2009, p. 15).

Tal entendimento assume a postura, que perpassa pela expressão de contratualidade, vez que ambas as partes contratam, portanto, a escolha deste modo de resolução de conflitos é meramente por vontade das partes, assim como se presume do princípio da autonomia privada.

Os princípios decorrentes da Lei da Arbitragem nascem na perspectiva de demonstrar que não podem ser desrespeitados. E é preciso entender que a postura assumida pelo árbitro e de fornecer às partes excelentíssimo trabalho, no que diz respeito aos litígios que por ele serão solucionados.

Também é entendimento sumulado que "A Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição" (Súmula 485/STJ). Em observância com o novo CPC, contratos trabalhistas, contratos de adesão entre distintas atualidades, a arbitragem pode aumentar sua abrangência e consequentemente a dimensão de suas tratativas, com a propositura de pactuar as dissoluções conjugais por meio da arbitragem.

Nesse sentido, é recomendável às partes que pretendem utilizar a arbitragem em assuntos de família e sucessões em eventual litígio futuro que façam constar desde já as cláusulas compromissórias de arbitragem em acordos de regime de bens, acordos pré-nupciais ou mesmo em testamentos, registrando desde logo a tão necessária manifestação de vontade.

Referido entendimento faz-se mais preciso ao se ter a percepção de alimentos pelos cônjuges, como elucida Cahali (2009), ao afirmar que a natureza patrimonial decorrente do direito aos alimentos só é arbitrável o direito patrimonial disponível. Assim, as sequelas patrimoniais decorrente da obrigação alimentar, serão captadas, a partir do valor da pensão propriamente dito, e não a condecoração do direito de auferi-la ou a obrigação de honrá-la é matéria que pode ser objeto de arbitragem.

À vista disso, quando se fala em direitos indisponíveis que admitam transação, encaixa-se justamente no direito econômico, patrimonial, sobre alimentos dos cônjuges, partilhas de bens, sucessões, que são assuntos que a arbitragem pode tratar, já que dispõe de direitos patrimoniais disponíveis. Essa postura seria assumida com um caráter inovador para o meio jurídico, proporcionado agilidade e menor durabilidade ao enfrentar problemas familiares que ocorrem frequentemente na população.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por essa via, há que se levar em consideração a possibilidade de existir detrimentos patrimoniais, resultantes de fortuita indisponibilidade dos bens enquanto perdurar o litígio no Judiciário, ou ainda no caso de depreciação do valor dos bens com o tempo. Esse procedimento irá contribuir para sanar essa depreciação, como também para reparar litígios menores que exigem urgência, seja por interesse pessoal de um envolvido ou pelo seu valor econômico.

Retomando a Lei 11.441 de 4 de janeiro de 2007, e de grande valia mencionar o artigo 1.124-A, que a referida norma acrescentou ao Código de Processo Civil, com o seguinte texto:

Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

A manifesta norma vem para romper com monopólio estatal padrão jurídico conferido pelo casamento, expondo interpretativas diversas em relação a arbitragem, sendo plausível defender, ainda que se sujeite a juízos de valores opostos, a dimensão da arbitragem para as mesmas similaridades apontadas no artigo 1.124-A do Código de Processo Civil.

Nessa perspectiva, o artigo proposto não procura burlar ou transgredir a Lei 9.307/1996, nem as regras impostas por ela, mas sim, abrir uma profusão de interpretações integrativas, visando os interesses individuais, às necessidades contemporâneas e garantir que o direito seja uma ferramenta de concretização de uma justiça ideal, uma vez que são temas extremamente pertinentes na esfera do direito de família.

6.CONCLUSÃO

Profusas são as razões que motivam a adoção das vias não judiciais para a decisão de conflitos. Apesar de ocorridas normalmente no meio jurídico-econômico, inovações em detrimento desse ramo vêm crescendo constantemente.

O estudo se propôs a investigar e demonstrar a possibilidade de a arbitragem ser capaz de tratar e resolver assuntos referentes a dissoluções conjugais. Nesse sentido, foi construída uma linha de argumentos jurídicos que viabilizam essa possibilidade, demonstrando fatores que irão corroborar para abrangência de sua aplicabilidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Lei 9.307/1996 sofreu amplas inovações desde sua propositura, além de contribuir nos desembaraços de outras leis movidas pelos direitos patrimoniais disponíveis, desse modo, outros ramos do direito vêm sendo discutidos por meios alternativos de jurisdição.

Em uma primeira e superficial análise o que se verifica é que existe expressa limitação normativa, reduzindo a atuação da arbitragem em relação a assuntos referente aos patrimônios provenientes dos conflitos jurídicos no ramo do direito de família.

Nessa lógica, foi feita umas descortinação acerca da arbitragem, demonstrando que este pode ser um meio eficaz para responder de forma salutar os casos que envolvam o direito de família abarcado pela a Lei 11.441/2007. Fora elucidado de forma abrangente um caminho interpretativo que dá ao direito, diretrizes contemporâneas e inovadoras de demonstrar a hipótese proposta pela aplicação deste meio de resolução de conflitos no direito de família.

Portanto, a arbitragem poderá ser utilizada no direito de família quando elucidar acerca de bens, alimentos dos cônjuges, quando não houver menores envolvidos, inventário e partilha, visto que são matérias de direito patrimonial, que pode ser executada por ela.

Nessa perspectiva a pesquisa mostrou que a arbitragem é uma figura pautada de capacidade para solucionar tratativas que envolvem alimentos, sucessões e separações. Constatando que ela pode ser mais um instrumento que os indivíduos podem utilizar, assim como o judiciário, confiar e auferir resultados positivos do vertente objeto da discussão.

7. REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BERALDO, Leonardo de Faria. Curso de arbitragem: nos termos da Lei no 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 nov. 2019.

CAHALI, Francisco José. Arbitragem para conflitos decorrentes da dissolução de União Estável. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Grandes temas da**

atualidade: União Estável – Aspectos Polêmicos e Controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7.169, de 2014**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como o meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=238DFF887F2B9854D85B57F712C15FD6.proposicoesWeb1?codteor=1331201&filename=Tramitacao-PL+7169/2014>. Acesso em: 12 nov. 2019.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei no 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTERIO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GUILHERME, L.F.V.A. **Manual de arbitragem e mediação**: conciliação e negociação. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao estudo do direito**. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e mediação endoprocessuais na legislação projetada. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre,** v. 13, n. 91, p. 71-92, set./out. 2014.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Casamentos que terminam em divórcio duram em média 14 anos no país**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/22866-casamentos-que-terminam-em-divorcio-duram-em-media-14-anos-no-pais>. Acesso em: 29 set. 2019.

_____. Lei n° 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 15 nov. 2019.

_____. Lei n° 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o Código Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 11 nov. 2019.

_____. Lei n° 13.105 de 16 de março de 2015. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17. mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

_____. Lei n° 11.441 de 4 de janeiro de 2007. Dispõe sobre Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05. jan. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm>. Acesso em: 12 nov. 2019.

_____. Lei n° 13.140 de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29. jun. 2015 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 12 de nov. 2019.

MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZZI, Renato Rezende. **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial. Direito das obrigações. Extinção das dívidas e obrigações. Dação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas. Novação. Transação. Outros modos de extinção. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**: com exercícios para sala de aula e lições de casa. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria geral do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 485**. Disponível em: <http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2415/Sumulas_e_enunciados>. Acesso em: 29 set. 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Os "segredos" da arbitragem**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

---

[1] Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Professor de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins – UniCatólica. Advogado. E-mail: guilherme@catolica-to.edu.br.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DAS MULHERES: UMA ANÁLISE LITERÁRIA SOBRE O CONTO DA AIA

ODILANY DOS SANTOS SILVA PENHA:
Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostino – UNIFSA – Teresina-PI.

ROSÁLIA MARIA CARVALHO MOURÃO[1]

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a violação da dignidade e dos direitos fundamentais das mulheres na obra o conto da aia de Margaret Atwood. Analisando um cenário totalmente anacrônico, com indivíduos que parecem terem sido pinçados de uma sociedade inegavelmente arcaica, desprovida de todas as conquistas e garantias alcançadas nas sociedades ditas democráticas. Trazendo ainda a exposição das violências e violações dos direitos fundamentais das mulheres que lhe são tirados, por meio do uso da bíblia como forma de diminuir ou até menos justificar os abusos cometidos por eles. Partindo desse Princípio foi utilizada a metodologia da pesquisa do tipo descritiva e bibliográfica da obra Literária juntamente a outras doutrinas, em que restou claro que o Conto da Aia traz uma historia fictícia a qual leva o leitor a pensar e a se preocupar com o futuro bem próximo. Em assim sendo, o Brasil é um Estado democrático de direito, aqui, são assegurados os direitos fundamentais que estão previstos na Constituição Federal no seu artigo 5º, e em análise a obra, foi possível observar os tipos de discussões jurídicas tragos pelo livro, bem como desigualdade de gênero, e sua prática, na época do livro e nos dias atuais.

Palavras-chave: violências, desigualdade, sociedade.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the violation of the dignity and fundamental rights of women in the work Margaret Atwood's tale. Analyzing a totally anachronistic scenario, with individuals who seem to have been pinched from an undeniably archaic society, devoid of all the achievements and guarantees achieved in so-called democratic societies. It also exposes the violations and violations of the fundamental rights of women that are taken from her, through the use of the bible as a way of diminishing or even justifying their abuses. Based on this Principle, we used the descriptive and bibliographical research methodology of the Literary work along with other doctrines, in which it was clear that the Aia Tale brings a fictitious story that leads the reader to think and worry about the future

well. next. Thus, Brazil is a democratic rule of law, here, the fundamental rights that are provided for in the Federal Constitution in its article 5 are assured, and in analysis the work, it was possible to observe the types of legal discussions brought by the book, as well as as gender inequality, and its practice, at the time of the book and today.

Keywords: violence, inequality, society.

Sumário: 1 Introdução. 2 Culpabilização das Vítimas de Estupro. 3 Penas de Morte aos Traidores de gênero. 4 Proibição do Direito a Educação das Mulheres. 5 Violação aos Direitos Humanos. 6 Conclusão. 7 Referências.

1. INTRODUÇÃO

Publicado em 1985, O Conto da Aia é o romance mais famoso da escritora canadense Margaret Atwood. A narrativa passou a ser vista como uma crítica feminista à sociedade patriarcal e um alerta à mesma, afinal "toda opressão cria um estado de guerra" (BEAUVOIR, 2016, p. 542). Sendo assim, o romance cumpre sua função diatópica de imaginar um futuro possível baseado em uma visão crítica da sociedade atual, ao mesmo tempo em que levanta questões sobre a violação aos direitos das mulheres. No governo tratado na obra que é o de Gilead, há a construção de uma sociedade patriarcal e machista, após guerras e diversas crises sociais incluindo níveis criticamente baixos de natalidade, um grupo de fundamentalistas, chamados filhos de Jacó tomou o poder e instaurou novas leis e regras sociais. A principal medida tomada por eles é pôr fim aos direitos das mulheres e dividir toda a população feminina em castas com papéis extremamente definidos. Enquanto as mulheres inférteis são designadas como educadoras do novo sistema ou empregadas domésticas, as poucas mulheres que podem ter filhos, as chamadas aias, são aprisionadas e destinadas a gerar bebês para as famílias mais ricas. Tudo isso é feito com base em escrituras cristãs, caso ocorresse no Estado democrático brasileiro se essa realidade a luz do ordenamento jurídico estariam eles ferindo o artigo 5º da Constituição Federal.

O estudo se caracteriza pela análise da violação dos direitos sofridos pelas mulheres em uma sociedade patriarcal, na obra literária escolhida: O Conto da Aia. Mostrar-se-á no decorrer do artigo os acontecimentos relatados pela autora como: a cultura do estupro, a discriminação com casais homoafetivos e as violações dos direitos humanos, bem como várias outras formas de violação dos direitos fundamentais a uma existência digna para as mulheres.

A obra representa uma sociedade marcada pela intensificação de certas mentalidades preconceituosas e discriminatórias já existentes na sociedade atual.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Consequência de um desenvolvimento tecnológico desenfreado, a obra expressa a constante mudança nas relações e na mentalidade da sociedade, visto isso o estudo da obra se faz importante, pois afeta diretamente suas personagens femininas e por consequência a forma como cada uma será tratada. Não se pode esquecer que muitas das violências e violações expostas pela autora estão ocorrendo ou já ocorreram nos dias atuais, como o estupro, feminicídios e preconceitos com homossexuais. A obra mostra demasiadamente violências sofridas pelas mulheres onde se fará um paralelo com os dias atuais, mostrando os direitos violados destas e também em face ao nosso ordenamento jurídico.

2. CULPABILIZAÇÃO DAS VÍTIMAS DE ESTUPRO

Com base na pesquisa realizada pelo Datafolha (2019) mais de 33% da população brasileira considera a mulher culpada pelo estupro, o integrante do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) Rafael Alcadipani destacou a culpabilização da vítima e o grau de proximidade dos agressores entre os dados mais alarmantes. No qual:

> "A culpabilização da vítima é muito séria. Esse estudo mostra a prevalência da cultura machista na sociedade, de que a mulher tem que andar sempre de determinada forma, quando sabemos que a maior parte da violência acontece por pessoas próximas à vítima, o pai, o marido, o tio, o primo", disse. (ALCADIPANI, 2019).

A pesquisa do Datafolha, encomendada pelo FBSP, mostra que 42% dos homens e 32% das mulheres concordam com a afirmação: "mulheres que se dão ao respeito não são estupradas", enquanto 63% das mulheres e 51% dos homens discordam.

No livro, há um relato em que Janine uma das personagens, está rodeada das demais aias no Centro Vermelho e após relatar que foi estuprada, Tia Lydia questiona "E de quem foi à culpa?" e as aias apontam a Janine e respondem "Sua culpa" algumas vezes. Como mostra no trecho do livro, onde as tias faziam com que elas acreditassem que eram culpadas pela violência sexual e que mereciam passar por isso, fazia com que as outras aias apontassem o dedo e repetissem como forma de tentar impor que a culpa sempre foi delas, e que não importava a situação elas tinham que ser expostas ao ridículo na frente das demais, para que entendesse e colocassem na cabeça que elas eram culpadas, conforme descrito na passagem:

> Mas de quem foi a culpa? Diz tia Helena, levantando um dedo roliço,
>
> Dela, foi dela, foi dela, foi dela, entoamos em uníssono.
>
> Quem seduziu? Tia Helena sorri radiante, satisfeita conosco.
>
> Ela seduziu. Ela seduziu. Ela seduziu.
>
> Porque Deus permitiu que uma coisa tão terrível acontecesse?
>
> Para lhe ensinar uma lição. Para lhe ensinar uma lição.
>
> Para lhe ensinar uma lição. (ATWOOD, 2017, p. 88).

Sendo assim, percebe-se por meio da passagem que em Gilead, a partir da conquista com apoio da maioria da população e por meio do discurso religioso, o próprio significado da palavra bíblica passa a mudar aos olhos do regime, sendo considerada a partir de agora lei universal e inquestionável. Essa culpa posta na vítima da violência sexual faz parte da chamada cultura do estupro, assim como a objetificação sexual de mulheres, a negação de estupros, a normalização de comportamentos violentos no sexo e mitos de estupro, onde a sociedade tenta culpar a vítima, e tenta encontrar meios de diminuir ou até mesmo justificar a ação do estuprador.

A Cultura do estupro, conforme Carol Correia (2018) indica que a sociedade vê comportamentos sexuais violentos e indesejáveis como normais, justificando as ações de agressores como "instinto animal" enquanto responsabiliza vítimas pela violência que sofreram. Afinal, cultura não significa apenas coisas artísticas e bonitas, mas sim o comportamento de determinada sociedade naquele período de tempo como os comportamentos relatados no livro que foram impostos há pouco tempo mais que já fazia parte da sociedade, principalmente no mundo daquele que assumiram o poder. A culpabilização da vítima implica que a vítima é, na verdade, a responsável por aquilo que sofreu, questionando-se se ela se comportou de determinada forma, se vestiu de certa forma, se falou alguma coisa que abriria possibilidade para isso, sendo que não importa como a vítima se comporte o culpado vai ser sempre o estuprador, temos que parar com esse costume de querer tentar justificar o injustificável.

A dominação masculina sempre aparece de forma sutil, mas nunca deixa de ser presente, como demonstram na obra eles impregnaram a sociedade de suas crenças e ideologias, fizeram com que a violência contra as mulheres fossem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

tratadas como normais, e que não fossem mais contestadas, principalmente contra as aias, que serviam somente para procriação, sendo que muitas vezes o problema estava não nas mulheres, mas sim nos próprios comandantes, que não podiam gerar filhos, mas não poderiam ser considerados estéreis por serem superiores as mulheres e segundo Gilead:

> Ele levanta o lençol, a parte inferior de seu rosto está coberta pela mascara de gaze branca, regulamentar. Dois olhos castanhos, um nariz, uma cabeça com cabelos castanhos em cima. A mão dele está entre minhas pernas.
>
> - A maioria desses velhos não consegue mais ter ereção e ejacular – diz ele. – Ou então são estéreis.
>
> Eu quase engasgo de espanto: ele disse uma palavra proibida estéril. Isso é uma coisa que não existe mais, um homem estéril não existe, não oficialmente. Existem apenas mulheres que são fecundas e mulheres que são estéreis, essa é a lei. (ATWOOD, 2017, p. 75).

Pode-se perceber que a violência incorporada nesse sistema social, subordina as mulheres ao poder dos homens, sendo uma das manifestações de poder que o novo Estado exerce sobre a sociedade, sendo, portanto desiguais entre homens e mulheres e mostrando superioridade masculina, uma noção que foi construída tendo como base a bíblia. Em resumo, o conceito de culpabilização demostra bem os papéis impostos a cada uma naquela sociedade que é reforçada pelo patriarcado, pela dominação masculina, induzindo a prática de relações violentas, indicando que a prática de tal violência é fruto na natureza e nos princípios divinos.

Um exemplo radical dessa ressignificação feita pelo novo governo é a Cerimônia realizada entre o Comandante, Offred e sua esposa. No texto bíblico encontrado em Gênesis, Capítulo 30, Versículo 1-6, dispõe que:

> Raquel, vendo que não dava filhos a Jacó, teve inveja da sua irmã: "Dá-me filhos, disse ela ao seu marido, senão morro!" E Jacó irritou-se com ela. "Acaso, disse ele, posso eu pôr-me no lugar de Deus que te recusou a fecundidade?" Ela respondeu: "Eis minha serva Bala: toma-a. Que ela dê à luz sobre meus joelhos e assim, por ela, terei também filhos." Deu-lhe, pois, por mulher sua escrava Bala, da qual se aproximou Jacó. Bala

> concebeu e deu à luz um filho de Jacó. Disse então Raquel: "Deus fez-me justiça". Ele ouviu minha voz e deu-me um filho. (GÊNESIS, 500.a.c)

Esse trecho do Antigo Testamento é lido para todos os membros da família nas noites da Cerimônia, onde o comandante vai ter relações sexuais com Offred na frente de sua, esposa para procriar em nome do criador, e dos costumes e crenças por eles agora estabelecidos, como analisado acima. Porém, a Cerimônia entre as famílias, ao invés de harmoniosa e linda como descrita, é narrada dessa forma por Offred:

> Meus braços estão levantados; ela segura as minhas mãos, cada mão sua segura uma das minhas. Isto pretende demonstrar que somos uma mesma carne, um mesmo ser. Significa, na verdade, que é ela quem controla o processo e, consequentemente, o produto. Se houver. Os anéis de sua mão esquerda me machucam os dedos. Talvez uma vingança, talvez não. Minha saia vermelha está arregaçada até a cintura, apenas. Abaixo dela, o Comandante fode. O que ele fode é a parte inferior do meu corpo. Não digo que faça amor, pois não é o que faz. Copular também seria inexato, uma vez que implica em duas pessoas e, neste caso, só há uma envolvida. Nem estupro refletiria a verdade: nada aqui se faz sem minha anuência. A escolha não era muita, mas havia alguma; e foi isto que eu escolhi. (...) O que acontece agora neste quarto (...) não tem nada de excitante. Não tem nada a ver com paixão, amor, romance ou qualquer dos conceitos que usávamos para nos estimular. (...) Isto aqui também não é recreação. Nem mesmo para o Comandante. É um assunto sério. O Comandante também está cumprindo com seu dever. (ATWOOD, 2017, p. 104-105)

A autora deixa claro o cenário descrevendo como as mulheres eram tratadas, as mesmas eram escravas reduzidas a um mundo restrito e vazio sem nenhuma liberdade, recebendo ordem sobre tudo como nos tempos antigos.

Offred deixa claro que não se trata de estupro, pois não tinha nada feito sem seu consentimento, o que estava acontecendo é somente o dever dela com a nação, o dever que foi imposto sem nem mesmo ser perguntado, sem nem mesmo dá a oportunidade de se manifestar a respeito, ficando assim obrigada a escolher entre viver e ser aia e sofrer todos os abusos possíveis dos seus direitos mais básicos, ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

morrer de forma cruel definhando nas colônias, que era o lugar para onde iam as pessoas que eram banidas, funcionava como uma sentença de morte, pois nas colônias o alto índice de radiação a que eram expostos sabia que não viveriam muito e logo sentiria o efeito da radiação: como perca dos dentes, queda de cabelo, cansaço profundo, além de serem tratados como animais, sem nenhum dos direito mais básicos para sobreviver, a comida era como lavagem para porcos. No trecho do livro abaixo fica claro em como as mulheres aceitam esse fardo, de que elas são as culpadas de não gerarem filhos como deveria, ficando elas submetidas a esse regime totalitarista, a saber:

> Talvez ele não possa – diz ela. Não sei a quem está se referindo. Quer dizer o Comandante ou Deus? Se for Deus, deveria dizer queira. De todo modo, é heresia. São só as mulheres que não podem, que permanecem teimosamente fechadas, danificadas, defeituosas. (ATWOOD, 2017, p. 243)

Resta evidente como o governo utiliza a bíblia como um meio de ludibriar as mulheres fazendo com que elas acreditem que o fracasso em não ter filhos está nelas, pois os homens são seres a imagem e semelhança de Deus tornando, portanto eles perfeitos.

As opções que o novo governo deu para as mulheres não são das melhores, Offred então escolhe lutar por sua filha que lhe foi tirada, e por sua liberdade, mesmo vivendo em uma verdadeira prisão, para isso é mais sensato que se torne uma aia para ter a possiblidade de reencontrar sua família e é esse objetivo que a mantém viva e observadora de tudo que a cerca, buscando uma alternativa.

3 PENAS DE MORTE AOS TRAIDORES DE GÊNERO

No governo de Gilead, mulheres e homens homossexuais são considerados "traidores de gênero"; os homens gays e algumas mulheres lésbicas são executados, pois ser homossexual para o novo Governo é considerado um crime capital. Emily e Moira, personagens lésbicas do livro, não são mortas porque elas são férteis e, portanto, são perdoadas de seus pecados ao servirem como aias.

Quando as execuções vão realmente começar, eis o que Offred conta:

> Já vi isso antes, o saco branco enfiado na cabeça, a mulher sendo ajudada a subir no tamborete alto, como se fosse o degrau de um ônibus, enquanto a seguram para não cair; a laçada sendo ajustada delicadamente em volta do pescoço,

> como uma peça de roupa; o tamborete chutado para longe. Ouvi o prolongado suspiro que se eleva ao meu redor, um suspiro que parece o ar escapando de um colchão inflável: vi Tia Lydia tapar o microfone com a mão, para abafar os sons que vêm de trás dela; me debrucei para segurar a corda à minha frente, com as duas mãos, junto com as outras, a corda de fibras longas, pegajosa de piche amolecido pelo sol, levando depois a mão ao coração, para demonstrar minha comunhão com as Salvadoras e o meu consentimento, minha cumplicidade na morte desta mulher. Vi os pés que se debatem, e as duas mulheres de preto que agora os seguram, puxando-os para baixo, com toda a força. Não quero ver mais. Em vez disso, olho para a relva. Descrevo a corda. (ATWOOD, 2017, p. 292):

O que acontece é uma verdadeira crueldade em praça pública, onde os criminosos são expostos à vergonha pública, ao asco da população, e ao terror, pois alguém da multidão que assiste poderá estar em seu lugar nas próximas vezes. Após a morte das mulheres, as aias presentes recebem outro condenado, um homem considerado um estuprador. "(...) A penalidade por estupro, como vocês sabem, é a morte. Deuteronômio 22.23-29 (...)" (ATWOOD, 2017, p. 294).

> Diz Tia Lydia, enquanto incita todas as aias à violência. De acordo com ela, a aia violentada estava grávida, e o bebê morreu. "(...) O bebê também, depois de tudo que temos que enfrentar! É verdade, existe uma sede de sangue: quero rasgar, furar, dilacerar." (ATWOOD, 2017, p. 294).

> Quando a fúria das mulheres chega ao máximo, elas são liberadas para fazer justiça com as próprias mãos. "(...) Agora se ouvem sons, resfôlegos, um barulho baixo que lembra um rosnado, gritos, os corpos vermelhos se projetam para frente, não vejo mais nada, ele fica escondido pelos braços, punhos, pés. Um grito penetrante se eleva de algum lugar (...)" (ATWOOD, 2017, p. 295).

Esse retrocesso tem a ver com a necessidade de se estabelecer exemplos a partir do estímulo visual e do medo, expondo o corpo em um muro que todos vejam:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Paramos ao mesmo tempo, como quem obedece um sinal; e ficamos olhando para os corpos. Não tem importância que olhemos: é para isso que eles estão aqui, pendurados no Muro. Às vezes ficam pendurados aqui por vários dias, até chegar uma nova leva, para que o maior número possível de pessoas tenha a oportunidade de vê-los (ATWOOD, 2017, p. 39).

Percebe, assim, que a Bíblia não é um livro sagrado que poderá trazer salvação espiritual para a humanidade, mas sim um livro de castração, de controle e opressão, no qual estão escritos os ditames da vida perfeita. Pois até os padres são condenados à morte, vestidos nas suas batinas para sinalizar quem é e porque está ali. A única fé que pode ser expressa é a dos comandantes de Gilead, os demais são perseguidos e seus adeptos são mortos em praça pública para servirem de exemplos dos quais:

> Há três novos corpos no muro. Um é de um padre ainda vestido a batina preta. A batina foi posta para o julgamento, embora tenham desistido de usá-las há anos, quando a guerra entre as seitas começaram. (ATWOOD, 2017, p. 55).

O resultado disso é o medo e o desejo de possuir sempre mais, e delimitar poder aos homens. Na obra o poder é tirado das mulheres ficando elas sujeitas ao papel social definido por eles, estando elas inclusive separadas por castas, deixando bem claro que o lugar das mulheres é na esfera privada, ou seja, dentro de casa cuidando do lar, não havendo assim nenhuma relação das mulheres com a esfera pública, sendo tirado seu direito ao voto, a ler ou até mesmo de se comunicar entre elas, seus corpos pertencem a Gilead.

A pena de morte ao homossexual relatada no livro fere o princípio a dignidade da pessoa humana, infringindo assim direitos iguais a todos independentemente cor, raça ou orientação sexual. Vislumbra-se assim, que as mulheres se tornam um bem para a nova sociedade, sendo elas sujeitas aos novos costumes e crenças, não podendo assim escolher como quer viver ou com quem se relacionarem, estas são apenas objetos que devem cumprir o que o novo governo ordena sem nenhuma resistência.

4 PROIBIÇÃO DO DIREITO A EDUCAÇÃO DAS MULHERES

No universo de Gilead, mulheres não são permitidas a ler e ter qualquer tipo de acesso à educação. Assim que o golpe no Estado é executado onde ocorre

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

quando é fuzilado o Presidente da República e o Congresso Nacional, toda a realidade muda e acadêmicos e cientistas são assassinados. A partir deste momento, somente alguns homens de classes altas passam a ter acesso à educação; de modo que, mulheres e meninas que sejam vistas lendo algo são gravemente punidas. A proibição de ler é tão grande que as mulheres fazem compras com senhas com desenhos do que irão comprar nunca palavras. Nem mesmo a leitura da Bíblia é permitida as mulheres.

Conforme Carol Correia (2018) não é novidade alguma que conhecimento é poder, é uma das poucas formas de ascender socialmente. Afinal, conhecimento implica em saber que há opções. Logo, uma forma de reduzir direitos das mulheres e meninas é comprometer a educação destas.

Em um contexto onde a linguagem é fator de enorme destaque, são imprescindíveis que se entendam as implicações de tais apropriações. Durante toda a obra é apresentado um cenário no qual as mulheres perderam o direito à linguagem, consequentemente: leitura e fala sendo proibidas de ler, escrever, e até mesmo falar abertamente umas com as outras, o uso do discurso se torna uma forma de controle sobre elas.

No decorrer da história fica claro que Offred tem total conhecimento do poder da linguagem. A necessidade de considerar cuidadosamente a forma como responder a Serena Joy ou falar com Ofglen, e de como se comportar perto de Nick, incluindo ainda a linguagem corporal, a importância dada à mensagem deixada pela Offred anterior e até mesmo à almofada onde está escrito "fé", o pedido feito ao Comandante para que tivesse acesso à leitura, e o fato de fazer constante menção à história que está contando, mostram a sua ligação com a linguagem e a consciência de sua importância. É por meio da linguagem que Offred tenta reconstruir sua própria subjetividade:

> Sento-me na cadeira e penso na palavra cadeira. Também pode significar o lugar ocupado pelo líder que preside uma reunião: ocupa a cadeira da presidência. Também pode significar um instrumento para execução de condenados. É a primeira sílaba de caridade. Em inglês cadeira é chair, que é a palavra francesa que significa carne. Nenhum desses fatos tem qualquer ligação com os outros. Esses são os tipos de litanias que uso, para me compor. (ATWOOD, 2017, p. 134).

É como a impressão de uma mão na pedra. "Quem quer que tenha feito aquilo algum dia esteve vivo." (ATWOOD, 2017, p. 138). Sendo assim, o objetivo de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Offred ao contar sua história é, provavelmente, o de manter sua subjetividade, se fixar como um ser que já esteve vivo na história, e reivindicar seu direito à linguagem mais uma vez.

Mesmo ela estando dentro desta sociedade ela nos mostra que ainda se lembra dos tempos que tinha a liberdade de trabalhar, estudar, ter seu próprio dinheiro, mas com lapsos de memória que a fazem questionar se esses comportamentos eram realmente certos, se essa liberdade que ela tinha em fazer as suas escolhas, não a deixam ter comportamentos repreensíveis.

> A maneira deplorável e exibida com que as mulheres costumavam se comportar. Passando óleo no corpo como se fossem carne assada num espeto e de costas e ombros nus, na rua, em público, e as pernas, sem nem sequer meias finas a cobri-las, não é de admirar que aquelas coisas costumassem acontecer. (ATWOOD, 2017, p. 69).

Como mostra o trecho acima observa-se a instrução pelo novo governo, começando a imaginar que a culpa é das mulheres, como sendo esse seu destino, sendo ensinadas que elas só serviam de reprodutoras para a classe que estava no poder. Para Gilead as mulheres eram apenas donas de casas, se tornaram tão insignificantes que não poderiam mais ter acesso à leitura, ou expor seus pensamentos, nem mesmo as mulheres dos comandantes tinham permissão para ler só quem podia ler eram os homens, até mesmo a bíblia que era por ordem eles justificavam seus novos costumes e pensamentos eram proibidos por eles.

Esse método utilizado era uma forma de manipular a mulheres, e não deixá-las ter informações sobre o mundo exterior já que os jornais eram todos censurados e a notícia dada por eles eram de acordo com o que o governo aceitasse e achasse seguro para a população saber.

Pelo exposto, nota-se que privar as mulheres da leitura era uma estratégia de se manter no poder, porque ao longo da historia do mundo sabemos como a leitura e a informação e fonte de libertação e motivos para impulsionar uma sociedade que tem opções que não seja só aquela dada pelo novo governo.

5 VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS

Como relatado durante todo o texto fica claro que há Violação da Dignidade da Pessoa Humana, já que depois do golpe dado pelo os chamados filhos de “Jacó” aqueles que não ocupavam cargos importantes como o de comandante vivia com

medo e sendo vinte e quatro horas por dias monitoradas sejam pelas câmaras ou pelos agentes que eles chamavam de olho, mas a vigilância mais acirrada era em cima das mulheres, segundo eles as mulheres carregavam o futuro da nação.

O novo Estado se estabelece no momento em que eles metralham o então atual presidente e todo o congresso, vindo assim ser suspensa a Constituição, declarando assim estado de emergência, passando a haver censura nos meios de comunicação.

A luz da nossa carta magna a Constituição Federal fica claro que os direitos do artigo 5º foram violados.

> Art. 5º - **Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza**, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (Grifos nossos).

Conforme o artigo acima citado e a parte grifada para da ênfase que todos são iguais independente de ser homem ou mulher, que não deve ser feita distinção e que serão respeitados seus direitos e acima de tudo a Constituição vigente para justamente tentar impedir o que a autora menciona no livro, como o golpe e todos os direitos tirados das mulheres por acharem que o sexo masculino é superior.

No livro relata que as aias só podem sair para fazer compras e em pares, pois uma vigia a outra como forma de coagir a tentativa de fuga, pois se uma fugir e a outra ficar ela responderá pelo erro de sua parceira.

> VIII - **ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa** ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; (Grifos nossos).

De acordo com o inciso acima citado, ser privado dos seus direitos por conta de crença religiosa é uma discriminação e viola os direitos humanos, como vemos na obra as mulheres são privadas dos seus direitos mínimos por conta do que o novo governo acredita. Não podendo ter uma propriedade privada não podem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

trabalhar e consequentemente não podem ter acesso a dinheiro, ficando, portanto nas mãos deles para tudo que elas precisassem. Nos ensinamento de Morais (2011):

> A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2011, p. 61).

É notório, portanto que de acordo com Moraes (2015) o ser humano tem que ter o mínimo dos seus direitos respeitados, que mesmo nas situações excepcionais devem ser mantidos os direitos fundamentais e respeitados para que se mantenha a dignidade humana e para que não tente fazer como se relata no livro um verdadeiro regime totalitário onde só que eles querem e são merecedores de direitos. Conforme salienta Álvaro Villaça de Azevedo (2010):

> A dignidade da pessoa humana insere-se no texto constitucional como uma cláusula geral a que se subordinam todos os outros direitos da personalidade, quer sejam típicos como os previstos expressamente no texto da Constituição, tais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (artigo 5º, caput), à liberdade de consciência e de crença (artigo 5º, inciso VI), entre outros; quer sejam atípicos não previstos no ordenamento jurídico (2010, p. 17).

Na sociedade totalitária imposta na obra onde é realizada pelos filhos de Jacó e as imposições feitas por estes são: dividir as mulheres em castas (Aias e Martas), fica totalmente claro a violação ao principio da dignidade humana e aos direitos humanos como também a autonomia de vontade, de forma mais extrema como não ter mais direito a ter nome, pois elas passam a usar o nome do comandante em que ela esta lotada, ou o direito ao seu corpo tudo em nome da religião, sem contar ainda como elas são tratadas antes de serem levadas aos seus postos, viviam em lugar que antes era um estágio, com direito a sair pra pegar sol

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

uma vez por dia e eram castigadas severamente pelas tias de ousassem a descumprir as regras ou falar algo que já não era mais aceito na nova sociedade.

6.CONCLUSÃO

A obra o Conto da Aia nos mostra sob o olhar de Offred o seu dia a dia relatando todos os detalhes e sofrimento de uma forma impactante, que deixa o leitor preso a obra e indignado como os direitos mais fundamentais para a sobrevivência do ser humano são violados, a falta de liberdade, de escolha, não ter poder sobre seu próprio corpo, viver em função de uma nação que divide as mulheres em casta, atrocidades feitas em nome da religião e que comandantes governam de acordo com o que eles acham que é certo, tirando delas o direito de escolha, e os direitos essenciais que essas já possuíam.

O País sai do regime democrático e passa para o regime totalitário, onde o poder está nas mãos dos homens. A obra mostra que o Governo passa e ser instrumento controlador do Estado e esse controle são exercidos sobre as mulheres, melhor dizendo sobre sua sexualidade e reprodução.

Tem-se, portanto em análise da carta magna como a violação da dignidade da pessoa humana apontada no livro, descrita por Offred. A desigualdade de gênero em Gilead mostrada ao longo da narrativa que as mulheres são colocadas em posição inferior aos homens pelo próprio regime imposto a sociedade. A dignidade da pessoa humana que é um dos princípios mais valorizados por nossa Constituição Federal e que foi substituído por crenças, castigos em nome da bíblia e crueldades em nome de um Deus.

É necessário que a sociedade supere a ideia antiquada que papel da mulher é no lar cuidando dos filhos e do marido. As mulheres vêm lutando por seus direitos e ocupando lugares ganhando espaço na sociedade, mesmo com dificuldades as mulheres estão ganhando seu espaço e lutando por seus direitos.

Felizmente a obra se trata de uma ficção, mas é importante ficar em alerta para que realmente não passe de uma ficção, pois na atual sociedade ainda existem traços da obra que não podem ser desconsiderados e que nos sirvam como uma alerta.

Dessa forma, reforça-se a reflexão sobre até que ponto está perpetuando uma cultura que prega a inferioridade da mulher, e que, a impossibilidade de se imaginar um futuro diferente não representa apenas uma característica do gênero, mas também a reeducação da sociedade diante da cultura patriarcal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS

ALCADIPANI. **O machismo leva a culpabilização da vítima**. Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-09/machismo-leva-culpabilizacao-da-vitima-de-violencia-sexual-diz. Acesso em 13 de Novembro de 2019.

ALMEIDA SILVA, Cecília; DA SILVA, Simone Oliveira Flores**. Biopolítica e repressão feminina: configurações da reprodução humana no romance distópico" O conto da Aia" de Margareth Atwood.** *Anais do CIDIL*, 2018, 342-364.

ATWOOD, Margaret. **O Conto da Aia.** Tradução de Ana Deiró. Rio de Janeiro:

Rocco, 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Parecer Jurídico Autonomia do paciente e Direito de Escolha de Tratamento médico sem transfusão de sangue mediante o novo código de ética médica- resolução CFM 1931/09**. São Paulo 8 de Fevereiro de 2010.

BEAUVOIR, Simone de.P Segundo Sexo, Vol.2: **A Experiência Vivida, Difusão Européia do Livro**, 2016;

BÍBLIA, A. T. Provérbios. In BÍBLIA. Português. **Sagrada Bíblia Católica**: Antigo e Novo Testamentos. Tradução de José Simão. São Paulo: Sociedade Bíblica de Aparecida, 2008. p. 202-203.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Organização de Alexandre de Moraes. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CORREIA. Carol. **Cinco violências no Conto de Aia que foram inspirados em violências contra mulheres na vida real.** Disponível em: https://janelapower.wordpress.com/2018/01/15/the-handmaids-tale-serie/. Acesso em: 04 de abril de 2019.

COSTA SOHNGEN, Clarice Beatriz; BORDIGNON, Danielle Massulo. **"The Handmaid´ S Tale": um ensaio jurídico-literário**. ANAMORPHOSIS-Revista Internacional de Direito e Literatura, 2019, 5.1: 125-147.

LIMA, Lucas Ferreira Mazete; CALLEGARI, Milena Caetano Cunha. **Representatividade feminina na política: lições retiradas de "O conto da aia" de Margaret Atwood**. Anais do CIDIL, 2018, 233-248.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ROSSI, Gabriela. **"A culpabilização da vítima no crime de estupro: os estereótipos de gênero e o mito da imparcialidade jurídica."** Florianópolis: Empório do Direito (2016).

---

[1] Orientadora, Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho, Mestre em letras pela Universidade Federal do Piauí.- UFPI *E-mail*: rrosapi@hotmail.com.

www.conteudojuridico.com.br

O SISTEMA ACUSATÓRIO E A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

JOSÉ ROBÉLIO DE LEMOS AMORIM JÚNIOR:
Graduando do curso de bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA

JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL [1]

(Orientador)

Resumo: O presente artigo tem como objetivo primordial analisar, na esfera do Processo Penal, a figura do juiz dentro do sistema acusatório, e do sistema inquisitório, assim como a inconstitucionalidade ou não do art. 156 do Código de Processo Penal, buscando corroborar que caracteriza um grande retrocesso a possibilidade de o magistrado instruir um processo, pelo fato da sua imparcialidade ser comprometida. Destarte, serão tratados aspectos dos sistemas jurisdicionais atuais, de modo preciso quanto à possibilidade de o magistrado elaborar provas de ofício no processo penal, quais os sistemas processuais penais atuais, e qual o modelo processual adotado pelo Brasil, e também no que diz respeito aos princípios processuais penais que configuram a relação processual e, para findar, a produção de prova em busca de uma verdade real no processo penal.

Palavras-chave: Código de Processo Penal. Sistemas Processuais Penais. Imparcialidade. Inconstitucionalidade.

Abstract: The main objective of this article is to analyze, in the Criminal Procedure, the figure of the judge within the accusatory system, and the inquisitory system, as well as the unconstitutionality or not of art. 156 of the Criminal Procedure Code, seeking to corroborate that a major setback is the possibility for the magistrate to prosecute a case because its impartiality is compromised. Thus, aspects of the current jurisdictional systems will be dealt with precisely as to the possibility of the magistrate elaborating evidence of office in criminal proceedings, what are the current criminal procedural systems, and what is the procedural model adopted by Brazil, and also as regards the criminal procedural principles that shape the procedural relationship and, finally, the production of evidence in search of real truth in criminal proceedings.

Keywords: Code of Criminal Procedure. Penal Procedural Systems. Impartiality. Unconstitutionality

Sumário: 1Introdução. 2 Os sistemas Processuais. 2.1 Sistema Inquisitório. 2.2 Sistema Acusatório. 2.3 Sistema Adotado no Brasil. 3 Princípios Norteadores do Processo Penal. 3.1 Princípio do Juiz Natural. 3.2 Princípio da Imparcialidade do Juiz. 3.3 Princípio do Contraditório e da ampla defesa. 4 a Figura do Juiz no Processo Penal. 4.1 Análises dos Poderes Instrutórios dos Magistrados e da inconstitucionalidade do Código de Processo Penal. 4.2 O Juiz Inquisidor e a busca da verdade real ao produzir provas no Processo Penal. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Para uma melhor compreensão do processo penal brasileiro, é necessário o conhecimento de seus sistemas processuais, sendo de suma importância que estes sistemas estejam alinhados com a Constituição Federal de 1988, respeitando os princípios e garantias fundamentais. A Constituição Federal de 1988 trouxe expressamente em seu diploma jurídico a função das partes que ensejam toda relação processual, sendo que todo o processo é conduzido através da figura do magistrado. Diante disso, o sistema processual brasileiro divide-se em acusatório e inquisitório, no qual o presente estudo traz a possibilidade de produção de provas pelo juiz, característica marcante do sistema inquisitório, frente ao sistema acusatório, no qual a carga probatória está nas mãos das partes no processo, mostrando os possíveis reflexos dentro do processo.

Outro ponto fundamental desse estudo é a pretensão de se obter um posicionamento concreto acerca da inconstitucionalidade ou não do artigo 156 de Código de Processo Penal, que autoriza ao juiz determinar de oficio, quando a instrução está em curso, ou antes mesmo de proferir a sentença, a realização de deliberações com a finalidade de dirimir algum ponto considerado de grande relevância no processo criminal.

Portanto, o presente estudo tem como problema de pesquisa a discussão jurídica em torno do fato do juiz ao ter toda carga probatória em suas mãos causar um desequilíbrio processual, e em consequência disso, desrespeitar os princípios basilares do Direito Processual e também violar as garantias trazidas pela Constituição Federal de 1988. Assim, o presente trabalho tem como objetivo compreender a iniciativa probatória do juiz no processo penal, frente aos dois sistemas processuais, acusatório e inquisitório, analisando diante disso, as garantias que são violadas quando o magistrado age de ofício, sem observar e respeitar princípios basilares como o da imparcialidade, do contraditório, da ampla defesa, e não tão menos importante o do juiz natural. É válido ressaltar que o presente estudo foi desenvolvido por meio de uma pesquisa bibliográfica, utilizando a abordagem dedutiva.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A relevância social do presente trabalho mostra-se na demonstração que a participação de ofício do juiz na produção de provas, ou seja, a atribuição de poderes instrutórios ao magistrado, causa um desequilíbrio na relação jurídica processual entre a acusação e a defesa do acusado, e viola as garantias e princípios jurídicos inerentes a todos os cidadãos. Além da grande relevância para o ordenamento jurídico, que terá uma análise com clareza dos fundamentos, e da legitimidade de dispositivos do Código de Processo Penal no que diz respeito à autoridade judiciária poder ou não produzir provas de ofício, sem ofender as garantias processuais.

No segundo capítulo deste trabalho, aborda-se a parte conceitual e introdutória, trazendo a definição de cada sistema processual, suas características e finalidades, e, por conseguinte, traz o sistema penal adotado no Brasil. Já terceiro capítulo do presente trabalho se ocupa dos princípios que regem a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal, e que são inerentes as partes durante a relação processual, por trazer garantias para as mesmas. E por fim, o capitulo quatro, que aborda a figura do juiz no processo penal, e as possíveis consequências advindas quando o magistrado age de ofício em busca de uma verdade real no processo, no qual o juiz inquisidor, antes de realizar uma análise no caso, já traz consigo um julgamento, buscando apenas fatos para comprovar seu julgamento pré-definido acerca da materialidade e autoria do delito.

2 OS SISTEMAS PROCESSUAIS

De acordo com o entendimento doutrinário de RANGEL (2015, p.47):

> Sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto. O Estado deve tornar efetiva a ordem normativa penal, assegurando a aplicação de suas regras e de seus preceitos básicos, e esta aplicação somente poderá ser feita através do processo, que deve se revestir, em princípio, de duas formas: a inquisitiva e a acusatória.

Os sistemas processuais penais são métodos para solucionar os litígios, sendo que devem ser asseguradas todas as regras constitucionais, além dos princípios norteadores para que a decisão do juiz seja de forma justa, e imparcial. Assim, duas são as formas através do qual esse processo deve seguir: a acusatória e a inquisitória.

1.1 Sistema Inquisitório

O que melhor caracteriza o sistema inquisitorial se enseja no acúmulo de funções para apenas uma pessoa acusar, defender e julgar, ou seja, o juiz. O referido acúmulo de funções caracteriza-se pelo motivo que o juiz inicia a busca penal, averiguando e investigando, e dando valor às provas, e por seguinte faz o julgamento do caso. Em consequência a isso, não se resta dúvidas da imparcialidade do juiz. Desse modo, elucida Aury Lopes Júnior (2017, p. 166):

> O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre o acusador e o acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação.

Dessa forma, esclarece FEITOZA (2008, p.33), que o sistema inquisitório: "correspondia à concepção de um poder central absoluto, com a centralização de todos os aspectos do poder soberano (legislação, administração e jurisdição) em uma única pessoa".

Ainda no que consiste a características desse sistema, não menos importante se dá na falta do contraditório e da ampla defesa, transformando o acusado em apenas em um objeto de investigação. Nesse sistema o acusado não possui nenhuma garantia, sem debates e nem tampouco a publicidade dos atos. Resultando em um processo sigiloso, onde o povo não obtém nenhuma informação ou explicação, aceitando apenas a verdade do juiz-inquisidor.

Nesse sentido, esse sistema inquisitório é totalmente regido pelo sigilo, sempre escrito, não existindo o contraditório, e apenas uma pessoa exerce a função de acusar, defender e julgar. O indivíduo réu nesse sistema é diminuído minimamente a um objeto de perseguição, com apenas um objetivo que é buscar pela confissão, a prova mãe e considerada mais importante. (CAPEZ, 2018).

Nesse sistema o juiz se opera de múltiplos meios possíveis e necessários, apenas no objetivo de condenar e punis o acusado. Destarte, o acusado se encontra ao arbítrio de juiz-inquisidor que se encontra intencionado de fazer o que for necessário para a condenação do réu, além disso, no período da origem deste

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

modelo processual, o meio mais comum usado era a tortura. A motivação para tanto se dava em razão do sistema de prova adotado e utilizado nesse sistema, no qual, as provas tinham valoração conforme critérios antecedentes estipulados, dessa forma, convertendo-se em prova capaz, unicamente, para tornar o acusado condenado.

Assim, o sistema inquisitorial é rigoroso, secreto, que se utiliza da tortura como uma forma de alcance para a elucidação dos fatos e de se obter a finalidade do processo penal, excluindo claramente o contraditório, permanecendo na mão de uma única pessoa, o juiz inquisidor, as funções do devido processo legal, não tratando o acusado como um sujeito detentor de direitos, e sim como um mero objeto do processo. (BRASILEIRO, 2019).

O sistema inquisitório tem como base, unicamente, a busca pela verdade real ou absoluta, que para fundamentar o sigilo, e a inexistência de contraditório e ampla defesa, o juiz busca a verdade por todos os meios que sejam possíveis, infringindo direitos do acusado.

Verifica-se, no entanto, a clara e cristalina incompatibilidade do sistema inquisitivo com as garantias constitucionais, que são obrigatoriamente necessárias em um Estado Democrático de Direito. Isto posto, é incabível e plenamente inaceitável que nas legislações modernas sejam acolhidas com sistemas com características inquisitorial, devendo assim, ser respeitado e assegurado aos cidadãos o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

1.2 Sistema Acusatório

Em oposição ao sistema inquisitório, o sistema acusatório é o sistema processual adequado, uma vez que este sistema assegura garantir os direitos fundamentais da parte na relação processual. Desta forma, o acusado não é um simples objeto de prova nesta relação processual, pois passa a figurar como parte, podendo então proporcionar uma carga probatória, para que o juiz tome uma decisão diante de tudo que lhe foi apresentado.

De acordo com o entendimento do ilustre doutrinador Renato Brasileiro (2019, pag. 41):

> De maneira distinta, o sistema acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdades de condições, e ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial. **Aqui há uma**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

separação das funções de acusar, defender e julgar. **(Grifo nosso)**

Nos dias atuais, o sistema acusatório ostenta as subsequentes características: a) Existe uma separação nas funções de acusar, julgar e defender, sendo de suma importância ressaltar a distinção entre o juiz, autor e réu; b) A relação processual é conduzida pelo princípio da publicidade dos atos processuais, sendo permitido, o que se caracteriza como a exceção, o sigilo na pratica de alguns atos processuais; c) Os princípios da ampla defesa e do contraditório regem toda a relação processual. Assim, ao réu é garantido todos os direitos, podendo este gozar das garantias constitucionais que lhe são agraciadas; d) Prima-se pelo livre convencimento do magistrado, onde a decisão final deve ser motivada baseada nas provas trazidas pelas partes para o processo. O juiz então fica livre da apreciação das provas, porém, sempre em detrimento da inafastabilidade do controle judicial; e) O órgão julgador deve respeitar o princípio da imparcialidade, assim fica o juiz afastado do interesse das partes, assegurando o equilíbrio processual, mas conduzindo todo o processo adotando e sempre tomando as devidas providências no que diz respeito à instrução processual, podendo indeferir as demandas inúteis ou de caráter protelatório. (OLIVEIRA, 2017).

Desse modo, o sistema acusatório tem como característica principal o fato das funções de julgar, acusar e defender ficarem concentradas nas mãos de sujeitos distintos na relação processual. Assim, inexiste a figurada do juiz-inquisidor, ou seja, aquele que vai investigar, em busca de provas para compor aos autos, isso porque não ficará concentrada no juiz toda a carga probatória, não terá o poder de investigar e de julgar o sujeito acusado. Existirá então a ideia de um juiz que vai garantir toda a legalidade na investigação.

Nesse contexto, o Ministério Público é legitimado como *jus postulandi*, ou seja, é o titular da ação penal, e o magistrado fica limitado a julgar o processo mediante as provas que a ele serão apresentadas pelas partes na relação processual. Portanto, prima-se pelo princípio da imparcialidade do juiz, onde este vai garantir o equilíbrio do processo, ficando afastados dos sujeitos em conflito, podendo tomar apenas as diligências realmente necessárias.

É importante trazer à baila uma grande diferença no que diz respeito ao sistema acusatório e inquisitório, sendo está a publicidade. No inquisitório, todos os atos processuais são praticados em segredo, dessa forma não vai existir nenhuma lacuna para que seja feita indagações. Pelo fato do sistema inquisitório ser respaldado na busca da verdade real, uma possível publicidade dos atos poderia colocar uma insegurança nas sentenças dos juízes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por sua vez o sistema acusatório é conduzido com base no princípio da publicidade dos atos processuais. Desse modo, se faz necessário que a sociedade participe da gestão das sentenças proferidas pelo juiz e, é possível ainda que seja dada a sociedade a garantia de fiscalizar a atuação do magistrado, e de todos os sujeitos encarregados de prestar a função jurisdicional.

Destaca, inclusive, PRADO (2001, p. 176) acerca da publicidade:

> [...] por cujo meio podem os cidadãos controlar, adequadamente, o cumprimento das exigências de respeito aos direitos básicos, além da moralidade e impessoalidade da ação estatal, ficando limitada a publicidade, sem perigo inaceitável para o sistema, somente nas situações pertinentes à preservação de outros direitos fundamentais, por meio da coordenação do exercício de tais direitos, de acordo com o princípio da proporcionalidade.

No acusatório, como forma de garantir o processo penal, e em oposição ao sistema inquisitório, os princípios da ampla defesa e do contraditório regem toda a relação processual. Neste passo, ensina RANGEL (2015, p. 50) que "o réu é sujeito de direitos, gozando de todas as garantias constitucionais que lhe são outorgadas".

Além disso, MORAIS (2005, p.93) define um entendimento acerca do que vem a ser a ampla defesa e o contraditório:

> Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Em relação ao contraditório, conclui CAPEZ (2018, p. 62-63) que:

> [...] exprime a possibilidade, conferida aos contendores, de praticar todos os atos tendentes a influir no convencimento do juiz. Nessa ótica, assumem especial relevo as fases da

> produção probatória e da valoração das provas. As partes tem o direito não apenas de produzir suas provas e de sustentar suas razões, mas também de vê-las seriamente apreciadas e valoradas pelo órgão jurisdicional.
>
> Dessa forma, é aceitável dizer que o sistema acusatório é totalmente voltado a manter as garantias fundamentais individuais e "que respeita a proibição do *ne procedat iudex ex officio*, isto é, não cabe nunca ao juiz ideal imiscuir-se, *sponte sua*, na atividade de colheita (principalmente preliminar) de provas ou da de acusar" (GOMES apud FARIA, 2011, p. 28).

Por fim, se faz necessário ressaltar que o sistema acusatório assegura ao acusado todas as garantias fundamentais inerentes a todos os sujeitos em uma relação processual, como é o caso da imparcialidade do magistrado, da ampla defesa e do contraditório, e não tão menos importante o da publicidade dos atos no processo.

2.3 Sistema adotado no Brasil

Em razão do que foi exposto, se faz necessário determinar a partir de uma análise qual o sistema adotado no Brasil, de forma que sejam asseguradas todas as garantias inerentes aos sujeitos na relação processual, para que em um momento posterior, seja determinado a possibilidade ou não do magistrado produzir prova de ofício no processo penal.

Mesmo diante do fato do Código Processual Penal de 1941 ter sido realizado com base em um regimento tirânico, antidemocrático, portanto, com particularidades inquisitórias, a Carta Magna de 1988 trouxe consigo, o sistema acusatório. Desse modo, devido ao fato de que o ordenamento jurídico do Brasil, por um lado trazer características inquisitórias, e por outro lado acusatórias, alguns doutrinadores citaram um terceiro sistema, que é o misto, buscando assim definir este como o sistema processual adotado no Brasil.

O sistema misto, por sua vez, seria aquele com particularidades tanto do sistema acusatório, quanto do sistema inquisitório, podendo assim ser fragmentado em duas fases. Assim a primeira fase teria particularidades inquisitórias e a segunda fase particularidades acusatórias como já realçado. Em suma, o ilustre doutrinador RANGEL (2015, p.52) torna claro e compreensível essas duas fases processuais da subsequente forma:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> 1º fase - instrução preliminar: nesta fase, inspirada no sistema inquisitivo, o procedimento é levado a cabo pelo juiz, que procede às investigações, colhendo as informações necessárias a fim de que se possa, posteriormente, realizar a acusação perante o tribunal competente. 2º fase - judicial: nesta fase, nasce a acusação propriamente dita, onde as partes iniciam um debate oral e público, com a acusação sendo feita por um órgão distinto do que irá julgar, em regra, o Ministério Público.

Porém, a adoção como misto do sistema processual brasileiro não foi reconhecida por parte de alguns doutrinadores como é o caso de Pacelli (2017, p.21), ensinado que:

> No que se refere à fase investigativa, convém lembrar que a definição de um sistema processual há de limitar-se ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no curso do processo, E porque, decididamente, inquérito policial não é processo, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação.

Neste passo, outros doutrinadores acolheram a ideia de que o sistema processual brasileiro é o sistema acusatório, porém, este modelo processual não é genuíno, puro, pois acreditam que ainda existem traços de um modelo inquisitório. Neste ponto de vista, é importante destacar a lição de RANGEL (2015, p. 54-55):

> Assim, nosso sistema acusatório hodierno não é puro em sua essência. Traz resquícios e ranços do sistema inquisitivo; porém, a Constituição deu grande avanço ao dar ao Ministério Público privatividade da ação penal pública. Em verdade, o problema maior do operador do direito é interpretar este sistema acusatório de acordo com a Constituição e não de acordo com a lei ordinária, pois, se esta estiver em desacordo com o ela estabelece, não haverá recepção, ou segundo alguns, estará revogada.

Ante ao exposto, é nítido e cristalino destacar que o modelo processual brasileiro, mesmo diante do fato de que a Constituição de 1988 ter adotado o sistema acusatório, assegurando as garantias fundamentais, ainda possui marcas de um sistema inquisitório, não sendo assim puro em sua essência. Deste modo, faz-

se necessário concordar com o entendimento esboçado pelo renomado doutrinador Paulo Rangel.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL

Preliminarmente, é de suma importância destacar que os princípios são considerados normas de caráter genérico que tem fundamental importância em todo e qualquer ordenamento jurídico. Diante disso os princípios possuem a finalidade tanto para embasar as normas jurídicas quanto para complementá-las.

Neste aspecto, contemplando a importância dos princípios, é conveniente trazer a lição do ilustre doutrinador Gilberto Thums (2006, p.78):

"O papel exercido pelos princípios na organização dos sistemas processuais é fundamental. Especialmente ao que interessa no campo do Direito Processual Penal, pode-se apontar os princípios relativos ao processo, à ação e à jurisdição".

No mesmo sentido, acerca dos princípios esclarece o doutrinador BOSCHI (2013, p.28) que:

> Por exercerem funções diretivas os princípios iluminam o operador do direito, quando da leitura dos textos, na aferição dos sentidos, em seu trabalho de apuração da efetividade do sistema, no interior do processo de interpretação sistemático das normas processuais nos vários escalões, sobrepujando-as em importância hierárquica e força cogente, numa hermenêutica autoconsciente de suas funções.

Desta forma, é perceptível a fundamental importância dos princípios, que além de embasar e complementar o ordenamento jurídico é também uma importante ferramenta de interpretação das normas, não restando dúvidas acerca da importância no ordenamento jurídico.

3.1 Princípios do Juiz Natural

Uma das garantias de jurisdição dentro do processo penal é a do juiz natural, sendo este elevado a status constitucional, uma vez que a Constituição Federal traz em seu artigo 5º, inciso LIII que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

Neste sentido, CAPEZ (2018, p.78) traz um entendimento ao artigo anteriormente citado, desta forma segundo ele:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Significa dizer que todos têm a garantia constitucional de ser submetidos a julgamento somente por órgão do Poder Judiciário, dotado de todas as garantias institucionais e pessoais previstas no Texto Constitucional.

São, ainda, do eminente CAPEZ (2018, p.78) os seguintes esclarecimentos acerca da figura do Juiz Natural:

> Juiz natural é, portanto, aquele previamente conhecido, segundo regras objetivas de competência estabelecidas anteriormente à infração penal, investido de garantias que lhe assegurem absoluta independência e imparcialidade.

Portanto, segundo o princípio do juiz natural todo cidadão tem o direito de saber, previamente, qual autoridade irá julgá-lo caso o mesmo venha a praticar uma conduta definida como infração penal pelo ordenamento jurídico pátrio. (BRASILEIRO, 2019). Desta forma, o princípio do juiz natural assegura a imparcialidade do juiz, pois não haverá espaço para que seja escolhido um juiz para determinada causa, de forma que esse venha a trazer benefícios para uma das partes, colocando sua parcialidade em risco.

Por fim, faz-se necessário destacar que não se pode desconectar, ou afastar, o princípio do juiz natural das regras de competência, porque não se pode definir posteriormente ao fato delituoso qual será o juiz da causa, isso seria uma manipulação dos critérios de competência, e um afronto ao princípio do juiz natural (LOPES JR, 2018).

3.2 Princípios da Imparcialidade do Juiz

A imparcialidade tem como significado aquele que julga sem paixão, de forma justa, aquele que julga sem prevalecer para algum dos lados que estão em litígio. Um juiz então é imparcial quando o mesmo não tem interesse no objeto do processo, desta forma, não busca favorecer nenhuma das partes, porém, isso não quer dizer que não tenha o juiz o interesse de que sua sentença seja proferida de forma justa, e que atue com esta finalidade.

A imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes que estão em conflito e, embora não esteja expressa, é uma garantia constitucional que deve ser prevalecida, além de ser um pressuposto para a validade do processo, no qual o juiz coloca-se entre as partes e acima delas. Aludido pressuposto, dada sua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

importância, tem um caráter universal e consta da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, artigo X, que prevê:

> Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Deste modo, faz-se necessário que o juiz seja atribuído de parcialidade, para que assim possa julgar de forma justa, deixando suas convicções de lado, e agindo com o intuito de garantir a justiça paras as partes, seja para decidir sobre direitos e deveres das partes, seja para fundamentar qualquer acusação criminal contra elas.

Neste sentido, destaca Távora e Alencar (2017, p.73):

> A imparcialidade - denominada por alguns de "alheiabilidade" - é entendida como característica essencial do perfil do juiz consistente em não poder ter vínculos subjetivos com o processo de modo a lhe tirar o afastamento necessário para conduzi-lo com isenção. Trata-se de decorrência imediata da CF *I* 1988, que veda o juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII) e garante que o processo e a sentença sejam conduzidos pela autoridade competente (art. 5°, LIII), representando exigência indeclinável no Estado Democrático de Direito.

É de suma importância ressaltar que tanto o impedimento quanto a suspeição devem ser reconhecidas *ex-officio* pelo juiz, casos em que o juiz impedido ou suspeito vai ser distanciado do processo, e este processo será encaminhado para o substituto legal.

A Constituição Federal de 1988 confere ao magistrado determinadas prerrogativas, que estão elencadas no seu artigo 95, das quais se pode citar a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, prerrogativas que permitem a juízes atuar com isenção, o que inclui declarar-se suspeito ou impedido no processo. Em vista disso, caso não reconheça a situação de imparcialidade, o juiz interessado deve ser recusado pelas partes, e os permissivos legais para tal feito estão corroborados no artigo 254 do Código de Processo Penal, onde estão descritas as hipóteses de suspeição, e no artigo 252 do mesmo diploma legal, que vislumbra as hipóteses de impedimento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Acerca da imparcialidade do juiz, o Código de Ética da Magistratura de 2008, prevê em seu artigo 8º que:

> Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.

Deste modo, é exigido do magistrado uma conduta ética, dotada de honestidade, devendo o magistrado levar consigo os valores inerentes de sua formação, que de certa forma justificam os entendimentos distintos em relação a uma grande pluralidade de situação fáticas a quais se deparam, sempre prolatando decisões suficientemente fundamentadas e com objetividade.

Para Aury Lopes Junior (2018, p.58), a atividade probatória do julgador fere significativamente a sua imparcialidade, no qual segundo ele "a gestão da prova deve estar nas mãos das partes (mais especificamente, a carga probatória está inteiramente nas mãos do acusador), assegurando-se que o juiz não terá iniciativa probatória, mantendo-se assim suprapartes e preservando sua imparcialidade."

Diante do que foi exposto, tem-se que o juiz deve manter-se imparcial, não deixando suas convicções afetar o processo com intuito de beneficiar alguma das partes em conflito, pois, caso isso ocorra, não estará sendo honesto, e nem respeitando a Constituição Federal, no que diz respeitos às garantias inerentes a todos os indivíduos. Assim, a imparcialidade é inerente a função de julgar, caso semelhante é o de um juiz de futebol, que deve ser criterioso ao marcar faltas, e anular gols, quão mais deverá ser o magistrado do Direito, que julga e decide sobre os direitos das pessoas.

3.3 Princípios do Contraditório e da ampla defesa

Os princípios do contraditório e ampla defesa estão elencados no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, *in verbis:*

> **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:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> **LV** - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Vejamos então a lição do doutrinador Aury Lopes (2018, p.60):

> O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo.

Na fase em que se tem início o devido processo penal, quando ocorre o chamamento do imputado à lide, tais princípios consolidam-se na necessidade de clareza, efetividade, integralidade, que deverá revestir o ato da citação, ou seja, o réu deve ser informado da maneira mais clara, explícita, simples, completa, para que assim seja viabilizada essa garantia. Caso isso não ocorra, poderá ocorrer nulidade absoluta do processo.

O princípio do contraditório então é direito assegurado e inerente as partes de serem comunicadas de todos os atos e fatos que aconteceram no curso do processo, podendo elas se manifestarem e produzir as provas necessárias antes de ser proferida a decisão jurisdicional. Portanto, este princípio é voltado para ambas às partes, um direito que prevalece para os dois lados que estão em conflito no processo.

Segundo o entendimento do ilustre doutrinador CAPEZ (2018, p.63):

> A bilateralidade da ação gera a bilateralidade do processo, de modo que as partes, em relação ao juiz, não são antagônicas, mas colaboradoras necessárias. O juiz coloca-se, na atividade que lhe incumbe o Estado-Juiz, equidistante das partes, só podendo dizer que o direito preexistente foi devidamente aplicado ao caso concreto se, ouvida uma parte, for dado à outra manifestar-se em seguida. Por isso, o princípio é identificado na doutrina pelo binômio ciência e participação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Assim, o princípio do contraditório não basta a ciência da parte, é necessário também que seja concedida a ela a oportunidade de participar, ou seja, ciência e participação é que fazem parte da essência do contraditório.

Enquanto o contraditório é princípio protetivo de ambas as partes (autor e réu), a ampla defesa por sua vez é a garantia com destinatário certo: o acusado. O princípio da ampla defesa ao lado do contraditório formam um verdadeiro escudo contra práticas arbitrarias e antidemocráticas, ao passo que permite o acusado contrapor todos os argumentos da acusação que contra ele é imputada, produzindo toda a carga probatório necessária que possam demonstrar a sua tese de defesa.

É importante destacar, que apesar das duas garantias, contraditório e ampla defesa, caminharem juntas, ou seja, serem interligados, Renato Brasileiro (2019, p.56) explica que não é possível confundi-las:

> Apesar da influência recíproca entre o direito de defesa e o contraditório, os dois não se confundem. Com efeito, por força do princípio do devido processo legal, o processo penal exige partes em posições antagônicas, uma delas obrigatoriamente em posição de defesa (ampla defesa), havendo a necessidade de que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária (contraditório). Como se vê, a defesa e o contraditório são manifestações simultâneas, intimamente ligadas pelo processo, sem que daí se possa concluir que uma derive da outra.

Portanto, o contraditório é o que assegura aos litigantes do processo o direito de ampla defesa, diz respeito a ambas as partes no processo, ou seja, deixar de comunicar um determinado ato ao membro de acusação, não possibilitando que ele se manifeste sobre determinada prova ou alegação produzida pela defesa, ao mesmo tempo em que a ampla defesa refere-se especificamente ao réu, que ao ter conhecimento da acusação a ele imposta, vai utilizar de todos os meios de prova existente no direito pátrio na sua defesa.

4 A FIGURA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

Diante de tudo que foi exposto ao juiz, compete apenas a preocupação quanto ao julgamento da lide, mantendo o equilíbrio das armas que podem ser utilizadas pelas partes, por conseguinte, permanecendo imparcial. Ao ser colocado

de frente com a racionalidade da Constituição Federal, percebe-se que o mesmo não pode e nem deve partir espontaneamente para colheita de provas, pois caso isso ocorra, estaria contrariando os princípios basilares do Direito Processual Penal, uma vez que se trata de atribuição exclusiva da polícia judiciária.

Ainda que o Brasil tenha adotado o sistema acusatório, é possível encontrar no Código de Processo Penal, resquícios do sistema inquisitivo no atual âmbito da persecução penal brasileira como veremos a seguir.

4.1 Análises dos Poderes Instrutórios dos Magistrados e da inconstitucionalidade do art. 156 do Código de Processo Penal.

Uma discussão que merece ênfase é a que gira em torno do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, que assevera que:

> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
>
> I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (BRASIL, 1941).

Ao facultar ao juiz a produção antecipada de provas na fase pré-processual, de ofício, um dos argumentos utilizados pela doutrina que sustenta a inconstitucionalidade do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, é de que a imparcialidade do julgador estaria comprometida, tendo em vista que não pode o juiz, de ofício, produzir a prova no curso do inquérito policial e depois simplesmente esquecê-la, no curso do processo, como se nada tivesse acontecido e que nenhuma influência aquela prova tenha causado no seu ânimo.

De acordo com RANGEL (2015, p.510):

> Ora, como imaginar um juiz isento que colhe a prova no inquérito, mas não a leva em consideração na hora de dar a sentença? A reforma pensa que o juiz é um ser não humano. Um extraterrestre que desce de seu planeta, colhe a prova, preside o processo, julga e volta à sua galáxia, totalmente imparcial. (...) A reforma, nesse caso, adota o princípio inquisitivo, colocando o juiz no centro da colheita da prova em total afronta à Constituição Federal, que adota o sistema acusatório (art. 129, I, CR).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Desse modo, a atuação do juiz no sistema acusatório deve se dar de maneira imparcial, pois, segundo a doutrina, como juiz garantidor das liberdades, ele deve manter-se o mais distante possível da produção probatória, atuando somente quando requisitada a sua intervenção e mantendo a imparcialidade desejada pela Constituição Federal de 1988. Diante de tal entendimento Aury Lopes Jr (2008, p.247) ressalta que:

> A atuação do juiz na fase pré-processual (seja ela inquérito policial, investigação pelo MP etc.) é e deve ser muito limitada. **O perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais** do sujeito passivo. É também a posição mais adequada aos princípios que orientam o sistema acusatório e a própria estrutura dialética do processo penal. (Grifo do autor).

Desta forma, a inconstitucionalidade do artigo 156 do Código de Processo Penal está voltada ao fato que seria impossível ordenar que o juiz produza provas oficiosamente, seja antes ou durante a ação penal, pois caso contrário, estaria o julgador ferindo o sistema acusatório e indo contra os princípios constitucionais garantidos por esse sistema, tomando então para si atribuições que não são de sua competência, pondo em risco a sua imparcialidade.

É importante então ressaltar que alguns autores tratam esse artigo como inconstitucional, pelo fato de o juiz perder sua imparcialidade, porém, alguns autores acreditam na constitucionalidade do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, como é o caso de Ivan Luís Marques da Silva (2008, p.65) que assevera:

> A ampla maioria da doutrina e da jurisprudência abomina o fato de o juiz sair de sua sala e buscar a produção de provas de ofício. Isso porque afirma-se que a ação penal não mais será conduzida de forma imparcial.
>
> A simples escolha de qual prova deverá ser produzida de ofício e qual deixou de ser produzida já seria uma forte indicação de predisposição para condenar ou absolver.
>
> Discordamos da maioria.

Um dos argumentos usados pela doutrina que acredita na constitucionalidade do artigo em questão é o fato dele trazer o princípio da verdade real, sendo que esse princípio que vige no processo penal, é muito mais importante, e desejável, razão pela qual o juiz deve agir, de ofício, na busca da verdade real, para que possa aplicar a lei ao caso concreto, exercer a jurisdição, da melhor forma possível. De modo que o que juiz não deve se atrelar somente aos trabalhos desenvolvidos pelas partes para formar as provas (SILVA, 2008).

Mesmo diante dessa divergência acerca da inconstitucionalidade ou não do artigo 156, inciso I do Código de Processo Penal, prima-se pela inconstitucionalidade, mesmo diante da verdade real, pois se acredita na possibilidade de ao levar em conta a verdade real, o juiz tem poderes instrutórios, retirando dele a sua imparcialidade, fazendo com que o magistrado afaste-se do acusado e penda para o lado da acusação, uma vez que o juiz tem que ser imparcial e dar ao acusado o seu direito ao contraditório e de ampla defesa.

4.3 O Juiz Inquisidor e a busca da verdade real ao produzir provas no Processo Penal.

No que diz respeito aos argumentos apresentados anteriormente, para fundamentar a manutenção da atribuição de iniciativa probatória ao juiz no processo penal em nosso ordenamento jurídico, entende-se que os dispositivos do Código de Processo Penal que trazem tal previsão confrontam a Carta Magna e, por conseguinte, aos princípios e regras por ela expostos. Conforme já afirmado, historicamente, a atribuição de poderes instrutórios esteve sempre ligada ao sistema inquisitório, onde o juiz não possuía limitações para alcançar a verdade real. Assombroso imaginar que a ausência de limites à atividade instrutória do juiz no sistema inquisitorial possibilitasse a obtenção dessa verdade absoluta. No entanto, o alcance da verdade de forma absoluta é algo impossível, e inviável para a condição humana.

É importante realçar as limitações à busca da verdade no processo penal, nas quais se destaca não ser possível a apreciação direta dos fatos, o caráter irredutivelmente provável da verdade fática e o inevitavelmente opinativo da verdade jurídica das teses judiciais, a subjetividade do juiz e subjetividade das fontes de prova. O princípio da busca da verdade real nada mais é do que um caminho para que o magistrado obtenha e se faça valer de seus poderes instrutórios, o que não prospera, conforme o processo penal, para a defesa das garantias constitucionais do cidadão, pelo fato deste princípio fazer com que o juiz busque novas provas e se figure como parte no processo, deixando de lado assim sua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

imparcialidade, ao passo que este poderia apenas utilizar o princípio como fator decisivo ao proferir a sentença, a partir da carga probatória já obtida em suas mãos.

Assim, é perceptível, que na fase instrutória ao juiz é concedido poderes ilimitados em busca do alcance da verdade real, em decorrência dessa agressão, doutrinadores criticam o poder do juiz de produzir provas, alegando que toda fase instrutória está contaminada pelos ditames do sistema inquisitório, onde o juiz não se limita a apenas um mero espectador do processo e passa a intervir diretamente nele como parte, momento em que tem sua imparcialidade corrompida.

O magistrado com a imparcialidade comprometida, não irá gozar de suas funções de maneira justa, o que afeta o devido processo legal, ou seja, a verdade que se busca fica inteiramente comprometida.

Portanto, a atribuição de poderes instrutórios ao juiz impossibilita a melhor aproximação possível da verdade e não sendo tal aproximação obtida, a decisão não poderá ser considerada justa. Assim, danificada a imparcialidade, fica clara a não observância do devido processo legal, garantia fundamental e inerente de todo cidadão.

Neste contexto, é incontestável que a estrutura do sistema inquisitório aludido no Código de Processo Penal é marcada pelo caráter tirano, mostrando-se absolutamente incompatível com o devido processo legal previsto na Constituição, que a ele é posterior.

Para tanto, deve-se, necessariamente, construir um processo penal no qual o juiz se afaste desse lugar nebuloso que é a produção de prova, ainda que a título complementar, e possa, efetivamente, pelas regras constitucionais, ascender ao lugar de protetor e garantidor dos direitos e liberdades individuais, de onde, nunca deveria ter saído.

CONCLUSÃO

Diante de toda análise expendida é cabível direcionar-se ao entendimento de que o caminho mais apropriado é a interpretação do Código de Processo Penal em consonância com os princípios insculpidos na Constituição Federal de 1988, na qual devem ser assegurados todos os princípios inerentes a todos os indivíduos.

O respeito às regras constitucionais deveria ser uma obrigação a todas as partes do processo, ou seja, as armas processuais apresentadas a uma parte devem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ser igualmente concedidas à outra parte, com o objetivo de equilibrar a relação processual, e concretizando um processo penal equilibrado.

No presente trabalho foi elucidado o papel do juiz quando este atua de forma inquisitória, ou seja, quando toda a carga probatória está concentrada em suas mãos, porém, quando isso acontece, os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da imparcialidade do julgador são afetados, e, por conseguinte, não respeitados. Assim, o sistema processual a ser seguido, é o acusatório, sendo este ideal, pelo fato de que as partes participam do processo, deixando de ser meros objetos sendo, passando a figurar na posição de sujeito, sendo concedida a oportunidade do contraditório e da ampla defesa. Assim, o juiz ficará como garantidor da legalidade investigatória, imparcial, para analisar as provas que lhes são apresentadas, e tomar uma decisão a partir delas, respeitando todas as garantias trazidas pela Constituição Federal, sendo este o sistema processual a ser adotado no Brasil como já foi explanado.

É mister esclarecer que dar ao Juiz o poder de gestão da prova, tal como menciona e permite o artigo 156 do Código de Processo Penal e, principalmente em seu inciso I, é entendido como inconstitucional, mesmo com alguns doutrinadores contra esse entendimento, pois o mesmo viola o princípio do devido processo legal, e do contraditório e ampla defesa, cujos princípios são retirados da própria constituição e do sistema acusatório.

A atribuição de poderes instrutórios ao juiz também afronta a garantia de imparcialidade da jurisdição, sobre a qual se consolidam o processo penal e o sistema acusatório. A produção de provas *ex officio* permite um convencimento antecipado do órgão julgador, visto que o juiz poderá, previamente, inclinar-se em direção a uma das partes, procurando beneficiá-la. Desse modo, o magistrado não deve se agarrar à verdade real com o objetivo de participar do processo em uma função que não lhe pertence. Esse princípio da verdade real deve ser extinto do direito processual penal, haja vista ser um resquício desestabiliza a democracia e as garantias fundamentais do acusado com o advento da nova ordem constitucional.

Portanto, é necessário um Processo Penal democrático, interpretado à luz da Constituição Federal, onde as garantias individuais inerentes ao acusados sejam respeitadas, com o objetivo de evitar arbitrariedades que, eventualmente, possam ser cometidas pelos magistrados quanto à gestão da prova. Percebe-se, portanto, que uma interpretação constitucional do processo penal não deve ocorrer simplesmente pelo fato de a Constituição estar no topo da hierarquia das normas, mas sim em virtude da mesma ser oriunda de lutas históricas para a consagração de direitos e garantias fundamentais a todos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS

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/constituicaocompilado.htm. Acesso em 26 de out. 2019.

_____. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei nº 3689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 26 out. 2019.

_____. **Código de ética da magistratura nacional**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura. Acesso em 26 de out. 2019.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris**. 10 dez. 1948. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf . Acesso em: 25 de out. 2019.

FARIA, André. **Os poderes instrutórios do juiz no processo penal**. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

FEITOZA, Denílson. **Reforma Processual Penal**. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.** 7. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017

_____. Aury. **Direito Processual Penal.** 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

SILVA, Ivan Luís Marques da. **Reforma Processual Penal de 2008**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 12. ed. Salvador: Juspodvm, 2017.

THUNS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais.** Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2006.

---

[1] Orientador, professor do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA, mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. *E-mail*: julianoleonel@hotmail.com.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A SÚMULA VINCULANTE E A SUA RELAÇÃO COM O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DOS MAGISTRADOS: BREVE ANÁLISE A PARTIR DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

LUCIANA CAVALCANTE PAIM MACHADO: Formada em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana, pós-graduada em Direito Público pela Universidade Gama Filho e em Direito pela Escola de Magistrados da Bahia(EMAB). Assessora de Juiz do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

RESUMO: Este estudo buscou relacionar a obrigatoriedade de submissão do julgador às súmulas vinculantes com o princípio constitucional do livre convencimento motivado: sua abrangência e consequências sob um prisma da hermenêutica jurídica, com a apresentação de pensamento contrário ao propósito da uniformização obrigatória da jurisprudência através das súmulas vinculantes.

PALAVRAS CHAVES: Hermenêutica Jurídica; Súmulas Vinculantes; Livre Convencimento Motivado.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. O PAPEL DA HERMENEUTICA JURÍDICA NAS DECISÕES JURISDICIONAIS; 2. DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO MAGISTRADO: UM BREVE ESTUDO SOB O PRISMA DAS TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA; 2.1.AS TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA; 3.A SÚMULA VINCULANTE: CONCEITO, ABRANGÊNCIA E A SUA RELAÇÃO COM O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO; 3.1.CONCEITO E ABRANGÊNCIA; 3.2.AS SÚMULAS VINCULANTES E O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; BIBLIOGRAFIA.

INTRODUÇÃO

A chamada Reforma do Judiciário, introduzida com a aprovação da EC nº 45/04, dentre as diversas modificações polêmicas, inseriu no Ordenamento brasileiro as chamadas súmulas vinculantes. O instituto das súmulas não é algo recente no Brasil, tendo em vista a existência das súmulas de uniformização de jurisprudência dos tribunais superiores (art. 476 do CPC) e das súmulas impeditivas de recurso (art. 557 do CPC). Porém, nunca houve no país um caso de vinculação jurisprudencial tão abrangente.

A polêmica foi instaurada na comunidade jurídica chamando a súmula vinculante a atenção para diversos assuntos, dentre os quais, o presente artigo – não de forma exaustiva (tendo em vista a exigüidade de linhas), mas com o intuito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de incitar leitores a buscarem um estudo mais minucioso sobre o assunto – analisa a sua relação com o livre convencimento motivado (art. 93, IX da CF).

Para tanto, inicialmente buscou-se demonstrar a importância da utilização da hermenêutica e das técnicas interpretativas para o equilíbrio do sistema normativo. Após, para atribuir maior amplitude crítica ao trabalho, foi feito um estudo do livre convencimento motivado a partir de algumas das principais teorias hermenêuticas da argumentação jurídica – observando-se, inclusive, se este instituto, concebido pela constituição como atualmente está, teria condições de bem conviver com a vinculação sumular do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, o presente ensaio tenta apresentar fundamentadas objeções ao propósito da uniformização obrigatória da jurisprudência através das súmulas vinculantes, tendo em vista a sua patente inconstitucionalidade por não estar em consonância com a função primordial do Poder Judiciário, qual seja, a de bem aplicar o direito levando em conta o seu papel como pacificador social.

1 O PAPEL DA HERMENEUTICA JURÍDICA NAS DECISÕES JURISDICIONAIS

A Constituição garantiu ao Judiciário, através do princípio da reserva de jurisdição, o exercício exclusivo da função jurisdicional[1]. No entanto, ao exercer esta função, em muitos momentos o juiz acaba por criar direito, completando lacunas ou decidindo por equidade. Estaria o magistrado legislando? A resposta a esta pergunta perpassa pela função criativa do magistrado, gerando outro questionamento: seria o juiz um mero aplicador da proposição normativa ao fato?

A sociedade atual é marcada por constantes transformações, o que aumenta o desajuste entre a mesma e o sistema normativo petrificado nas legislações. Assim, para se chegar ao real propósito da lei, qual seja, a pacificação social, o magistrado deve interpretá-la.

No âmbito da ciência jurídica interpretar é buscar o porquê da imposição normativa de determinada conduta, dando sentido válido para esta regra. Para interpretar (a lei) deve o jurista encontrar o verdadeiro sentido e alcance da norma. Eis aí o grande desafio da hermenêutica jurídica: buscar a melhor solução com um mínimo de perturbação social. Daí a importância da mesma, que seria a teoria da interpretação, e, nas palavras de Carlos Maximiliano (1979, p. 13), "tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito".

Interpretação e hermenêutica não se confundem. A interpretação jurídica é a atividade técnica que busca pelo verdadeiro significado de uma norma. Já a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

hermenêutica seria a teoria que serve para fixar os princípios e métodos utilizados pela interpretação. A hermenêutica jurídica é uma teoria dogmática que expressa como o direito deve ser interpretado, formulando conceitos e premissas que ditam as suas regras doutrinárias. Através da história, Tércio Ferraz (2007, p. 289-304) distingue três métodos interpretativos: lógico-sistemático, sociológico e histórico e teleológico-axiológico.

A interpretação lógico-sistemática pressupõe que haja uma compatibilidade lógica entre uma expressão normativa e a unidade do sistema jurídico do ordenamento. Já a interpretação histórico-evolutiva, observa as condições sociais em que a norma incide, sem esquecer as fontes inspiradoras que deram origem a sua criação. O método histórico-evolutivo vê o direito como um fato sociológico capaz de adaptar-se as transformações sociais. Por fim, o método teleológico-axiológico considera que o propósito desejado pelas normas jurídicas é a forma mais indicada para a descoberta do seu sentido e alcance, influenciando significativamente o intérprete e o legislador, os quais devem sempre estar atentos a função social do direito.

Os métodos interpretativos devem ser aplicados em seu conjunto, partindo-se de técnicas mais elementares, como a gramatical[2], até os métodos mais complexos, como o teleológico-axiológico. Também, a interpretação deve estar norteada pelos princípios daquele sistema jurídico onde está inserida a norma analisada.

Ao julgar, o magistrado não pode deixar de apoiar-se nas regras hermenêuticas, sob pena realizar uma inconseqüente aplicação da norma ao fato. As súmulas vinculantes provocam exatamente isto: uma adestrada utilização de seus enunciados aplicados irracionalmente as decisões. Quando – seja através da lei ou da jurisprudência – o julgador é impedido de utilizar-se dos meios interpretativos necessários à formação de seu convencimento, o equilíbrio entre os três Poderes Estatais[3] é ameaçado, pois a mais importante função do Judiciário (função jurisdicional) não é alcançada.

2 DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO MAGISTRADO: UM BREVE ESTUDO SOB O PRISMA DAS TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

No Brasil, a exigência de motivação da sentença existe desde as Ordenações Filipinas, ganhando contornos constitucionais somente com a Carta de 1988.

A fundamentação representa o conteúdo racional da sentença, trazendo consigo um teor garantista. Percebe-se, considerando que a mesma serve para limitar o poder jurisdicional, que a obrigatoriedade de motivação está enraizada de status político. Assim, tem a sociedade a possibilidade de verificar se os fundamentos da decisão do magistrado estão dentro da lei e da razão.

Não basta simplesmente que o juiz julgue o pedido **PROCEDENTE** ou **IMPROCEDENTE.** O magistrado deve dizer em qual dispositivo legal se baseou e o porquê do mesmo ser aplicável ao caso, observando os costumes e os princípios gerais do direito – CF, art. 93, IX; CPP, arts. 157 e 381, III; CPC, capítulo I e art. 371.

Assim, quem decide não precisa buscar com este ato o consenso da comunidade, mas deve elaborar um discurso argumentado, racional, de forma a trazer uma conformação social. E é exatamente deste raciocinar jurídico que tratam as teorias da argumentação.

Diversas são os teóricos que cuidam do controle da formação do convencimento judicial, dentre os quais serão feitas resumidas referências a Theodor Viehweg (Teoria Tópica), Chäim Perelman (Nova Retórica), Robert Alexy (Discurso Racional) e Ronald Dworkin.

2.1 AS TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A teoria tópica é uma técnica de pensamento[4] que parte do problema em direção a uma solução. Situa-se no campo da retórica, pressupondo uma pluralidade de intérpretes. Tais intérpretes partem de vários *topoi* ou *loci* (pontos de vistas, premissas), que, através de um silogismo dedutivo, chegam a uma conclusão final. Existem, portanto, três elementos caracterizadores da tópica: o problema (onde se inicia o pensar tópico), os topoi (elemento característico do pensar problemático) e a ratificação das premissas pela aceitação do interlocutor (as premissas se legitimam pela aceitação do interlocutor).

Vale ressaltar como crítica a esta teoria que apenas a utilização de métodos dedutivos leva à ausência de rigor lógico, retirando a sua eficácia de auferir se a argumentação está ou não correta.

Para a teoria da Nova Retórica o direito se caracteriza pelo pensar sistemático que define uma ordem aberta, sendo capaz de gerar uma decisão equânime e adaptada à situação concreta. Em Lógica Jurídica, Perelman busca demonstrar como o magistrado é capaz de utilizar a sua força de impor as decisões, conciliando o direito com a justiça.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para este teórico uma argumentação que alcance apenas um determinado grupo social (auditório particular), refere-se a raciocínios persuasivos. Já aquela argumentação que atinge a todos (auditório universal) será efetivamente convincente. Assim, ele considera como válida apenas aquela argumentação voltada para o auditório universal.

A maior crítica à nova retórica é que a mesma, nas palavras de Joel Picinini (2005):

[...] tem como pressuposto para a obtenção de uma conclusão, a aceitabilidade das premissas e, como já ensinava Aristóteles, *o papel da lógica formal é fazer com que a conclusão seja solidária com as premissas, mas o da lógica jurídica é mostrar a aceitabilidade das premissas*.

Robert Alexy, distinguindo princípios de regras[5], afirma que é necessário compreender a decisão jurídica, a partir de uma teoria da argumentação. A argumentação jurídica é vista como uma espécie da argumentação moral, diferenciando-se desta por seus vínculos institucionais, quais sejam, as leis, os precedentes e a dogmática jurídica.

A teoria do discurso racional busca agregar aos princípios e as regras um procedimento para as suas aplicações com o intuito de garantir um resultado racional. Porém, o autor reconhece que a aplicação deste procedimento racional não é capaz de gerar uma decisão correta ao caso – no máximo a sentença apenas aproximar-se-á de uma solução ideal.

Segundo Dworkin o Direito deve ser visto como um sistema de princípios construídos a partir da interpretação da história das práticas sociais, opondo-se a compreensão positivista daquela ciência. Dworkin compreende o princípio como sendo uma espécie da qual a norma é gênero. O que diferenciaria ambos seria a lógica argumentativa e a natureza da orientação que oferecem. Na verdade teriam os princípios o papel de orientar, de direcionar o magistrado em busca de uma solução.

Por esta resumida análise das teorias da argumentação, percebe-se que nenhuma delas foi capaz de desenvolver um raciocínio jurídico adequado para a formação e controle do convencimento judicial.

O que fazer para combater o arbítrio judicial sem retirar do magistrado a liberdade de bem aplicar o direito?

O magistrado, como qualquer ser humano, ao examinar uma questão impõe sobre a sua análise processos psíquicos decorrentes de sua formação ideológica. Muitas vezes, o ato de julgar começa a partir de uma mentalização conclusiva, fazendo o magistrado idéias pré-concebidas do fato ainda não totalmente conhecido. Esta é a grande dificuldade enfrentada pelo processo de controle objetivo do convencimento judicial.

Com o intuito de encontrar uma solução para estas questões, primeiramente é importante que a interpretação das normas ocorra a partir da Constituição, de seus princípios e valores. Insta salientar que o Ordenamento Jurídico deve ser compreendido como um sistema hierarquizado e tem como vetor principal a Constituição. Assim, deverá o magistrado realizar uma interpretação sistemática, com a consciência de que, ao aplicar a lei ao caso concreto, estará na verdade consagrando o ordenamento jurídico como um todo.

Uma democracia não pode permitir que a prestação jurisdicional seja exercida ilimitada e arbitrariamente. Na luta pela justiça das decisões devem ser garantidos o devido processo legal e a motivação, pois estes mecanismos trazem a estabilidade dos procedimentos e a possibilidade dos litigantes participarem na formação do convencimento judicial. No entanto, a recente aprovação do instituto da súmula vinculante, como será observado a seguir, tem trazido preocupação aos estudiosos do direito em virtude de ser um forte empecilho a tais mecanismos processuais.

3 A SÚMULA VINCULANTE: CONCEITO, ABRANGÊNCIA E A SUA RELAÇÃO COM O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

3.1 CONCEITO E ABRANGÊNCIA

As súmulas[6] de jurisprudência são orientações firmadas a partir da síntese de inúmeras decisões sobre um mesmo assunto. Destas orientações se retira um enunciado, que é um preceito em abstrato. O enunciado é abstrato porque extrapola os casos concretos que lhe deram origem. Portanto, súmula e enunciado não se confundem – muito embora estes dois termos sejam utilizados constantemente como sinônimos.

As súmulas foram introduzidas no ordenamento pátrio em 1963 ao serem incluídas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal[7]. Posteriormente, outros tribunais passaram também a editar súmulas, com a promulgação do Código de Processo Civil de 1973 (artigos 476 e seguintes). Em ambos os institutos, sem caráter persuasivo, as súmulas serviriam apenas como meio de orientação para o magistrado e às partes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Cabe ainda lembrar-se da chamada súmula impeditiva de recurso[8], que apesar de teoricamente preservar a liberdade de julgamento do juiz de 1º grau vincula as partes, pois as mesmas somente terão o seu recurso apreciado pelo Tribunal quando a decisão não estiver de acordo com matéria sumulada.

A Emenda Constitucional nº 45/04 inseriu com o artigo 103-A o instituto da súmula vinculante, que posteriormente foi regulamentada pela Lei nº 11.417/06. Ao contrário das outras, a súmula vinculante tem caráter de obrigatoriedade e o objetivo específico de obstar o julgamento de ações repetidas.

O artigo 103-A da Constituição traz a possibilidade de o Supremo tribunal Federal, de ofício ou por provocação, aprovar súmula de efeito vinculante para os demais órgãos do Judiciário e para a administração pública, em todas as suas esferas. Para isto, devem ser preenchidos os seguintes pressupostos: decisão tomada por pelo menos dois terços dos desembargadores após reiteradas decisões sobre matéria constitucional.

Exige-se ainda que a súmula tenha por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários, ou entre estes e a administração pública. Tal controvérsia deve ser significativa a ponto de acarretar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Prevê o § 2º que o cancelamento ou a revisão das súmulas vinculante poderão ser provocados pelos legitimados ativos às Ações Diretas de Inconstitucionalidade (art 103, I a IX CF). Já o § 3º fala a respeito da reclamação, instituto que poderá ser usado nos casos da decisão judicial ou do ato administrativo não observar súmula vinculante. Julgada procedente, o STF irá anular a decisão ou o ato, determinando que outra decisão seja proferida pelo órgão/magistrado desobediente ou outro ato administrativo seja praticado, todos de acordo com a súmula.

Há muito tem sido discutida a efetividade da justiça brasileira diante da chamada *"Crise do Poder Judiciário"*. As lides levam anos e anos para serem resolvidas diante do excesso de processos, da falta de serventuários e de magistrados, além de tantos e tantos recursos. O instituto da súmula vinculante surge como a "*grande solução*" para esta crise.

Pontos importantes a respeito da vinculação as súmulas do STF, debatidos pela doutrina, merecem destaque, como, por exemplo, o argumento de que tal instituto baseia-se no direito norte-americano (*stare decisis*)[9]. *Stare decisis*, do

brocardo latino "*stare decisis et non quieta movere*", significa que *não se deve alterar aquilo que já foi decidido*. Típico do Common Law, este instituto consagra que, pelo princípio da isonomia, devem ser decididos casos iguais de igual maneira – são os chamados precedentes vinculantes. Entretanto, é necessário comparar as circunstâncias fáticas e jurídicas do processo que deu origem ao precedente com o caso a ser sentenciado para que o magistrado possa utilizá-lo com correção.

Já no caso do direito brasileiro, ignora(m)-se o(s) caso(s) concreto(s) que deu(ram) origem a súmula vinculante, a qual é aplicada abstratamente, sem qualquer fundamentação, como se lei fosse. Lênio Streck (200_) considera que o sistema jurídico brasileiro criou um problema de caráter hermenêutico ao instituir as súmulas vinculantes, afirmando que as mesmas

[...] representam um retrocesso em direção à metafísica clássica, em que o sentido estava nas "coisas". Na Súmula estará condensada a substancia (essência) de cada "coisa" jurídica. Ou seja, a "substância" contida no verbete sumular destemporaliza o sentido, pelo seqüestro da temporalidade.

De acordo com Luiz Flávio Gomes, citado por Enéas Castilho Chiarini Júnior (2003), na verdade as súmulas vinculantes brasileira apresentam grande relação com o instituto cubano (art. 121 de sua Constituição), onde os Tribunais Superiores impõem instruções de interpretação e de aplicação da lei de caráter obrigatório.

Outro argumento que tenta justificar a imposição sumular é a afirmação de que as súmulas vinculantes dariam maior segurança jurídica à sociedade ao assegurar a previsibilidade das decisões. Porém, tal raciocínio é incompatível com os fundamentos de uma sociedade democrática, que se baseia exatamente no debate social – é a partir da discussão que conceitos são desconstruídos, construídos, e a humanidade evolui.

Também, com a vinculação das instâncias judiciais e da administração pública – dizem os doutrinadores – deixaria de ocorrer decisões diferentes sobre um mesmo tema, preservando-se o princípio da isonomia. Seria como se o conhecimento jurídico fosse reduzido a uma fórmula matemática que aplicaria, como num jogo de encaixe, a súmula e a lei em abstrato ao caso concreto.

Porém, há muito o hermeneuta rejeita esta idéia reconhecendo que não é possível extrair dos critérios normativos abstratos uma única solução para cada caso. As normas gerais apenas oferecem diversos parâmetros, sendo tarefa da razão prática encontrar aquele mais adequado ao caso concreto. Desta forma, o ideal seria que a metodologia de uniformização vinculativa, por determinar o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

sentido abstrato de aplicação da norma, sempre fosse objeto de interpretação (e das dúvidas e controvérsias interpretativas), da mesma forma que a norma jurídica.

A vinculação às súmulas é metodologicamente incompatível com a natureza do direito e renova a intenção – já rechaçada pela história – de eliminar os critérios da livre interpretação jurídica, impondo aos magistrados a aplicação de preceitos antecipadamente fixados pelo Supremo. Nas palavras de Castanheira Neves, citado por Fábio Cardoso Machado (2005), é "ilusório e ineficaz pretender ao nível da jurisprudência o que não foi possível ao nível da legislação: antecipar e fixar em abstrato o conteúdo juridicamente concreto das decisões jurídicas".

Por fim, cabe rechaçar o alardeado argumento de que a súmula vinculante seria a solução para a grande quantidade de processos idênticos protocolados no STF, tornando a justiça mais ágil.

Com este pensamento, estão os juristas e a Administração Pública abreviando os debates na busca de uma contundente solução. Não há como solucionar uma crise como a vivida pelo Judiciário com paliativos mirabolantes de questões meramente conseqüenciais. Dúvidas não pairam da necessidade de uma reforma no Judiciário, mas as dificuldades são muito mais sérias do que se imagina – são de um nível estrutural e funcional profundo.

3.2 AS SÚMULAS VINCULANTES E O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Como já exposto anteriormente, a Constituição exigiu a fundamentação de todas as decisões como uma maneira de combate ao arbítrio judicial. É uma liberdade garantida ao magistrado que, na verdade, constitui-se num meio de conservação dos princípios processuais, em especial do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF).

Entretanto, conferir força vinculante a determinado posicionamento judicial impede que o magistrado interprete livremente, devendo o mesmo decidir de acordo com aquele posicionamento, mesmo não concordando – passaria do relatório ao dispositivo, resumindo a parte da motivação a uma única frase: "considerando o teor da súmula nº... do STF, a qual possui força vinculante, decido". Fazer remissão ao teor de súmula não é fundamentar e afronta ao inciso IX, art 93, CF.

Assim, além de inconstitucional – por afrontar o inciso IX, art 93 CF – as súmulas vinculantes são algemas para os juízes de primeira instancia, os quais eram livres para, olhando diretamente nos olhos dos seus jurisdicionados, bem analisar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

as provas e argumentos contidos nos autos a partir das teorias hermenêuticas, em especial das teorias da argumentação, decidindo com convicção.

A ciência jurídica, como a humanidade, evolui com as diferenças: é através da possibilidade de divergir que a jurisprudência vai desbravando caminhos para novas concepções e assim as decisões acabam por possibilitar as modificações legislativas. Porém, tais mudanças não começam dos Tribunais em direção às primeiras instâncias. Pelo contrário. São os jovens juízes, buscando solucionar os problemas daquele distante e esquecido município, que acabam por modificar posicionamentos.

Um magistrado que não possa julgar de acordo com o seu livre convencimento perde a sua função social, pois o seu instrumento de trabalho é justamente a interpretação. Ao utilizar a sua força vinculante, o STF torna-se um órgão de coação, e os juízes e Tribunais inferiores meros imitadores. Ao invés de solucionar a Crise do Judiciário, as súmulas enfraquecem este Poder, retirando a sua principal função: a função jurisdicional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há mais de trinta anos, uma das mais democráticas constituições do mundo foi promulgada e a comunidade jurídica brasileira conseguiu conquistar definitivamente a verdadeira independência de suas decisões. Trocar esta independência pela tese das súmulas vinculantes, sob a alegação de que as mesmas seriam a grande solução para o excesso de processos, representa verdadeiro retrocesso comparável à época das ditaduras vividas no Brasil.

Importante lembrar o pensamento de Lênio Streck (200_), para quem a súmula vinculante

[...] é uma metacondição de sentido, produzindo um discurso monológico, impedindo a necessária alteridade hermenêutica. Desse modo, o problema das Súmulas não reside no fato de serem "corretas" ou "incorretas", e, sim, na função que esse mecanismo exerce no sistema jurídico e suas conseqüências no acesso à justiça e na qualidade das decisões a serem proferidas pelos juízes e tribunais.

Por fim, cabe salientar que a discussão sobre a Crise do Judiciário deveria perpassar antes pela questão da efetividade, da qualidade e da legitimidade das decisões, do que pela procura desesperada de diminuir desarrazoadamente o número de processos. O Judiciário brasileiro é lento porque possui uma estrutura antiquada e burocrática, e não serão as súmulas vinculantes a solução para tais questões. Pelo contrário, esse instituto representa verdadeira afronta ao princípio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

da inafastabilidade da jurisdição, tendo em vista que o legitimo exercício da jurisdição pressupõe o livre convencimento motivado das decisões.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº MS23452/RJ – Rio de Janeiro.** Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno. Publicado DJ em 12 maio 2000. Disponível em: <http://www.stf.gov.br> Acesso em: 08 jul. 2008.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. A inconstitucionalidade da súmula de efeito vinculante no Direito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, nº 91, 2 out. 2003. Disponível em: <http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4248> Acesso em: 19 jul 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes.** 3ª Ed, revista. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação.** 5º Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MACHADO, Fábio Cardoso. Da uniformização decisória por vinculação às súmulas de jurisprudência. Objeções de ordem metodológica, sócio-cultural e político-jurídica. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 9, nº 674, 10 maio 2005. Disponível em: <http:www.//jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6686> Acesso em: 19 jul. 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. **CEJ,** Brasília, nº 30, jul/set 2005. Disponível em: <http: www.cjf.jus.br/revista/numero30/artigo10.pdf> Acesso em: 10 jul. 2008.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica.** Tradução: Virgínia K. Pupi; Revisão de Tradução: Maria Eramantina Galvão; Revisão Técnica: Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PICININI, Joel. A avaliação da prova e a formação do convencimento judicial. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 10, nº 873, 23 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7621> Acesso em: 12 jul. 2008.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais.** São Paulo: Saraiva, 2005.

STRECK, Lênio. **O Fahrenheit Sumular do Brasil: o controle panóptico da justiça.** Porto Alegre, 200_. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br> Acesso em: 12 jul. 2008.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência.** Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

---

[1] "O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explicita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros [...]. A cláusula constitucional da reserva da jurisdição – que incide sobre determinadas matérias [...] – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos por autoridades do Estado" **(**STF **MS 23452/RJ**, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJ em 12 maio 2000).

[2] A interpretação gramatical, literal ou filológica, extrai a significação léxica e sintática dos vocábulos, servindo como ponto de partida para qualquer outra modalidade interpretativa.

[3] MONTESQUIEU, com a doutrina da separação de poderes, lançou um sistema de controle entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, de modo que cada um exercesse exclusivamente a sua função sem a interferência do outro. Modernamente o que se observa é um controle e vigilância recíprocos entre os poderes, e o exercício por cada um de funções típicas (a Constituição garante um núcleo de competência próprio para cada um) e atípicas (próprias de outros órgãos).

[4] Tércio (FERRAZ JR., 2007, p. 342) não considera que a tópica seja um método, mas sim uma técnica de pensamento.

[5] Segundo Alexy, a diferença entre princípio e regra está centrada "em um aspecto da estrutura dos princípios e das regras, de uma maneira morfológica, fazendo com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que regras sejam aplicadas de maneira silogística e princípios por meio de ponderação e balanceamento" (PEDRON, 2005, p. 71)

[6] Súmula (do latim *summulari*): epítome, resumo

[7] O ministro Victor Nunes Leal, encampou a proposta de introdução das "súmulas de jurisprudência predominante" com a intenção de diminuir o número de julgados pelo Tribunal Superior.

[8] "Art. 932. Incumbe ao relator: IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal" (CPC).

[9] Segundo Dallari (2007, p.73), o Ministro Carlos Velloso em entrevista ao jornal Folha de S. Paulo comparou o instituto das súmulas vinculantes ao sistema judicial norte-americano.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA NEGOCIADA COM RÉU PRESO

MARCELO DE ALMEIDA COSTA: Bacharel em Direito, especialista em Penal e Processo Penal pela Faculdade Baiana de Direito, pós-graduado pela Universidade Católica do Salvador no curso de preparação para a carreira da Magistratura da EMAB, Analista Judiciário e Assessor do Desembargador Corregedor das Comarcas do Interior do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo o estudo da negociação do instituto da colaboração premiada com o réu em situação de cárcere, analisando de forma crítica a constitucionalidade do acordo, adentrando nos princípios que podem estar sendo violados com a negociação. Examina-se os conceitos básicos do instituto, a sua evolução histórica, requisitos para a sua realização e o valor probatório da colaboração. Ao final, adentra na possibilidade do instituto estar sendo utilizado, em conjunto com a prisão, para a obtenção de provas a todo custo, apresentando uma visão questionadora ante a inconstitucionalidade de tal atitude.

Palavras-Chave: inconstitucionalidade, colaboração premiada, réu preso, tortura.

ABSTRACT: The present study aims to study the negotiation of the institute of the collaboration awarded with the defendant in jail, analyzing critically the constitutionality of the agreement, entering into the principles that may be violated with the negotiation. It examines the basic concepts of the institute, its historical evolution, requirements for its realization and the probative value of collaboration. In the end, it enters into the possibility of the institute being used, together with the arrest, to obtain evidence at all costs, presenting a questioning view before the unconstitutionality of such an attitude.

Keywords: unconstitutionality, award-winning collaboration, defendant arrested, torture.

1.INTRODUÇÃO

O instituto da colaboração premiada está em voga nos últimos anos, estampado nos principais jornais do país, devendo seu destaque, principalmente, a "Operação Lava-Jato". O uso indiscriminado da

colaboração levanta questionamentos acerca da constitucionalidade, em especial, a negociação com o réu em situação de cárcere.

Utilizado por muitos anos no território brasileiro, positivado nas Ordenações Filipinas, retornando muitos anos depois ao ordenamento jurídico pátrio, somente nos anos 90 com a lei 8.072/90, sendo disciplinado em diversas leis esparsas no decorrer do tempo. Entretanto, o diploma legal que melhor define os pormenores do instituto é a 12.850/13.

No segundo tópico foram analisados os conceitos gerais e mais abrangentes do instituto, adentrando na discussão sobre a terminologia, colaboração ou delação; a evolução histórica e um breve estudo sobre o direito estrangeiro, em matéria de delação; a natureza jurídica e as leis vigentes nas quais a colaboração se fundamenta no ordenamento jurídico brasileiro.

O terceiro tópico adentra em questões processuais e constitucionais quanto à negociação com o réu em situação de cárcere, a voluntariedade exigida, a contraproducência de provas obtidas por meio da tortura, que além de ser uma prática terrível é, também, pouco eficaz na produção de provas verdadeiras, já que o torturado busca somente se aliviar das dores causadas pelos seus algozes. Por fim, analisa uma possível afronta aos ditames constitucionais firmados pela Carta Magna de 1988 e pelo Pacto de São José da Costa Rica.

O estudo objetiva analisar de forma crítica a negociação da colaboração com o réu preso, por meio de pesquisa das referências bibliográficas em livros, artigos, revistas, revistas eletrônicas, constituição, leis e tratados internacionais. Se buscou verificar, à luz da constituição, da legislação atual e de especialistas no assunto, a possível utilização de práticas abusivas para a obtenção da delação, por isso a impossibilidade da sua negociação ocorrer com o réu em um momento de grande fragilidade, o estado de prisão.

2. NOÇÕES GERAIS SOBRE A COLABORAÇÃO PREMIADA

A Colaboração Premiada é um instrumento processual há muito conhecido no direito brasileiro, conforme se verá, que tem a função de facilitar a persecução penal, fazendo com que o investigado colabore com os órgãos judiciais para que se chegue aos outros coautores ou participes da organização criminosa[1].

São vistos de forma corriqueira nos grandes veículos de comunicação as notícias e reportagens sobre as delações feitas por grandes personalidades do mundo político e empresarial do nosso país.

O tema está em foco nos últimos anos, principalmente com a chamada "Operação Lava Jato", em que os procuradores responsáveis fazem o uso sem pudor da negociação judicial, independentemente da condição de vulnerabilidade do réu.

Importante salientar, as informações trazidas no acordo devem ser fundamentais ao prosseguimento das investigações contra os outros agentes envolvidos no crime, deve, portanto, gerar ganhos concretos à investida processual penal, condição indispensável à validade do que foi negociado.

Desta forma, é inegável a importância da colaboração ao direito brasileiro. Entretanto, é necessário cautela na sua negociação, fundamental que o Estado se cerque de todas os meios para que o instituto não seja utilizado para compelir a confissão do acusado, nem que o force a denunciar seus antigos companheiros da vida criminosa, muito menos a existência de pressão que o induza à criar fatos que sejam agradáveis aos ouvidos dos acusadores.

2.1 CONTORNOS GERAIS SOBRE O INSTITUTO E TERMINOLOGIA ADOTADA

O instituto já gera controvérsias até mesmo na nomenclatura, de antemão já sinalizamos a utilização dos termos "Colaboração" e "Delação" como sinônimos no presente trabalho. Em razão da atecnia do legislador, que hora denomina delação e outra colaboração, acarretou em certa confusão no entendimento dos operadores do Direito, surgindo os mais diversos entendimentos quanto à nomenclatura do instituto.

No entendimento de Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 761), o colaborador seria aquele que auxilia nas investigações, informando o paradeiro do produto do crime, por exemplo, sem assumir autoria no fato criminoso. O delator é quem também confessa a autoria ou coautoria do delito, por isso a delação premiada também pode ser denominada de "chamamento de corréu", caso não ocorra à confissão, haverá a ocorrência de um simples testemunho no processo.

> Cleber Masson e Vinícius Marçal (2015, p. 145) dizem que a real diferenciação das nomenclaturas surge a partir da lei 12.850/13, ao estabelecer regras para o acordo, desta forma a denominação de "delação premiada" só pode ocorrer quando de fato forem entregues os outros integrantes da organização, devendo ser utilizado o termo "colaboração premiada" quando forem atingidos os outros objetivos estabelecidos pela lei.
>
> Em contrapartida, Marcos Paulo Dutra Santos (2017, p. 82) aduz que a traição não ocorre somente com a entrega dos demais parceiros, mas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

também quando colabora com as autoridades persecutórias no sentido de entregar os planos futuros da operação a qual fazia parte, o fruto do delito ou a vítima, desta forma também se concretiza a traição.

Portanto, para não causar confusão ao leitor, haja vista o próprio dissenso doutrinário, o presente estudo adota como sinônimos os termos "delação" e "colaboração", não fazendo distinção entre estes, em razão de não se tratar da problemática central do trabalho.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E O DIREITO ESTRANGEIRO

O Pacto Social, descrito por Rousseau (1999, p. 26), é a abdicação do homem da sua liberdade natural, perdendo um direito ilimitado, que busca a satisfação dos seus desejos através do uso da força bruta, mas ganha a sua liberdade civil e o direito das propriedades que possui, salvaguardado por um corpo de leis, convencionadas pelos próprios homens em diferentes sistemas de governo.

É impossível não citar um evento marcante no mundo ocidental, um escrito, verídico ou não, mas que transmite um fato que ocorria em seu tempo, o primeiro significativo relato de delação premiada, quando Judas Iscariotes entrega seu messias ao Estado Romano, o império enxergava na figura de Jesus Cristo um baderneiro, agitador, um revolucionário. Entregue em troca de 30 moedas de prata, este foi o preço da traição premiada.

Avançando na linha temporal da humanidade, no período denominado de idade média, as delações eram obtidas pelos meios mais espúrios conhecidos pela humanidade, a tortura, executados das mais cruéis formas, visando extrair do acusado tudo que sabia e tudo o que pudesse inventar para que a agressão fosse cessada.

Na visão medieval, o acusado era o inimigo a ser combatido sob qualquer custo, desta forma o inquisidor tinha não só o direito, mas também o dever de torturar e conseguir a confissão, principalmente a tortura, conforme aduz Gustavo Badaró (2017).

O período da Santa Inquisição foi marcado pelo uso da tortura como método principal para obtenção da delação, sendo a confissão obtida através destes meios mais valorizada perante os olhos da igreja católica, haja vista o desafio e a dificuldade no qual foi obtida. A desumanização do investigado é marcante nesse período, fato que legitimara, além das práticas de tortura, políticas colonizatórias e escravocratas (SILVA, 2016, p. 12 e 13).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No cenário italiano, as organizações criminosas ganham a denominação específica de máfia, presente no imaginário popular, na literatura e no cinema, como por exemplo o livro que deu origem à trilogia cinematográfica "O poderoso Chefão", dirigido por Francis Coppola e estrelado por grandes nomes como Marlon Brando e Al Pacino, trabalho que tem forte influência na romantização da "*Cosa Nostra*", máfia de origem siciliana e a mais conhecida pelo público em geral.

A guerra contra os mafiosos ganha força na década de 70, sendo Tommaso Buscetta um dos maiores colaboradores com as autoridades locais. O instituto da colaboração premiada tornou-se primordial com a "*Operazzioni mani pulite*" (operação mãos limpas), que teve como estratégia principal o incentivo de cooperar com os órgãos judiciais via os juízes, iniciando tudo com a prisão de Mário Chiesa. (LEVORIN, 2018, p. 137)

Importante dizer, o juiz que fora o eixo da operação mãos limpas, Giovanni Falcone, ainda nos anos 80, foi um dos responsáveis pela elaboração do projeto basilar da lei que objetivava a destruição da máfia, tendo como prioridade a confissão e a delação dos investigados, diferenciando-os em *pentiti* (arrependidos) e os *dissociati* (dissociados). Em vigor até os dias de hoje. (BARRETO, 2014, p. 13)

No contexto Estadunidense, o surgimento das organizações criminosas está nos anos de 1920, no auge da "Lei Seca", a máfia, principalmente italiana, encontrou terreno fértil para se formar. Como resposta, surgiu o *Immunity Grant*, que dava poderes à promotoria de barganhar com o investigado para que, antes mesmo da acusação, este entregasse seus comparsas e, principalmente, seus superiores no mundo do crime organizado. (BARRETO, 2014, p. 13)

No país norte americano a sistema do *plea bargaining* é responsável pela resolução de 90% dos casos, o que desperta muitos holofotes, sendo a negociação do acordo com os agentes persecutórios e a defesa do acusado, resultando somente na homologação por parte do estado-juiz. A acusação possui vastos poderes para barganhar os benefícios que serão ofertados aos réus/acusados. (LEVORIN, 2018, p. 142)

Em terras tupiniquins, as Ordenações Filipinas marcam a estreia do instituto processual penal, ainda na condição de colônia portuguesa nas Américas, em pleno século XVII, durante o reinado de Felipe I de Portugal (Felipe II de Espanha, com a união das coroas ibéricas). (SANTOS, 2016, p. 3)

Enquadrado no crime de "lesa majestade", que era toda e qualquer traição cometida em face à pessoa do Rei ou do Estado Real, está à ação dos inconfidentes mineiros, rebeldes perante a coroa lusitana, fato importantíssimo na nossa história.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Tiradentes, herói nacional, é traído por Joaquim Silvério dos Reis, endividado com a coroa portuguesa, entrega os companheiros ao Estado colonizador em troca do perdão de suas dívidas, um cargo público, uma casa opulenta, pensão para o resto de sua vida e honrarias concedidas pela coroa. (ALMEIDA, 2017, p. 24)

Evidente que a prática já era vista com maus olhos, a traição, mesmo entre os criminosos, nunca foi bem-quista perante as organizações sociais humanas, uma das razões pelas quais o instituto deixa de vigorar em 1830 com a instituição do código criminal do império, tendo por volta de 200 anos em vigência.

O instrumento investigatório só retorna ao corpo jurídico pátrio nos anos 90, com o advento da lei 8.072/1990, regulamentando os crimes hediondos, voltando a estabelecer um prêmio ao réu/investigado colaborador.

Damásio de Jesus (1999) denomina o reciclado instituto de "traição benéfica", e criticando a tecnicidade da lei, como a utilização de expressões dúbias e termos impróprios, o que resultou em um enorme esforço na interpretação legal.

Cinco anos depois adveio a lei 9.034/95, após as inúmeras críticas recebidas ao diploma legal supramencionado, veio em seu art. 6º aduzir: "nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria".

Nos dias atuais, a Colaboração Premiada está instituída de forma esparsa pelo ordenamento jurídico, presente nas leis 7.492/86 (instituto incluído pela lei 9.080/95), 8.072/90, 9.613/95, 9.807/99, 11.343/11 e 12.850/13, conforme veremos de forma mais aprofundada posteriormente.

2.3 NATUREZA JURÍDICA E PREVISÃO ATUAL NO DIREITO BRASILEIRO

Na concepção de Cleber Masson e Vinícius Marçal (2015, p. 149), a colaboração premiada é meio especial de obtenção de prova, portanto, possuindo sua natureza jurídica própria, somente se concretizando com o acordo, sendo reduzido a termo, por último, e só assim, gerando a homologação pelo magistrado competente.

Para Marco Polo Levorin (2018, p. 125), a delação premiada também tem a característica de meio pelo qual se obtém a prova, para que se alcance a responsabilização criminal dos agentes integrantes durante a realização do fato

criminoso, chamando de utilitarismo manifesto, servindo também como meio de diminuição/substituição da pena privativa de liberdade.

Também conceitua a prova como a demonstração do fato ocorrido e tipificado como delito, logo, a delação ajuda na obtenção da prova para demonstração do fato antijurídico, denominado crime.

Renato Brasileiro (2015, p. 779), a Delação Premiada é uma técnica especial de investigação que ajuda as autoridades persecutórias a conseguir provas concretas, sendo assim, meio de obtenção probatória. Faz importante ressalva, de que jamais deve-se atrapalhar a Delação com as recompensas legais que podem se desenrolar graças à sua feitura.

Afrânio Silva Jardim (2015), cita sua preocupação quanto à visão privatista do processo penal, classificando a natureza jurídica da colaboração premiada, ou cooperação premiada, como ele mesmo denomina, como um "negócio jurídico processual". Sustentando que é um novo instrumento de defesa do acusado, haja vista seu caráter facultativo, sendo premiado de acordo com as disposições legais, mediante o convencimento motivado do magistrado.

Faz suas ressalvas quanto ao afastamento da lei penal, mediante um acordo firmado entre o Réu o Ministério Público, reafirma que o processo penal é de interesse público, não se tratando somente das partes envolvidas diretamente na lide, a lei tem que ser aplicada, visualizando isso como uma importação do direito penal estadunidense.

No atual cenário jurídico nacional a Delação Premiada está disciplinada em diversas leis, conforme citado em tópico anterior, marcando o retorno do instituto ao direito pátrio temos a lei 8.072/90, anos depois a lei 9.080/95 incluiu o parágrafo §2 ao artigo 25 da lei 7.492/86, logo depois a 9.613/98, também a lei 9.807/99, a 11.343/06 e, a mais recente, a lei 12.850 de 2013.

Conforme visto, a o instrumento legal que marcou o retorno do instituto à legislação brasileira é a lei 8.072 de 1990, artigo 8º, Parágrafo Único:

> Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

Em 19 de julho de 1995 foi incluído o parágrafo 2º no artigo 25 da lei 7.492/86, lei que regulamenta os crimes contra o sistema financeiro:

> Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o contraldor e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (vetado)
>
> [...]§2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Incluído pela lei nº 9,080, de 19.7.1995)

No ano de 1998, surge à lei de número 9.613, referente a crimes de lavagem e ocultação de bens, valores e direitos, no parágrafo §5º do art. 1º, vejamos:

> §5º. A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Promulgada em 13 de julho do ano de 1999, a lei 9.807, referente à proteção de vítimas e testemunhas, no seu capítulo II intitulado como "DA PROTEÇÃO AOS RÉUS COLABORADORES", art. 13º, trata do perdão judicial ao acusado que auxiliar de forma voluntária às acusações, de forma efetiva:

> Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: [...].

No ano de 2006 a lei de repressão ao tráfico de drogas (Lei 11.343) apresentou mais uma possibilidade de colaboração premiada, concedendo ao réu a possibilidade de identificar para as autoridades outros coautores do fato ou partícipes do crime, também a recuperação, parcial ou total, do produto da conduta criminosa:

> Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Conforme visto, a lei 12.850 de 2013 é o diploma legal mais atual e mais completo na regulamentação do instituto da colaboração premiada, dedicando-lhe uma seção inteira, a de número I. Definindo, em seu art. 4º, a colaboração premiada na situação de crime organizado:

> Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados [...].

A referida lei é a que melhor explica o a colaboração mediante recompensa, complementando substancialmente as leis anteriores, haja vista a falta de um item normativo exclusivo e único ao instituto em questão.

3.DELAÇÃO PREMIADA E VALOR PROBATÓRIO

Para Rafael Boldt (2005), delação premiada é uma das possibilidades nas quais o associado do ato criminoso tem de conseguir uma punição mais branda ou até mesmo, quem sabe, a sua total extinção, para isso, deve denunciar seus comparsas às autoridades competentes, ocasionando a destruição da organização ou da quadrilha, ou, ate mesmo, a libertação de um sequestrado.

De acordo com Damásio de Jesus (2006, p. 9), delação premiada é o ato pelo qual o investigado, durante qualquer ato processual, incrimina terceiro, conduta que recebe incentivo legal para ocorrer, sendo recompensado com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

redução da pena, um regime mais brando para o cumprimento da sanção imposta, perdão judicial etc.

Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 716) nos trás a ideia de um "dedurismo oficializado", aduzindo ser um mal necessário, de moralidade duvidosa, mas fundamental para quebrar as estruturas das organizações criminosas, que vem aumentando seu nível de atuação nos últimos tempos. Se mostrando a melhor forma do integrante arrependido, entregar seus comparsas e as atividades que exerciam.

Na concepção de Adalberto José Aranha (1996, p. 110), a delação premida também pode ser denominada de "chamamento do correu", sendo o ato no qual alguém assume a autoria do crime e, ao mesmo tempo, atribui a um terceiro a culpa no ato delitivo, na condição de comparsa.

Na visão de Gustavo Henrique Badaró (2016, p. 454), a Delação Premiada contem dois elementos basilares, confessar a autoria do ato delituoso e irrogar a outrem participação do fato criminoso na condição de coautor ou partícipe, podendo ser feito tanto em juízo como em fase de investigação policial. Aduz também (2015a, p. 452) que somente a delação não tem o condão de fundamentar uma decisão penal condenatória, desta forma, deverá estar corroborada por outros meios de prova, assevera que o mesmo raciocínio se aplica às decisões de pronuncia, não servindo para fundamentar e levar o réu ao Júri.

Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 778-779), a colaboração premiada pode ser usada para fundamentar a instauração de um processo penal, mesmo que isolada, sem considerar outras provas em conjunto, mas não pode, sozinha, consubstanciar uma decisão final processual. Apresentando a ideia de "regra da corroboração", impondo ao colaborador a apresentação de conteúdo probatório que afirme as alegações produzidas no acordo.

A lei 12.850/13 em seu artigo 4º, §16 positiva o entendimento doutrinário e jurisprudencial: "Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas em declarações de agente colaborador".

Desta forma, se impõe uma robusta condicionante ao livre convencimento do magistrado, em grande parte do tempo regrado por epistemologias, deixando de lado o jurídico. O entendimento firmado pela letra legal positivada é de uma "prova legal negativa", sendo, a delação, insuficiente para embasar uma sentença penal condenatória. (BADARÓ, 2015a, p. 458)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com considerações mais acaloradas e críticas ao tema, Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa (2015), temendo um "perverso intercâmbio" com a negociação da colaboração, caso o processo acusatório seja utilizado como instrumento de pressão e coação ao Réu, o que poderia gerar, na visão deles, autoacusação falsa. Em contrapartida, o acusado indisposto a colaborar, seria perseguido em uma furiosa "guerra burocrática".

Resta evidente, portanto, que somente as vãs declarações de um investigado não podem gerar conteúdo suficiente para embasar uma decisão tão importante, a sentença penal condenatória, em específico, deve se ater a um profundo lastro probatório, tal ato judicial tem um poder gigantesco na vida de um cidadão.

3.1 REQUISITOS LEGAIS PARA A REALIZAÇÃO DA DELAÇÃO PREMIADA

De acordo com o artigo 4º, da lei 12.850/13, dois são os requisitos fundamentais à validade da delação premiada. A voluntariedade e a efetividade das informações para com o andamento da persecução investigatória: "[...]daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes requisitos: [...]".

Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 770), ato voluntário é advindo de uma livre escolha, não podendo conter qualquer que seja, coação. Desta forma, a colaboração premiada so terá validade se o ato de delatar for livre e espontâneo, não podendo haver constrangimento de qualquer terceiro, o que não impede que o ato seja sugerido por terceiro.

Em sequência (2015, p. 771), define o a eficácia da colaboração como sendo o advento de resultados concretos do acordo firmado, das informações trazidas. Como por exemplo: a identificação dos outros integrantes do grupo, o desvendamento da hierarquia da organização, etc. Faz também uma importante sinalização, a efetividade da delação não implica dizer que o MP terá sucesso em todos os processos que investir em face dos delatados, refere-se, somente, à obtenção de informações úteis.

Por amor ao debate, a quem sustente a existência de quatro requisitos, a espontaneidade, a relevância da colaboração, a efetividade do acordo e uma verificação da personalidade do réu delator (ALMEIDA, 2017, p. 39). Tal posicionamento não se compartilha no presente trabalho, adota-se a concepção trazida acima por Renato Brasileiro, englobando a espontaneidade dentro da voluntariedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou quanto a condicionante de análise da personalidade do réu, no julgamento do *Habeas corpus* nº 127.483-PR. Desconsiderando como requisito para a validade da realização do acordo, assevera o entendimento de que somente deve servir para as clausulas a serem estabelecidas, o prêmio que será concedido e a pena aplicada ao delator.

Marco Polo Levorin (2018, p. 167-168) assevera a impossibilidade de indução, coação ou engano do delator para a obtenção de uma colaboração, observa que seria uma clara violação aos princípios do direito ao silêncio, presunção de inocência e inadmissibilidade de prova ilícita.

Badaró (2015a, p. 451), são necessários três requisitos para que o acordo de colaboração seja considerado um meio de obtenção de prova. Em primeiro lugar, a confissão do colaborador na feitura do crime; também a complementação do que foi delatado em provas nos autos do processo (regra da corroboração) e, por último, a confirmação pelo magistrado nos casos de acordo firmados extrajudicialmente. Respeitando, por óbvio, o contraditório, garantindo que as partes possam realizar inquirições.

Todos os requisitos devem ser analisados pelo magistrado competente, somente desta forma e com a aprovação deste, que os efeitos da delação podem ocorrer, tornando-a válida e acarretando no fornecimento dos prêmios ao delator e na utilização das informações pelo Ministério Público.

3.2 A VOLUNTARIEDADAE ENQUANTO REQUISITO E A DELAÇÃO DA PESSOA PRESA

Voluntariedade significa tomar atitudes como bem entender, de acordo com seus desejos e vontades. Agindo, desta forma, em total consonância com o seu ínfimo pessoal, portanto, ausente a presença de coação ou indução à realização do ato.

> *Gustavo Badaró (2015b, p. 1-2) questiona a voluntariedade (requisito fundamental para a realização da colaboração) do investigado preso, privado de sua liberdade e com seus bens confiscados, em virtude de medidas cautelares intermináveis. Aduz que tal privação faz com que até os mais resistentes acabem por sucumbir às constantes e tentadoras propostas dos órgãos de acusação.*
>
> *O aludido autor nos apresenta a ideia de que a própria Constituição da República diz que prisão é coação, quando disciplina o remédio constitucional do habeas corpus (artigo 5º, inciso LXVIII), para que seja*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

utilizado sempre em eminente perigo de sofrer ou já sofrendo coação ou violência em sua liberdade de ir e vir.

Ora, se prisão é coação, é de se verificar que um acordo firmado sob essas condições está eivado com ilegalidade, violando a lei e a própria Constituição do país, em desatino com o princípio do devido processo legal e os subprincípios de que dele decorrem, como por exemplo: a ampla defesa e o contraditório, a proibição de provas ilícitas, o direito ao silêncio.

O cenário jurídico brasileiro está empovoroso com o questionamento, tamanha a dúvida que no ano de 2016 fora criado o projeto de lei nº 4.372, atualmente aguardando a designação de um relator para a Comissão de Constituição e Justiça, sendo seu intuito coibir as negociações dos acordos de leniência com os réus presos.

O grande foco é a inclusão do parágrafo 3º ao artigo 3º lei 12. 850/13: "§ 3º No caso do inciso I, somente será considerada para fins de homologação judicial a colaboração premiada se o acusado ou indiciado estiver respondendo em liberdade ao processo ou investigação instaurados em seu desfavor."

Importante teoria é a de Gustavo Badaró (2015b, p. 5), fundamenta-se na ideia de que o ministério público, assim que fosse sinalizado sobre a intenção do preso de colaborar com as investigações, fosse a juízo requerendo a soltura do réu/investigado, já que estariam claras suas intenções em não prejudicar o andamento processual ou violação da ordem pública (requisitos para a manutenção da prisão preventiva). Desta forma, estaria assim acabando com a ideia de "prender para delatar", passando para uma mentalidade de "soltar para voluntariamente delatar".

Destarte, parece-nos a mais acertada decisão, atribuindo uma constitucionalidade mais evidente ao ato praticado, retirando, assim, toda dúvida quanto à utilização da Colaboração Premiada, repita-se, o instituto é de grande apreço às investigações, auxiliando o Estado na persecução de organizações criminosas.

Soltar o réu não acarreta prejuízo às investigações, já que existem outras formas de manter-lhe sob os olhos atentos das autoridades, como a própria tornozeleira eletrônica. Funcionando como garantia de um processo penal mais justo e se afastando das nefastas peches que lhe são atribuídas, como a de ser um procedimento medievalesco e inquisitorial. De forma a se aproximar ainda mais aos preceitos firmados na Carta Constitucional de 1988.

Desta forma, o Estado estaria encerrando a coação física e psíquica, já que a própria CF atribui como coação o ato da prisão, que ocorre com o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

acusado no estado de enjaulamento, tratado muitas vezes como um verdadeiro animal no sistema prisional brasileiro.

Em parecer ministerial ao HC nº 5029050-46.2014.404.0000, o Procurador Regional da República, Manoel Pastana (2014, p. 7), aduz que separar e, em suas palavras, "segregar" os investigados irá aumentar a vontade de ajudar nas investigações, dando ênfase também nos resultados que tal prática tem apresentado.

O principal medo dos críticos à negociação da delação do encarcerado é a utilização de prisões como forma de pressionar os investigados a colaborar, desta forma, violando preceitos da Carta Marga, indo de encontro à princípios e garantias do cidadão contra as investidas truculentas e tiranas do Estado.

Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa (2017) criticam o uso dos meios coercitivos para a criação de uma situação propicia à delação, citando o uso de prisões preventivas para incentivar essa colaboração. Inaugurando a expressão "passarinho preso canta melhor".

Em resposta à argumentação de que apenas 30% dos acusados que realizaram a colaboração premiada estavam presos, os autores afirmam que os outros 70% toparam fazer a negociação por medo da retaliação que iriam sofrer caso fosse apresentada resistência às investidas do MP. Sustentam também a possibilidade de que penas exacerbadas podem estar sendo aplicadas naqueles que não estão dispostos a colaborar.

Em outra oportunidade, Alexandre Morais da Rosa (2019), dissertou sobre a prisão preventiva do ex-presidente Michel Temer, março de 2019, afirmando tratar-se de prisão ilegal, que logo seria revertida (o que de fato foi feito), servindo para um "populismo de todos os dias" colocar o senso comum frente ao judiciário. Afirma também, que a prisão serviu para algumas finalidades, como a de constranger parentes do ex-presidente, colocando-o em uma situação nunca antes vivenciada.

Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2015), a utilização da prisão preventiva como meio para que se obtenha confissão, é atribuída a um pensamento autoritário. Comparando à criação da "Gestapo" em 1936, na Alemanha Nazista, sendo utilizada como polícia preventiva, encarando a sociedade como um corpo que pode ter doenças, e esta organização seria a forma de extirpar a enfermidade do organismo. Sustentado que a principal forma de prevenção era a "pressão para confessar", o que ajudou a gerar no mundo moderno toda a indignação quanto ao uso de tais práticas, não excluindo a tortura psicológica.

É de se entender, portanto, que acordos firmados com o indivíduo em situação de cárcere são, no mínimo, dignos de desconfiança, havendo, ou não, uma coação intencional pelas autoridades públicas, inquisidoras, em busca de uma verdade a qualquer custo, mesmo que esse custo sejam as liberdades e garantias do cidadão.

Um fator crucial na análise da possibilidade de negociação da colaboração em tais condições (prisão do investigado) é o estado calamitoso, penoso e subumano no qual se encontram grande parte dos presídios brasileiros, reconhecidos internacionalmente pela sua insalubridade e pelo ambiente degradante.

Virgínia Camargo (2017) assevera a ideia de que as penitenciárias são verdadeiros "depósitos humanos", em total desrespeito aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos presos. A dignidade dos indivíduos é violada de diversas formas, como a superlotação que acarreta em abusos sexuais e os altos índices de contaminação de doenças infectocontagiosas.

Resta evidente que o sistema punitivo brasileiro está em uma crise sem precedentes, diante disso o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário de número 580.252, acabou por condenar a União ao pagamento de uma indenização em virtude das condições degradantes nas quais o preso ficou sujeito.

Permitir a negociação de um acordo tão importante, já que acarreta na renúncia de direitos fundamentais, em circunstâncias que colocam a sanidade do homem à prova, um ambiente no qual são bestializados, portanto, estão dispostos a tudo para se verem livres de tal horror. Um local obscuro e tenebroso, digno das masmorras do período da Idade das Trevas, palco de sandices de proporções aproximadas.

3.2.1 Aspectos contra-epstêmicos da delação da pessoa presa

O real valor de uma prova obtida com o réu em uma situação tão delicada é questionável, estaria o réu prestando informações realmente válidas ao prosseguimento do processo criminal? É importante tecer informações sobre o Sistema Penal Inquisitorial, a tortura e o valor de uma confissão obtida através de tais métodos dignos dos mais obscuros calabouços da idade média.

Gustavo Badaró (2015, p. 88), o processo inquisitorial é quando todas as funções (acusar, defender e julgar) encontram-se personificadas em uma única pessoa, o juiz inquisidor. A figura do acusado é somente de um objeto processual, não lhe sendo conferidos direitos fundamentais, como a ampla defesa, marcado também pelo segredo das investigações, que seguiam secretas até mesmo do próprio acusado. A produção de provas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

estava ao bel prazer do acusador, podendo ser empregado todo e qualquer medida que entender como necessária na sua busca da verdade, abusando, normalmente, da tortura como método de confissão.

Tortura é a prática de atos violatórios ao corpo ou à mente do individuo. Cesare Beccaria (2002, p. 69) aduz, muitas nações ao longo da história consagraram a tortura como método processual, coagindo o indivíduo a confessar o crime ou entregar seus comparsas. Assevera ainda, as autoridades coatoras poderiam até mesmo coagir o réu a confessar crimes dos quais se quer existe uma acusação.

O referido autor também diz (2002, p. 73), interrogar o investigado tem em seu principal objetivo a busca da verdade, com a finalidade de elucidar a questão, conhecendo a verdade. Entretanto, uma verdade que já seria muito difícil de se conseguir através da aparência tranquila do investigado, torna-se impossível com o estado emocional e físico em agonia. Sinaliza, as práticas de violência embaralham o entendimento e enublam as sutis diferenças do verdadeiro e do falso.

Desta forma, entende-se que além de uma atitude deplorável e desumana, a tortura como forma de obtenção de prova é ineficaz à busca da verdade no processo penal, haja vista que o cidadão estará disposto a assumir todas as acusações que lhe são imputadas, com o desejo natural de ver por cessadas as violações, assinando qualquer que seja o documento que garanta a interrupção da tortura.

3.2.2 Uma perspectiva constitucional da delação premiada da pessoa presa

É fundamental salientar a importância da delação para o andamento das investigações em face de organizações criminosas, cuja complexidade exige um maior esforço por parte dos órgãos investigatórios, porém esses esforços não podem ultrapassar os princípios e garantias elencadas acima, o Estado Democrático de Direito não pode ser violado em nome de uma caça às bruxas moderna.

Como visto no presente trabalho, a colaboração premiada é prevista em diversos diplomas legais no ordenamento jurídico pátrio, entretanto a lei 12. 850/13 é a que melhor disciplina o instituto, sendo, portanto, o objeto para uma análise mais sólida do instrumento probatório em questão.

Vejamos o artigo 4º, paragrafo 14 da lei 12.850/13: "§14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Na visão de Fabiano Pimentel (2016, p. 15), o réu preso não tem os meios físicos e psíquicos para firmar um acordo de colaboração, alega que tal atitude será em virtude do completo desespero para sair dessa situação, enxergando somente a delação no horizonte de suas perspectivas.

A CF/88 definitivamente está na contramão de tais intenções, permitir que as autoridades persecutórias possam se utilizar de instrumentos legais, como a prisão preventiva e a colaboração premiada, em conjunto, para arrancar e subjugar o indivíduo em nome de um bem maior, em nome de um senso de justiça deturpado é ir de encontro aos preceitos firmados na Carta Magna da República.

A Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica elencam princípios fundamentais, que, de acordo com o entendimento firmado no presente estudo, estão sendo violados com a possibilidade de negociação da delação com o réu preso, como por exemplo: o princípio da Vedação à Tortura, o Devido Processo Legal e alguns dos subprincípios que dele decorrem.

O princípio da Vedação à Tortura está localizado no artigo 5º, inciso III da Constituição Federal, vejamos:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]
>
> III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

O pacto de São José da Costa Rica também traz vedação expressa a essa prática terrível, artigo 5º, inciso II:

> [...]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. [...]

Uadi Lammêgo Bulos (2017, p. 567) destaca a novidade constitucional, nunca antes positivada por nenhuma constituição do Brasil, salientando a barbárie que é o ato da tortura não se coadunando com o Estado Democrático de Direito. Assevera também que, com o advento da lei 9.455/97, fica sanado qualquer dúvida acerca da definição dos atos que constituem o crime da tortura.

A tortura é ainda o resquício de uma época de barbárie, um sombrio período na história da humanidade, institucionalizado por diversos Estados soberanos como a melhor forma de se conseguir a colaboração do preso, em um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

sistema democrático é intolerável a menor possibilidade de uma lei que viabilize a utilização, ainda que de forma psicológica, da tortura como meio de obtenção de prova.

O Devido Processo Legal consubstancia a existência de outros princípios constitucionais, fundamentais à manutenção do Estado de Direito, tais como a ampla defesa e o contraditório, a proibição de provas obtidas por vias ilícitas e o imprescindível direito a quedar-se silente e não realizar prova contra si próprio.

André Ramos Tavares (2012, p. 741) examina os três elementos constitutivos da gramática do princípio. Classifica o "devido" como sendo uma expressão usada para transmitir a ideia de justiça, o "processo" seria a forma no qual as coisas devem acontecer, o rito correto, já o "legal" é no sentido de consonância com o ordenamento jurídico, *lato sensu.*

A Constituição disciplina expressamente o princípio no artigo 5º, inciso LIV: "[...]LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;[...]"

O devido processo também esta presente na convenção interamericana de direito humanos (Pacto de São José da Costa Rica), artigo 8º, inciso 1:

> [...]1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.[...]

O princípio apresenta uma proteção reforçada, dupla, no quesito material e formal, resguardando seu direito à liberdade no âmbito material e garantindo equidade perante a acusação estatal e a defesa a ser realizada. O devido processo legal possui dois alicerces fundamentais, a ampla defesa e o contraditório, o que viabiliza uma defesa técnica eficaz e garante a proteção contra incursões autoritárias. (Moraes, 2000, p. 117)

Dirley da Cunha Júnior (2011, p. 721) aduz que as decisões proferidas no curso do processo tem que ser fundamentadas no sentimento de justiça, sendo insuficiente a obediência à simples formalidade processual para que sejam resguardados os direitos e as liberdades fundamentais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Decorrendo diretamente do princípio supracitado, a Lei Fundamental veda de forma veemente e expressa a utilização de provas ilícitas por parte do Estado. Mais a frente, de acordo com o entendimento doutrinário, entendeu-se que provas ilícitas poderiam ser aceitas ao processo, desde que somente pela defesa, para provar a inocência do acusado.

Disciplinado taxativamente na CF/88, vejamos: "[...]LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; [...]".

Existem dois tipos de ilicitude da prova, a material e a formal, a primeira quando se tratar da forma de obtenção da prova, ao meio empregado para que seja produzida, o segundo referente ao momento ilegal ao qual é apresentada ao litígio. Ressaltando a restritibilidade da aplicação do referido princípio, haja vista um possível confronto com outra norma de igual hierarquia no ordenamento jurídico, devendo haver uma ponderação. (ARAÚJO; JUNIOR, 2013, p. 242)

Uadi Lammêgo Bulos (2017, p. 709) diferencia as provas ilícitas das ilegítimas, sendo estas exclusivamente do âmbito processual, trazendo como exemplo o conteúdo probatório obtido que compromete o sigilo profissional. Reforça a noção de que ambas são ilegais, por irem de encontro ao direito vigente.

O referido autor nos apresenta também o princípio da proporcionalidade, aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, podendo somente ser usado *pro reo*, sustentando que não existe princípio absoluto, havendo, portanto, uma ponderação de interesses, em razão da importância de se impedir que um inocente seja condenado, admitindo-se, portanto, a utilização de prova obtida por meios ilícitos para a defesa do Réu.

Leo Van Holthe (2008, p. 321) aduz que a atual jurisprudência do STJ é conhecendo da teoria estadunidense dos frutos da árvore envenenada, na qual sustenta que a prova ilegal primária contamina todas as provas decorrentes, envenenando sua legalidade. Desta forma, comprovada a ilegalidade da prova primária, todas as outras decorrentes devem ser extirpadas do processo, não servindo de base para uma condenação do acusado.

Destarte, toda prova colhida através de um processo inquisitorial, medievalesco e retrogrado, deve ser rechaçada pelo ordenamento jurídico, a Constituição da República é clara quanto à sua total inadmissibilidade, completamente ilícita. Portanto, qualquer dúvida ou possibilidade de ocorrência deve ser extirpado do Direito pátrio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Quanto ao princípio do *Nemo Tenetur se Detegere,* Maria Elizabeth Queijo (2012, p. 77) aduz ser o direito a não autoincriminação, abarcando além do direito ao silêncio. O principal foco do referido princípio é resguardar o cidadão, ora acusado ou investigado, de investidas estatais, coação física ou moral, com o intuito de cooptar o individuo à auxiliar no andamento investigatório ou processual.

Salvaguardado pela Lei Fundamental de 1988 no artigo 5º, inciso LXIII: "[...]LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; [...]

Princípio resguardado também na Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 8º, § 2, g:

> 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
>
> [...]g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; [...]

Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 75) desdobra o princípio do *nemo tenetur se detegere* em: Direito ao Silêncio; Direito de não ser constrangido a confessar um crime; Inexigibilidade de dizer a verdade; Direito de não praticar ato ativo que possa incriminá-lo e o Direito de não produzir nenhuma prova incriminadora invasiva.

Direito ao silêncio é definido como uma estratégia de defesa, realizada de forma passiva, se reservando a não responder qualquer indagação feita pelos órgãos acusatórios. A inexigibilidade de dizer a verdade se traduz como a tolerância à mentira do acusado. O direito de não produzir provas invasivas é referente à introdução de instrumentos no corpo do acusado/investigado, no intuito de colher informações que possam comprometê-lo. (LIMA, 2015, p. 76, 77 e 78)

Portanto, jamais os órgãos acusatórios podem compelir ou se utilizar de um momento de fragilidade psíquica do acusado, como o estado de prisão, para mitigar tal direito constitucional, essa atitude violaria preceitos fundamentais do Estado de Direito, além de princípios garantidos na Constituição Cidadã e em pactos internacionais firmados pela República Federativa do Brasil.

Partindo do entendimento de que se deve presumir a coação do acusado quando negociada a Colaboração Premiada em situação de cárcere,

não pode ser tolerada a dúvida quanto ao acordo a ser firmado, as intenções nefastas dos acusadores podem estar escondidas nas legalidades do ordenamento jurídico. Por essa razão, entende-se pela proibição da Delação com réu preso.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resta evidente a importância da Colaboração Premiada ao ordenamento jurídico brasileiro, evidenciado na larga utilização nos últimos anos durante grandes operações de combate ao crime organizado, sendo a mais famosa a denominada "Operação Lava Jato", responsável pela prisão de importantes figuras do cenário político e empresarial do Brasil.

O presente estudo buscou elucidar as noções gerais e básicas do instrumento investigatório; esclarecer as origens do instituto, no Brasil no exterior; analisar os possíveis princípios constitucionais violados com a possibilidade de negociação da Colaboração Premiada com o réu em situação de cárcere, abrindo margem à utilização da prisão preventiva como forma de coação ao cidadão encarcerado.

O trabalho, ao final, apresenta a solução descrita por Gustavo Badaró, de soltar para que somente assim seja realizado o acordo, firmando, desta forma, a total intenção de colaboração e não simplesmente o desespero para se ver livre do inferno imposto pelas autoridades persecutórias. Solução que também se encontra com o projeto de lei número 4.372/16, que visa proibir a negociação do acordo com o réu preso.

Chegando à conclusão, os preceitos firmados pela Constituição Federal de 1988 e o Pacto de San José da Costa Rica não se coadunam com tal prática, devendo, tais princípios, serem interpretados no sentido de garantia máxima ao cidadão. Portanto, não se pode tolerar a utilização de tortura psicológica e coação institucionalizada para a obtenção da delação mediante recompensa.

Eivando, desta forma, toda a legalidade das provas obtidas através da Colaboração firmada sob tais termos, devendo ser inadmitidas no curso do processo penal, em razão da total dissonância para com o Estado Democrático de Direito, por conseguinte, com o processo penal firmado no ordenamento jurídico em vigor.

O combate ao crime organizado é de suma importância, inegável a necessidade de perseguir tais atos criminosos, dotados de grande sofisticação. Entretanto, não pode o Estado se valer de práticas abusivas e datadas de tempos sombrios da história da humanidade, como a citada inquisição da igreja católica, perseguindo a todo custo os inimigos eleitos pelo *status quo*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É imprescindível o total respeito aos Princípios Constitucionais e aos tratados internacionais firmados, não pode ser tolerada no ordenamento jurídico qualquer possibilidade de violação. Devendo, portanto, ser coibida todo ato violador ou a possibilidade de ocorrência do ato.

5.REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Liz Damasceno. **Delação Premiada de Sujeito Preso: Análise doutrinária e jurisprudencial quanto à sua validade.** Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/24891/1/Almeida%2C%20Lis%20Damasceno%20-%20Dela%C3%A7%C3%A3o%20Premiiada%20do%20sujeito%20preso.....pdf>. Acesso em 10 de mai. 2019.

AMERICANOS, Organização dos Estados. **Pacto de San José da Costa Rica.** San José: Organização dos Estados Americanos, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 10 de abr. de 2019.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2006. 4. ed.atual. e ampl.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. Verbatim, 2013. 18ª. Ed.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. 3. Ed. rev. atual e ampl.

_____. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 4. Ed. rev. atual e ampl.

_____. **Quem está preso pode delatar?.** Disponível em: <https://jota.info/artigos/quem-esta-preso-pode-delatar-23062015>. Acesso em: 15 de abr. 2019.

BARRETO, Ricardo de Araújo. **Delação premiada no Brasil.** Monografia. Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Fortaleza, 2014.

BECCARIA. Cesare. **Dos delitos e das penas.** São Paulo, 2002. 2. Ed. 6. Tiragem.

BERMÚDEZ, Ana Carla. **Delação premiada existe desde a idade média e foi usada na Inconfidência Mineira.** Disponível

em: https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/05/21/delacao-premiada-existe-desde-a-idade-media-saiba-mais-sobre-o-conceito.htm/. Acesso em: 07 abr. de 2019.

BIBLIA, Português. Bíblia Sagrada. Disponível em: https://www.bibliaonline.com.br/nvi/mt/26/. Acesso em 06 abr. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de abr. de 2019.

_____. **Decreto lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm. Acesso em: 25 de abr. de 2019.

_____. **Decreto lei de nº 9.613, de 03 de março de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm/. Acesso em abr. de 2019.

_____. **Decreto Lei de nº 9.807, de 13 de julho de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm/. Acesso em abr. de 2019.

_____. **Decreto 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 abr . de 2019.

_____. **Decreto lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm/>. Acesso em abr. de 2019.

_____. Procuradoria Regional da República – 4º Região. **Habeas Corpus nº 5029050-46.2014.0000**. Impetrantes: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Roberto Lopes Telhada, Antônio Acir Breda, Edward Carvalho, Juliano Breda, José Carlos Cal Garcia Filho, Daniel Müller Martins, Leandro Pachani e Bruna Araújo Amatuzzi Breus. Relator: Des. Fed. João Pedro Gebran Neto.

_____. **PL 4.372 de 31 de agosto de 2012.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2077165>. Acesso em: 11 de abr. de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 580.252**. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 16 de fev. de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 127.483-PR.** Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 de ago. de 2015.

BRITO, Nayara Graciela Sales. **Livro V das Ordenações Filipinas e três institutos atualmente conhecidos no Direito Penal.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,livro-v-das-ordenacoes-filipinas-e-tres-institutos-atualmente-conhecidos-no-direito-penal,29842.html>. Acesso em 10 de mai. 2019.

BOLDT, Raphael. **Delação premiada: o dilema ético**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 783, 25 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7196>. Acesso em: 01 jun. 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva, 2017. 11ª. Ed.

FERRAZ, Tercio Sampaio Jr. **Usar a prisão para induzir confissão é próprio da mentalidade autoritária.** Revista Consultor Jurídico. 2015. Disponível em: <HTTPS://www.conjur.com.br/2015-fev-20/tercio-sampaio-mentalidade-autoritaria-prender-confessar>. Acesso em: 17 de mai. 2019.

HOLTHE, Leo Van. **Direito Constitucional.** Editora Jus Podivm, 2007. 4º. Ed.

JARDIM, Afrânio Silva. **Poder judiciário não deve ser refém de acordos de delação premiada do MP**. Disponível em: <HTTPS://goo.gl/nPiF9x>. Acesso em: 20 de abr. 2019.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Estágio Atual da Delação Premiada no Direito Penal Brasileiro**. 2006.

JESUS, Dámasio Evangelista de. **Novíssimas Questões Criminais**. São Paulo. Saraiva. 1999.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. *Jus* Podivm, 2011. 5ª. Ed.

LEVORIN, Marco Polo. **Delação premiada: uma abordagem a partir das políticas criminais garantistas e atigarantistas e da Constituição Federal.** São Paulo. Paco. 2018. 1. ed.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** *Jus* Podivm. 2015. 3ª. Ed.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **A pena fixada na delação premiada vincula o julgador na sentença?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato/>. Acesso em 30 mar. 2019.

_____; ROSA, Alexandre de Morais da. **Qual é a proposta indecente que torna viável a delação premiada?**. Revista Consultor Jurídico. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-03/limite-penal-qual-proposta-indecente-torna-viavel-delacao-premiada> . Acesso em: 16 de mai. 2019.

_____; ROSA, Alexandre de Morais da. **Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato.** Revista Consultor Jurídico. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>. Acesso em: 16 de mai. 2019.

MASSON, Cleber / MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** São Paulo. Editora Atlas, 2000. 8. Ed.

NUCCI, Guilherme de Souza. ***Manual de Direito Penal: parte geral.*** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 3. ed.

PIMENTEL, Fabiano. **As Misérias do Processo Penal Atual.** Disponível em: <http://www.advfp.com.br/upload/artigo-20160804153558.pdf>. Acesso em: 19 de mai. 2019.

ROSA, Alexandre de Morais da. **Michel Temer: quem sabe faz a hora, prende para a delação acontecer.** Revista Consultor Jurídica. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-22/limite-penal-michel-temer-quem-sabe-faz-hora-prende-delacao-acontecer> . Acesso em: 16 de mai. 2019.

ROUSSEAU. Jean-Jacques. **O contrato social.** São Paulo. 1999.

SANTOS, Priscila Carine de Jesus; DAHER JR, Paulo Afonso Ribeiro. **A (in) constitucionalidade dos Acordos de Delação Premiada em Face do Princípio do Devido Processo Legal.** Disponível em: <http://unifia.edu.br/revista_eletronica/revistas/direito_foco/artigos/ano2016/002_inconstitucionalidade_acordo_delacao.pdf>. Acesso em: 22 de abr. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo. Editora Saraiva, 2012. 10. Ed.

De acordo com o art. 1º, § 1º da lei 12.850/2013, a organização criminosa é um associado de 4 (quatro) mais pessoas, ordenadas de forma estrutural, tendo como intuito, de forma direta ou indireta, a obtenção de vantagens, não importando a sua natureza. Indispensável que as penas máximas sejam superiores aos 4 (quatro) anos de prisão, podendo ter também o caráter supranacional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

UMA ANÁLISE DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES SOB A ÓTICA DE JOÃO MAURÍCIO ADEODATO E DA DECISÃO JUDICIAL

CARIEL BEZERRA PATRIOTA: Graduado em Direito pela UFPE. Pós-graduação em Processo Penal pela Universidade de Coimbra em parceria com o IBCCRIM; Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Única.

1. Introdução

O presente artigo se volta à análise do texto "Adeus à separação de Poderes?" de João Maurício Adeodato.

2. Separação de poderes por Montesquieu

A teoria dos poderes, conhecida como separação dos poderes ou equipotência, estabelecia, como condição para o Estado de direito, a separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário e a independência entre eles. Essas três funções deveriam ser dotadas de igual poder.

O poder legislativo faz as leis, assim como aperfeiçoa ou ab-roga as já feitas. Com o poder executivo, ocupa-se o magistrado da paz e da guerra, envia e recebe embaixadores, estabelece a segurança e previne as invasões. O poder judiciário dá ao magistrado a faculdade de punir os crimes ou julgar os conflitos da ordem civil.

No entanto, Montesquieu ressalta a interpenetração de funções judiciárias, legislativas e executivas, uma vez que a separação total é desnecessária e inconveniente. A equivalência dos poderes também é negada implicitamente por ele ao afirmar que o judiciário é um poder nulo. A separação de poderes da teoria de Montesquieu teria, portanto, outra significação.

"Trata-se de encontrar uma instância independente capaz de moderar o poder do rei (executivo). É um problema político, de *correlação de forças*, e não um problema jurídico-administrativo, de organização de funções. [...] seria necessário que o funcionamento das instituições permitisse que o poder das forças sociais contrariasse e, portanto, moderasse o poder dos demais"[1].

Montesquieu afirma que uma experiência eterna atesta que todo homem que detém o poder tende a abusar do mesmo. Para que não se possa abusar desse

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

poder, é necessário organizar a sociedade política de forma a limitar o poder pelo poder.

Kant estabeleceu um silogismo da ordem estatal em que o legislativo se apresenta como a premissa maior, o executivo a premissa menor e o judiciário, a conclusão.

3. O judiciário segundo a separação de poderes

Na Constituição brasileira, a separação de poderes é uma cláusula pétrea. O advento dessa separação ocorreu durante o constitucionalismo liberal, que defendia os direitos fundamentais de primeira geração e acreditava na "mão invisível" do mercado, além do otimismo quanto às possibilidades da razão.

Segundo a separação de poderes, o judiciário deve aplicar a lei, ligando a norma geral posta pelo legislativo ou executivo ao conflito concreto. O judiciário deve manter a neutralidade ética e um domínio técnico diante da lei, sendo descarregado de responsabilidades políticas. Atualmente, correntes como o ativismo judicial e a hermenêutica filosófica propõem uma politização do judiciário, o qual é criador de direito e realizador de demandas sociais em defesa dos cidadãos.

4. Politização do judiciário

No final do século XVIII surge a escola positivista *École d'Exégèse* francesa, a qual defende que a generalidade é um elemento essencial da norma jurídica, cabendo ao juiz apenas o papel de *bouche de la loi*, uma vez que a clareza da lei não prescinde de interpretação. Dessa forma, o legislativo fica responsável pela elaboração das leis, o que lhe atribui um grande peso.

Já no século XX, ocorreu uma evolução conduzida pela crescente complexidade das sociedades modernas. Müller afirma que a norma é criada somente diante do caso individual, e que a generalidade é uma característica do texto, não da norma.

A crescente complexidade social aumenta a imprecisão do discurso, tornando instável o modo como a instância decisória dirá o direito e como o texto genérico positivado interferirá na decisão concreta futura. As características evolutivas da separação de poderes são agrupadas em três grupos, e até hoje existem juristas do direito ligados a cada uma dessas correntes.

4.1. Teorias da única decisão correta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A antropologia iluminista, através de uma visão silogística, afirma que todo juiz ética e tecnicamente decidirá da mesma maneira: a aplicação do direito está pré-determinada por valores-fins, escolhidos pela legislação.

Uma democracia mais pragmática se desenvolve, pelo princípio de maioria, realizado através do sufrágio, assumindo a formalização procedimentalista do direito que vai caracterizar todo o positivismo: justo é aquilo que a lei diz que o é.

Para os seguidores dessa corrente, interpretar consiste apenas em aplicar a lei ao fato, pois o conceito de norma jurídica é identificado com o de lei. Os aplicadores do direito apenas o reconhecem, jamais criam direito. Não se distingue significante (lei) de significado (norma). As decisões administrativas e sentenças são meras aplicações da lei, uma vez que a lei tem sentido e alcance claros e distintos, os quais podem ser notados por qualquer intérprete.

Eles reduzem o problema da hermenêutica apenas a adequar a norma e o fato. Essa visão leva à convicção de que cada caso concreto pode ser considerado como aplicação de uma lei a um texto legal e só admite uma decisão propriamente justa e correta. Também defendem que o judiciário só deve agir se provocado e deve restringir-se ao caso concreto.

A Escola Histórica, a da Livre Investigação Científica, a do Direito Livre e outras criticam o legalismo exegético, defendendo que há normas jurídicas individuais e que a sentença cria direito novo. Essa concepção enfraquece a separação de poderes.

4.2. Teorias da moldura

Os positivistas mais críticos advogam a tese do texto da lei como "moldura" das decisões, considerando intransponível a necessidade de interpretação. Um conflito concreto teria algumas possíveis decisões diferentes, todas igualmente adequadas, dentro da abrangência dos textos aplicáveis. No contexto político, não só a separação de poderes como o princípio da maioria devem ser mitigados para evitar a constante revisão de decisões já tomadas.

A metodologia é dedutiva: vê no direito uma ciência cujo ato de conhecimento provém da compreensão dialética entre a norma e o fato. A norma forma uma moldura em relação às decisões adequadas. Nesse momento entra o poder discricionário do decididor.

A aplicação do direito procedimentaliza-se e a lógica das normas passa a ser hipotética, o que apóia uma menor literalidade e uma maior importância às

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

condições concretas de cada caso. Os normativistas reconhecem que o juiz cria direito. Assim, a generalidade deixa de ser essencial à norma jurídica e a sentença é reconhecida como forma de expressão e criação do direito positivo.

A imagem da estrutura hierárquica e piramidal do ordenamento jurídico revela que toda norma jurídica é aplicação, em vista das normas que lhe são superiores no sistema, e é criação, em relação às normas inferiores.

Para os positivistas, o procedimento são as regras de controle que estão postas; os pós-positivistas acreditam em um procedimento superior, ditado pela razão ou pela evolução histórica, independente de positivação. Em outros termos, o procedimento está positivado: dogmaticamente, para os positivistas normativistas, ou não, para os positivistas sociologistas; para outros, o procedimento é válido por si mesmo, racional.

4.3. Teorias realistas

Para os realistas, o conhecimento se dá na intersubjetividade, depende de um controle público da linguagem, o que envolve fatores de poder. O ceticismo e o relativismo estão presentes no conhecimento preciso dos fatos e dos direitos, o caráter arbitrário da decisão é acentuado.

A interpretação do direito é feita pelo processo indutivo e a decisão não ocorre de maneira geral. O juiz decide primeiro para depois procurar no sistema o fundamento textual da sua decisão. Dessa forma, toda norma jurídica é individual: a lei é apenas um dado de entrada para construção da norma diante do caso concreto. A decisão é casuística, individual e irracional, para os mais extremados. Não há decisão correta, há decisão efetiva. O realismo diminui a importância do legislador e exacerba a função do judicante.

As fontes do direito são expressões lingüísticas da norma, podendo ser orais, pictóricas, gestuais, como qualquer comunicação. A norma é o significado, uma idéia de sentido; suas fontes de expressão são significantes.

5. Conclusão

Essas teorias demonstram a insegurança jurídica, colocando em dúvida a eficácia da separação de poderes. A validade e a generalidade passam a ser atributos do texto, e não da norma. No centro da problemática hermenêutica do direito estão seus paradigmas de racionalidade, as tentativas de estabelecer limites, o problema do critério.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O juiz deixa de ser considerado neutro; os direitos não têm mais caráter meramente declaratório e de respeito passivo, exigindo intervenção para serem realizados. Dessa forma, o judiciário também assume um papel político. A progressiva diferenciação entre texto e norma, a crescente procedimentalização formal das decisões e o aumento de poder do judiciário tornam obsoleta a tradicional separação de poderes.

"O princípio perdeu pois autoridade, decaiu de vigor e prestígio. Vemo-lo presente na doutrina e nas Constituições, mas amparado com raro proselitismo, constituindo um desses pontos mortos do pensamento político, incompatíveis com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo, quando, erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda"[2].

Em um ordenamento jurídico já sobrecarregado, sobrecarrega-se também a atividade criadora do julgador e seu poder discricionário aumenta. Mas esse crescimento de seu papel não significa que o judiciário consiga administrar essa sobrecarga. A ineficácia judicial conduz a uma crise de legitimação do judiciário. Críticas e debates ao modelo de escolha e nomeação de juízes culminam na tese do controle externo do judiciário. No entanto, a sociedade civil merece um controle tanto dos magistrados e tribunais como do executivo e do legislativo, tentando manter a força retórica da separação de poderes.

BIBLIOGRAFIA PRIMÁRIA

ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação de poderes? *In* ADEODATO. João Maurício. **A retórica constitucional** – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2008.

BIBLIOGRAFIA SECUNDÁRIA

WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os Clássicos da Política**. 11ª Ed. São Paulo: Ática, 1999. Vol. 1

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

---

[1] WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os Clássicos da Política**. 11ª Ed. São Paulo: Ática, 1999. Vol. 1. Pp. 119-120.

[2] BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. (Sem nota).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OPINIÃO NO HUMOR

CAMILLA CHRISTIANE CAJUHY DOS SANTOS: Graduanda do curso de Direito pelo Centro Universitário - FAMETRO

RESUMO: A liberdade de opinião e expressão são direitos legítimos e fundamentais, e são a base da existência humana. É o que o indivíduo é, e o que passa em suas ideias, e o que faz ele transmitir suas opiniões. O direito de opinião e expressão está ligada a evolução da compreensão dos direitos e da dignidade humana, em suas diversas formas de expressão, atualmente passa a construir caminhos de emancipação para as pessoas e as sociedades. No Brasil, em outros países, esses temas leva aos direitos humanos. A liberdade de expressão no humor está relacionada a criação artística sendo assim tutelada da Constituição Federal de 1988. Esse trabalho busca pesquisar em primeiro momento, busca-se definir o conteúdo do direito à liberdade de expressão, amparando-se na doutrina especializada e no texto constitucional, a fim de definir os contornos desse direito e as formas de controle que incidem sobre ele. No segundo momento busca analisar as limitações do humor na constituição e sua forma de personagem na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Já no terceiro parte estuda a liberdade de expressão no humor e suas limitações e analisa o humor segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que de forma tão escassa busca sempre um equilíbrio e a liberdade de expressão.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade. Expressão. Humor. Constituição.

ABSTRACT: Freedom of opinion and expression are legitimate and fundamental rights, and are the basis of human existence. It is what the individual is, and what goes into his ideas, and what makes him convey his opinions. The right of opinion and expression is linked to the evolution of the understanding of human rights and dignity, in its various forms of expression, now begins to build ways of emancipation for people and societies. In Brazil, in other countries, these themes lead to human rights. Freedom of expression in humor is related to artistic creation and is thus protected by the Federal Constitution of 1988. This work seeks to research at first, seeks to define the content of the right to freedom of expression, based on specialized doctrine and text. Constitution in order to define the contours of this right and the forms of control over it. In the second moment, it seeks to analyze the limitations of humor in the constitution and its character form in the Universal Declaration of Human Rights. Already in the third part studies the freedom of expression in the humor and its limitations and analyzes the humor according to

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

the jurisprudence of the Supreme Court that so little always seeks a balance and freedom of expression.

KEYWORDS: Freedom. Expression. Humor. Constitution.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OPINIÃO. 2. CONTORNOS JURÍDICOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. 2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS. 2.2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OPINIÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 2.3. INTERNACIONALIZAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OPINIÃO. 3. LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OPINIÃO. 4. LIBERDADE DE EXPRESSAO NO HUMOR. 4.1. ATE QUE PONTO O HUMOR PODE SER PROTEGIDO PELA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. 4.2. HÁ LIMITES PARA O HUMOR ? 4.3. DISCURSO DE ÓDIO E HUMOR. 5. DELIMITAÇÃO A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 6. A RATIO DECIDENDI ACORDÃO DE REFERENDO DA MEDIDA CAUTELAR DA ADI 4.451 E SEUS REFLEXOS SOBRE HUMORISMO. 7. CONCLUSÃO. 8. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O direito à liberdade de expressão, que também pode ser reconhecida como liberdade de manifestação de pensamento, é a todo e a qualquer cidadão tem de emitir ideias, opiniões e pensamentos, através de qualquer forma, seja escrita, falada, por gestos ou mimicas. Sendo assim considerada um personagem do direito fundamental e no ponto de vista histórico ela se define como um dos bens mais preciosos da vida humana. Pois o ser humano sempre sentiu a necessidade de se expressar e emitir opiniões de diferentes formas.

Com o passar do tempo a liberdade de expressão e o humor, passou a ganhar limitações, pois a forma de pensar da humanidade começou a mudar, e certas opiniões que faz sentido para uma determinada pessoa, não se encaixa com a ideologia dos demais cidadãos de determinada sociedade, através disso o constituinte buscou uma certa proteção na lei.

A liberdade de expressão e opinião passou a ganhar um ponto de vista internacional com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) em resposta a Segunda Guerra Mundial, que teve como foco a preocupação, com os Estados, a violência contra seus cidadãos e a interferência na vida dos povos. Já na Democracia Brasileira ela ganhou um espaço expressivo na Constituição Federal, sendo considerado como parte do princípio da dignidade da humana, conforme o artigo 5º, IV, CF/88. No bojo da liberdade de expressão situa-se humorismo,

fenômeno esse que necessita da liberdade de expressão como motor de impulsão, o que se faz através dos meios de comunicação, tais como os impressos, os programas de rádio fusão sonora e de sons e imagens e a internet.

Ocorre que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apesar de ser farta quando a pesquisa recai sobre o conteúdo da liberdade de expressão em geral, muito pouco aborda o humorismo como manifestação dessa liberdade, deixando um vácuo interpretativo para os demais órgãos do Poder Judiciário. Diante disso, no decorrer do trabalho procura-se interpretar a tímida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a fim de extrair, ainda que em poucas divagações, o verdadeiro conteúdo do direito de fazer humor e seu elo com a liberdade de expressão, numa tentativa de estabelecer seus eventuais contornos e fixar as conclusões acerca do que já foi objeto de litigio, além de estabelecer um limite na liberdade de humor, pois algumas vezes a o senso de humor de um pode ferir os sentimentos do outro, assim buscando uma proteção na lei.

1.CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OPINIÃO

A liberdade é o direito primário que significa o direito de agir segundo o seu livre arbítrio, de acordo com sua própria vontade, desde que não prejudique outra pessoa, ela permite o exercício da autonomia individual, e assim trazendo o desenvolvimento da própria individualidade e personalidade. O direito à liberdade foi a primeira categoria de direitos que foi proposta no âmbito internacional, sendo que foi a primeira a ser reconhecida. Sob esse contexto o direito à liberdade apresenta-se como personagem principal no rol de direitos fundamentais, e se define como um dos bens mais preciosos da vida humana.

Nesse sentido não é fácil, delimitar o sentido de liberdade em sua aplicabilidade jurídica, pois sua extensão do seu conteúdo e as várias possibilidades de seu exercício provocam uma abstração conceitual. Na Grécia antiga, Aristóteles disse ‘‘a liberdade é a capacidade de decidir-se a si mesmo para um determinado agir ou sua omissão”. Assim, a liberdade nos permite a escolher alternativas possíveis, através de decisão e atos voluntário. Para Aristóteles a liberdade é um ato livre e voluntario que não sofre coações.

Sócrates defendia que o homem livre é aquele que consegue dominar seus sentimentos, pensamentos, a si próprio. Uma frase que é muito famosa dele é “conhece- te a ti mesmo”. Uma contradição a época foi a escravidão. O direito de “pensar “era somente permitido aos homens livres. O escravo não possuía nenhum direito, não podiam frequentar espaços público e somente tinham que fazer o seu

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

trabalho. Para ambos os filósofos a liberdade de expressão e opinião poderia levar a sociedade a pensar sobre si mesmo e assim forma uma opinião sobre mundo em sua volta e escolher o que seria melhor para a população.

Nesse sentido o direito à liberdade pode ser definido como um verdadeiro resultado do direito à vida, pois contribui para desenvolvimento intelectual e moral do ser humano. A liberdade pode ser entendida como um direito de escolher um rumo para sua vida, sendo um valor inerente a dignidade humana, pois nasce da inteligência e da vontade, que são características exclusivas do ser humano, dotado de razão.

2.CONTORNOS JURÍDICOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OPINIÃO

A liberdade de opinião é um direcionamento intelectual que forma opiniões e por consequência possibilita as decisões. (Pinotti & Lazarri, 2017).

O mesmo autor ainda cita que a liberdade de expressão é a liberdade de transmitir, sem interferência, suas opiniões, seja qual for a natureza delas, por quaisquer meios (verbal, escrito, impresso, artístico) e independentemente de fronteiras.

2.1 Aspectos Históricos

Analisar a liberdade de expressão e opinião temos que entrar no passado histórico onde o direito de expressão e opinião surgiram como direitos fundamentais.

O nascimento dos direitos fundamentais está ligada ao surgimento do constitucionalismo, no final do século XVIII, onde o estado se tornou o principal protetor dessa garantia.

No direito Romano, já existia direitos fundamentais, mas esses direitos estavam reduzidos a classes bem restritas da sociedade.

Na era do Cristianismo que os direitos humanos ganharam uma grande amplitude, dando uma nova abordagem ao conceito de dignidade humana, os homens da época faziam parte de uma disciplina ético – natural, onde os princípios fundamentais garantiam a igualdade entre eles, pois, de acordo com os preceitos da doutrina cristã, a pessoa humana era feita a imagem e semelhança de Deus. Esse princípio principal garantiu adiantar a noção de uma situação igual para todos os homens.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Na Inglaterra em 1215, os bispos e barões impõe ao rei João sem-terra, a Carta Magna no qual limitava o poder do rei. Em 1628 a petição de direitos é ordenada pelo parlamento ao monarca.

O *habeas corpus* de 1669, que aplicou o amparo a liberdade pessoal, na qual permitia que o acusado fosse levado a julgamento público, pois antes os nobres e aristocratas prendiam e faziam sua própria justiça.

A reforma protestante também trouxe o surgimento dos direitos fundamentais, que possibilitou inúmeras reinvindicações e o reconhecimento da liberdade de religião em muitos países da Europa.

A Bill of Rights de 1689 um importante documento constitucional da Inglaterra, estabeleceu o princípio da legalidade pois impediu que o rei pudesse suspender leis ou pudesse executa-las sem a autorização do parlamento, além disso possibilitou as imunidades parlamentares, vedação à aplicação de penas cruéis e a participação frequente do parlamento.

Na história dos direitos fundamentais pode-se destacar duas principais declarações que são a Declaração de Direitos do povo da Virginia, 1776 e a Declaração Francesa, 1789. Silva et al, 2003.

Ambas foram importantes, porém a Bill of Rights da Virginia foi a primeira a consolidar a transição dos direitos de liberdade legais inglesa para os direitos fundamentais constitucionais.

No Brasil, a liberdade de expressão e opinião estava presente nas três primeiras constituições até a outorgação da Constituição de 1937. Nessa época, começa o período da censura com Getúlio Vargas. Porém, a constituição de 1946, volta a fortalecer os direitos e a liberdade individual dos cidadãos brasileiros.

Na Constituição de 1967, devido ao autoritarismo e a centralização do poder que iniciou com o Golpe de 1964, a democracia voltou a ser prejudicada. O AI-5 (ato institucional nº 5) decretado em 1968, tem como uma das medidas a censura dos meios de comunicação.

E por fim na Constituição de 1988, o direito à liberdade de expressão e opinião foi reintegrado. Nesse período, após o fim da ditadura a censura foi acabada.

2.2 A liberdade de expressão e opinião da Constituição Federal de 1988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O elemento que caracteriza a liberdade de expressão é a intenção de permitir ao homem a prerrogativa de ser humano sobre si mesmo, de ser um ente autônomo, condição está essencial a realização pessoa.

A doutrina constitucional traçou alguns objetivos fundamentais, que são essenciais a democracia, e que são o verdadeiro proposito da liberdade de opinião e expressão, tais como a procura da verdade, garantia de um mercado livre de ideias, a participação no processo de autodeterminação democrática, a proteção da diversidade de opiniões, a estabilidade social e a transformação pacifica da sociedade e a expressão da personalidade individual.

Dentre essa ampla gama de finalidades, podemos concluir que todas contribuem para formação da autonomia individual, pois este pressuposto é essencial para autenticidade do sujeito.

A diversidade dos direitos fundamentais na constituição, consagra liberdades variadas, e procura garanti-las por meio de diversas normas. Liberdade e igualdade formam dois elementos importantes nos conceitos de dignidade da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais.

No ordenamento jurídico brasileiro, conforme o artigo 5°, IV, da constituição federal de1988, é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. Contudo, o inciso subsequente a este assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Podemos perceber que a Constituição protege a "manifestação "do pensamento, isto é, sua exteriorização, já que o direito a pensamento em si já é livre por sua própria natureza de atributo inerente ao homem.

No Brasil trata-se a liberdade de expressão de direito bastante amplo, porém não se reduz as sensações e sentimentos. No artigo 5°, IX, da lei maior, é livre a expressão da atividade intelectual, artística, cientifica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Portanto, a liberdade de expressão é garantida em nível constitucional, não aludindo a censura prévia em diversões e espetáculos públicos.

2.3 Internacionalização da liberdade de expressão e opinião

A liberdade de expressão e opinião são direitos primários, isto é, são bases para os demais direitos tais como a informação, religião, de trabalho e de ir e vir.

Por isso mesmo, sua menção nos documentos internacionais é importante pois elas são a base para as leis.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um importante instrumento internacional que, em resposta à Segunda Guerra Mundial, tem como foco a preocupação, com os Estados, a violência contra seus cidadãos e a interferência na vida dos povos.

No artigo XVIII da Declaração Universal de 1948 presume que toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, associando-a a liberdade de consciência e de religião, prosseguindo ao explicitar o que estas duas últimas abrangem. Já o artigo XIX do mesmo diploma prevê que toda pessoa tem direito à liberdade de opinião associada à liberdade de expressão, no qual se delimita que tal direito inclui ter opiniões o que se liga puramente à liberdade de pensamento.

O artigo XVIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos se repete no artigo 18 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos sendo que no artigo subsequente do pacto traz a possibilidade de violar as opiniões alheias, aprofundando-se no direito à liberdade de expressão.

No âmbito interamericano, artigo 12 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, fala da liberdade de consciência, logo, de pensamento, ligada à liberdade religiosa. Neste mesmo seguimento no artigo 13 traz a liberdade de pensamento relacionada à liberdade de expressão. A previsão mais ampla que inclui a liberdade de opinião é feita no artigo IV da Declaração Americana.

A liberdade de expressão e opinião são direitos fundamentais e são a base para convenções e tratados, na qual estas liberdades primarias são protegidos pelos Direitos Humanos.

3.LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OPINIÃO

A liberdade de expressão e opinião encontra limites previstos diretamente pelo constituinte, como também encontra-se em ponto de colisão com outros direitos de mesmos status.

O direito à liberdade de expressão e opinião é limitado pois o pensamento de um pode atingir a esfera de outrem, ofendendo-o em sua honra e imagem, caracterizando invasão de sua vida privada ou intima. Com isso o plano interamericano estabeleceu as principais limitações a liberdade de expressão, tais como:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a) Proteção de direitos de terceiros ou do interesse público coletivo, embora proibida a censura previa, em regra;

b) Aceitação de controle, mas não na forma indireta, monopolizando a divulgação de informação;

c) Aceitação da censura previa apenas quanto a espetáculos públicos, visando proteger crianças e adolescentes;

d) Proibição de apologias ao crime e a guerra.

A liberdade de expressão e opinião apesar de sua fundamentabilidade, não pode ser nunca absoluta, pois pode ferir em certas ocasiões os direitos individuais. A existência dessas limitações, que são expressas no plano interamericanos ao direito à liberdade de expressão, se explica tanto pela necessidade de harmonia entre os direitos individuais, como por questão de coerência, posto que apresentaria uma contradição se a liberdade de expressão não atendesse a finalidade de assegurar e possibilitar sua autodeterminação individual, isso implicaria o desenvolvimento de personalidade individual e desrespeitando direitos essenciais à própria personalidade.

Na constituição federal de 1988 a liberdade de expressão intelectual, artística, cientifica e de comunicação não é direito absoluto. Tanto é assim que o artigo 5º, X, garante a inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra e imagem das pessoas, cujo desrespeito acarreta indenização por danos materiais e morais.

É proibida a censura e licença prévia, mas o estado cumpre o papel de zelar pela dignidade do povo e pelo mínimo de moralidade, proibindo a divulgação de notícias injuriosas, mentirosas.

A Carta Magna estabeleceu critérios para o exercício da liberdade de expressão. Em primeiro, a proibição à censura não constitui salvaguarda para a pratica de atos ilícitos. Podemos citar por exemplo um depoimento de agente formador de opinião, praticando o crime de racismo, deve ter sua exibição proibida, pois a liberdade de expressão tem que está em sintonia com as demais garantias constitucionais, dentre elas a proibição do preconceito. (Art. 5°, XLII, CF).

Em segundo, competirá a lei federal:

Regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao poder público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada (art.220, § 3°, I, CF) e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Estabelecer os meios legais que garantam a pessoa e à família aa possiblidade de se de defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que vão contra o disposto no artigo 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos á saúde e ao meio ambiente. (Art. 220, § 3°, II, CF)

4 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO HUMOR

O humor é construído muitas vezes a partir de uma visão crítica do mundo e do comportamento humano, ele é marcado pela descontração, o humor vale-se do exagero da hipérbole, do obvio e do absurdo para provocar o riso ou, ao menos, um sorriso. As charges, paródias e piadas não podem ser interpretadas literalmente ou consideradas como verdade absolutas. Elas devem gozar de espaço maior de liberdade para que o indivíduo possa se expressar com maior espontaneidade e, até mesmo acidez.

No principal caso julgado sobre os limites do humor, o Supremo Tribunal Federal optou por permitir, a princípio, a manifestação dos mais variados discursos humorísticos, o que reflete a tendência da corte de conferir uma tutela privilegiada para as liberdades de expressão e manifestação.

Em 2010 no julgamento dessa medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451, que trata da suspensão de dispositivos da lei eleitoral sobre o humor, o STF entendeu que programas humorísticos, charges e o modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos integrariam as atividades de imprensa, sinônimo perfeito de "informação jornalística", devendo gozar da plenitude de liberdade que é assegurada pela constituição a imprensa (artigo 220 § 1°CF/88). Contudo o exercício concreto dessa liberdade não é ilimitado. Aquele que ofender terceiros e causar dano poderá responder penal e civilmente por abusos que vier a cometer.

Além de pedir em juízo indenizações, o indivíduo que se sentir lesado poderá também pleitear do direito de resposta ou uma retratação pública.

4.1 Até que ponto o humor pode ser protegido pela liberdade de expressão?

Embora que a Constituição proteja amplamente a manifestação do pensamento, a criação e a expressão, seja possível prorrogar discursos que, de alguma forma, incentivem o ódio e a violência contra uma pessoa, grupo ou instituição. O direito fundamental a liberdade de expressão deve ser protegido na exata medida que outros direitos fundamentais, como o direito de ser diferente (oriundo do direito à igualdade) e os direitos da personalidade, como a honra, a imagem e a intimidade. No caso concreto, deve o interprete refletir os direitos em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

conflito e, de forma fundamentada, determinar qual grupo de interesses deve prevalecer.

Portanto a liberdade de expressão é o princípio fundamental da democracia, porém precisa estar harmonizada com outros princípios da mesma grandeza. Não podendo, evidentemente, limitar de forma indevida a liberdade de expressão e a liberdade de fazer humor, sob pena de se silenciar discursos importantes, como críticas sociais e políticas, mas também é inaceitável se admitir a expressão de discursos que incentivem o ódio e a discriminação de minorias.

4.2 Há limites para humor?

Para essa resposta em questão acima parece defender tanto das concepções subjetivas do interprete sobre o que é ou não ofensivo ou de mau gosto quanto do valor que ele atribui para a liberdade de expressão. Pelo texto constitucional, parece razoável que o julgador analise com maior rigor o tratamento de questões relacionadas a raça, gênero, sexualidade e religião, justamente por serem temas bastante delicados e que gozam de ampla proteção no ordenamento jurídico.

Atualmente em determinadas situações é possível notar tanto alguns excessos quanto alguma suscetibilidade exagerada. Uma crítica ou sátira mais cáustica pode ser capaz de provocar uma discussão sem fim em mídias sociais e gerar repercussões nos mais diversos meios, o que nem sempre é negativo, mas deve se dar de forma razoável e respeitosa. Em certos momentos, parece necessário colocar alguns limites ao discurso humorístico. Mas de onde viriam tais limites? Respondo: da própria Constituição Federal, especialmente de seus artigos 3º e 5º.

4.3 Discurso de ódio e humor

Ao analisar esse tópico, chegamos na seguinte pergunta: poderia o humor fomentar o discurso de ódio? O termo humor como já vimos pode ser usado pra falar varias e diversas manifestações que possam provocar o riso individual coletivo. Poderíamos dizer que cómico tem uma estrutura dual, opera pela via da identificação imaginária com o outro, ainda que seja pela estratégia da agressividade. O riso cômico é universal é universal, ou seja, todos nós podemos rir das palhaçadas dos "trapalhões'' ou do "El Chavo del Ocho'' (Chaves) pois acabamos nos identificando mais ou menos com o papel do ridículo deliberadamente exposto. É como se pudéssemos por alguns momentos, nos associar ao nosso *Supereu* sádico e, ao invés de sofrermos com seu sadismo, rirmos da nossa submissão. Antigamente a comédia na Grécia antiga era o gênero teatral mais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

famoso e satírico, sobretudo em relação aos poderosos, se manifestando justamente com a estrutura do engano para provocar o riso.

A deturpação ocorre quando essa aliança sádica passa a ser um instrumento para o exercício de poder, humilhação e dominação em relação ao outro. Nesse caso, rir do outro humilhado, ainda que para não entrar em contato com o próprio traço de fragilidade, passa a ser um perigoso exercício de intolerância e ódio.

Portanto o amor e o ódio, bem como a ignorância por incrível que pareça são definidos como paixões humanas. Elas fazem parte do nosso modo de ser e estão mais próximas entre si do que gostaríamos de reconhecer. O problema começa, justamente quando não reconhecemos essa contradição e preferimos jogar no outra toda maldade, inclusive ou principalmente aquele que não queremos ver em nós mesmos, ou seja, rejeita-se qualquer traço indesejado e o despeja no outro. A base da intolerância está exatamente neste ponto, ou seja, a impossibilidade de lidar com a diferença, com o desconhecido, com aquilo que pode ser estranho exatamente por ser muito familiar.

Em geral quando se opera no outro aquilo que não pode aceitar em si mesmo. A invenção do discurso do ódio, entretanto, envolve uma lógica do coletivo, quer dizer, trabalha essa paixão e coloca-a serviço do exercício da dominação, ou pior, da extinção daquele que, a partir de então, torna-se o inimigo.

5. Delimitação a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

No presente tema entraremos na discursão sobre a interpretação da manifestação humorística pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, sendo abordado como a liberdade de expressão tem se manifestado na jurisprudência desse tribunal.

A ementa que nos chama a atenção é a que resume o Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.451/DF, cujo relator é o Ministro Carlos Ayres Brito, com o seguinte teor:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISOS II E III DO ART. 45 DA LEI 9.504/1997. Relata que no julgamento o STF, por maioria, ratificou a liminar, suspendendo as normas do inciso II e da segunda parte do inciso III, ambos do art. 45 da Lei n° 9.504/97, bem como, por arrastamento, dos § § 4° e 5° do mesmo artigo, contra os votos dos Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que, nos termos do pedido sucessivo da inicial, deferiram a liminar, declarando a inconstitucionalidade parcial das normas impugnadas mediante interpretação conforme.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A liberdade de expressão é uma acessório que nos possibilita aprofundar a pesquisa do entendimento da Suprema Corte acerca do humorismo como manifestação da liberdade de expressão, podemos utilizar o referido tema como pesquisa, situa-se o acordão na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n ° 130/DF, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, acordão esse que talvez possa ser considerado o de maior relevância quando o tema é liberdade de expressão na ordem jurídica brasileira.

Vejamos a ementa:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). Podemos observar nesse julgamento, o STF, por maioria e nos termos do voto do Min, Relator Ayres Britto, julgou procedente a ação no sentido de declarar a não recepção em bloco da Lei n° 5.250/67 pela nova ordem constitucional.

Foram vencidos, em parte, o Ministro Joaquim Barbosa e a Ministra Ellen Gracie, que julgaram a ação improcedente apenas quanto ao artigo 1°, § 1°, artigo 2°, caput; artigo 14; artigo 16; artigo20,21 e 22, da Lei n° 5.250/67. Também podemos perceber que foi vencido o voto do Ministro Gilmar Mendes (Presidente), que julgou a ADPF improcedente quanto aos artigos 29 a 36 da Lei n° 5020/67, bem como o voto do Ministro Marco Aurélio, que julgou a ação totalmente improcedente.

Por fim, foi possível observar que o objeto centra desse trabalho (liberdade de expressão no humor) é relacionado num contexto de jurisprudência bastante escassa no órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, por existir tão somente um caso que leva à discussão jurídica sobre a liberdade de criação humorística.

Como se não bastasse a escassez jurisprudencial sobre o tema, o único caso acima referido não foi julgado definitivamente, de modo que os argumentos da Suprema Corte procura limita-se a uma decisão cautelar, cuja natureza, como bem sabemos, é de exame perfunctório e superficial sobre a matéria, com pouco aprofundamento.

Ressalte-se, também, que a discussão acima indicada não terá início de forma imediata, pois é preciso pontuar com precisão como o STF tem interpretado a liberdade de expressão.

6.A *ratio decidendi* no acórdão de Referendo da Medida Cautelar da ADI 4.451 e seus reflexos sobre humorismo

Podemos pontuar o seguintes objetivos do Referendo da Medida Cautelar na ADI n° 4.451/DF:

1) O humor, em qualquer forma de manifestação (caricaturas, sátiras, programas humorísticos, programas de *stand up comedy* etc.) integra o rol de atividades de imprensa e, consequentemente recebe o mesmo tratamento conferido a liberdade de imprensa pelo acordão da ADPF n° 130/DF.

2) A trucagem, a montagem e os demais recursos tecnológicos semelhantes, são instrumentos viabilizadores da atividade humorísticas, portanto, recebem o mesmo tratamento que a liberdade de imprensa.

3) A censura de natureza política, ideológica e artística, não só vedada em relação aos veículos de comunicação social (televisão, rádio, jornais, revistas, periódicos etc.), como também não pode atingir a atividade humorística.

As duas decisões do STF aqui analisadas, brilhantes porque bem fundamentadas no sentido de conferir a liberdade de expressão, sobretudo a liberdade de imprensa, caráter de um direito pleno, porém há alguns aspectos que ainda não foram debatidos pela jurisprudência da nossa Corte maior.

O primeiro deles é acerca do alcance do humorismo, que pode tanto assumir a forma crítica humorística, como também pode servir como profissão àqueles que hoje se dedicam aos programas de humor, temos como exemplo do Pânico na TV, da Zorra Total, do CQC, entre outros, ou ainda, aos programas de *stand up comedy*, assim como o canal "Comedy *Central* ".

Deste modo, o que se verifica é que a decisão liminar STF na ADI n° 4.451/DF, em que pese discutir o humor como liberdade de imprensa, assim o faz considerando que as manifestações humorísticas são estritamente maneiras de se criticar algo alguém ou forma de instituição, quando, na verdade, existe também o humor puro e simples, isto é, o "humor pelo humor", dito sem qualquer intenção de criticar ou emitir opiniões ou ideias.

O que nos resta saber, então, até que ponto o humor deixa de ser crítico para se tornar objeto de profissão, no qual o objetivo passa a ser aumento de massa espectadora e o seu divertimento, até porque, longe de se depreciar tão somente como instrumento de manifestações de opiniões, o humor tem várias outras finalidades, temos como exemplo aquela que produz riso como causa do prazer e alivio da dor, tanto e forma psíquica e moral, que atormenta o homem pós moderno.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Podemos questionar a partir dessa ideia a decisão liminar do STF é capaz de atingir todas finalidades do humor, sejam elas de finalidade democráticas, e aqui vimos que sim, já que se buscou tutelar a liberdade de emitir juízos de valores ou finalidades meramente autopoiéticas do humor, como exemplo de puramente "fazer os outros rir."

De acordo com o aspecto – incógnita nos leva a discutir se é toda e qualquer espécie de humor que merece o enquadramento como atividade de imprensa, tal como entendimento do STF na liminar da ADI n° 4.451/DF, pois o que observamos é que o humor televisivo, o humor radialista, o humor da internet, bem, como humor expresso em veículos escritos (revistas, periódicos e jornais), são facilmente identificáveis como manifestação da imprensa.

Portanto, a raiz do problema se identifica, se outras formas de expressão do humor, distintas da imprensa, merecem a mesma proteção conferida pelos contorno da liminar da ADI n° 4.451/DF. Vejamos o seguinte exemplo: *um aluno que narra uma piada em sala de aula merece a mesma tutela da liberdade de expressão do que um humorista que conta a mesma piada num programa televisivo?*

Analisando esse exemplo não é conveniente afirmar que uma piada contada em sala de aula, sem qualquer veículo de comunicação, pode ser reconhecida como expressão da liberdade de imprensa. Embora, o que se poderia argumentar, nesse caso, é que o humor vai muito além da imprensa, revestindo-se verdadeiramente de uma criação artística. Podemos definir que o humor é originariamente uma criação artística, a ele cabendo idêntica tutela conferida a liberdade de expressão e de imprensa, pois segundo a Constituição Federal (art.220, caput), "a manifestação do pensamento, a **criação**, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição."

Porém, se o STF considerou o humor como forma de liberdade de imprensa, assim se justificando com base no disposto no art.220, caput da Carta Magna, por que seria diferente se utilizar da mesma interpretação para enquadrar o humor, em sua expressão genuína (ou seja, puramente criação artística), também como um direito pleno, cujas limitações são aquelas expressamente trazidas pelo legislador constituinte? Sem sobra de dúvida, não seria diferente.

Por fim, como se pode perceber , a decisão do STF, apesar de conferir tratamento bem expressivo a liberdade imprensa, em especial à liberdade de fazer humor, não abordou todas as facetas sobre o tema, deixando em aberto questões

que mais cedo ou mais tarde chegarão até a Corte, forçando ou não a extensão das interpretações realizadas em seus precedentes, a fim verificar o que pode ser considerado humor, se apenas profissionais objetos dos holofotes da mídia merecem a tutela constitucional, ou todos aqueles que, em qualquer ocasião do cotidiano, utilizem do humor, se o humor pode ser tutelado tanto como crítica quanto como criação artística. Enfim, discussões que ainda estão por vir e que servirão como termômetro direto da liberdade de expressão e, indiretamente, do regime democrático de direito em que vimos.

CONCLUSÃO

Como vimos nos primeiros capítulos desse trabalho, que o ser humano desde antiguidade tem a necessidade de se expressar tanto por meio de gesto como por meio de vocabulário e o direito da liberdade de expressão e opinião o primeiro direito que foi proposto no âmbito internacional, sendo também a primeira reconhecida, ela também está como personagem principal do rol dos direitos fundamentais.

Apesar da liberdade de expressão e opinião ser considerado um bem para vida, ela apresenta limitações, na qual o limite se encontra previstos diretamente pelo constituinte, esse direito é limitado, pois o pensamento de um pode atingir a esfera de outrem, ofendendo-o em sua honra e imagem, caracterizando invasão de sua vida privada ou intima.

Numa analise a liberdade de expressão se destacou no âmbito do humor, que tanto pode estar relacionada a liberdade de imprensa, quando dedica-se o humor como veículo para a crítica e emissão de juízo de valores, como também pode estar relacionado à liberdade de criação artística. Podemos afirmar que o humor constitui importantíssimo fenômeno para a sociedade, pois conforme a História e a Psicologia mostram, além de instrumento para a busca do prazer e da autossatisfação individual, o humor serve como ferramenta de crítica, como instrumento para opiniões, ideias e pensamentos, eficaz, portanto, contra qualquer regime, governo ou instituição.

Apesar de o humor ser essencial para nos expressamos ela sofre limitações em situações que é possível notar tanto alguns excessos quanto alguma suscetibilidade exagerada que é capaz de provocar uma discussão sem fim em mídias sociais e gerar repercussões nos mais diversos meios, e que nem sempre é negativo, mas se deve se dar de forma razoável e respeitosa, o que nos permite limitamos essa questão nos artigos 3° e 5° da Constituição Federal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O ponto central da pesquisa foi analisar onde está situada o humorismo na Constituição Federal como o Supremo Tribunal Federal tem interpretado esse conteúdo, na qual se constatou que a jurisprudência de nossa Cote Suprema é escassa quando o tema é humorismo, haja vista existir tão somente um caso que o humor é abordado com objeto principal da demanda: a ADI n° 4.451/DF. Como se não bastasse essa escassez a única decisão que se tem acordão de Referendo de Medida Cautelar, o qual, pela própria natureza que lhe é inerente, não traz fundamentações profundas, limitando-se a um juízo perfunctório e superficial, ainda que tenha contato com o empenho de grande parcela dos Ministros ao proferir cada qual o seu voto.

No entanto, quem sabe que lá na frente essa escassez no conteúdo sobre humor seja suprida, haja vista que alguns tribunais em especial o Superior Tribunal de Justiça, já tem consolidado algumas margens de entendimentos sobre humorismo e a liberdade de expressão nesse sentido, o que nos permitirá avançar para questões mais complexas, a exemplo do controle a priori do Poder Judiciário sobre os meios de comunicação ser ou não considerado censura, discussão essa, aliás, que, apesar da tentativa de abordagem na ADI n° 4.451/DF, não recebeu a devida atenção dos Ministros da Corte.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Juliana. **Liberdade de Expressão**, 2013. Disponível em: https://www.todamateria.com.br/liberdade-de-expressao/. Acesso em: 26 maio 2019.

BULOS, Uadi. Curso de Direito Constitucional. Rio de janeiro,2011.

CAETANO, João Pedro. **Evolução Histórica da Liberdade de expressão**. 2016. Trabalho de conclusão de curso – Toledo Prudente Centro Universitário, 2016.

CAMARGO, Marcelo. Et al. **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. São Paulo, 2007.

CUNHA, Carolina. **O tema da liberdade**. Disponível em: https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/filosofia-o-tema-da-liberdade.htm. Acesso em: 23 maio 2019.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocência; GONET, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Rio de janeiro, 2008.

PACHECO, Ana. **Do humor odioso à política do bom humor como resposta ética**. Disponível em: https://jornalggn.com.br/artigos/do-humor-odioso-a-politica-do-bom-humor-como-resposta-etica-por-ana-laura-prates-pacheco/. Acesso em: 05 novembro 2019.

PINOTTI, Bruna; LAZARI, Rafael. **Manual de Direitos Humanos**: Volume único. Rio de janeiro, 2017.

RIGAMONTE, Paulo. **O humorismo como manifestação da liberdade de expressão no contexto da jurisprudência do supremo tribunal federal**. 2016. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel) - Centro Universitário Unitoledo, [S. l.], 2016. Disponível em: https://servicos.unitoledo.br/repositorio/handle/7574/635. Acesso em: 27 out. 2019.

TEFFÉ, Chiara. **Humor e liberdade de expressão: vale tudo?**. Disponível em: https://feed.itsrio.org/humor-e-liberdade-de-express%C3%A3o-vale-tudo-3f3e2177b0cc. Acesso em: 10 novembro 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ANÁLISE CRÍTICA A RESPEITO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

DANIEL DAL PONT ADRIANO: Pós-Graduado em Direito Ambiental – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduado em Direito Constitucional – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduação em Direito Penal – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduado em Direito do Idoso – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduado em Direito Civil – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduado em Direito da Criança e do Adolescente – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduado em Direito Constitucional – Anhanguera Uniderp. Bacharel em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC.

RESUMO: O presente estudo visa analisar a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Recursos Extraordinários ns. 646721/RS e 878694/MG, ambos de Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, especialmente em relação a infração à dignidade da pessoa humana, da isonomia, da proporcionalidade e da vedação ao retrocesso.

PALAVRAS-CHAVE: sucessão, união estável, casamento, inconstitucionalidade.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ANÁLISE CRÍTICA A RESPEITO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A distinção trazida pelo Código Civil acerca da ordem de vocação hereditária e diferenciação no regime sucessória entre cônjuges e companheiros sempre mereceu fundadas críticas doutrinárias a respeito da sua constitucionalidade.

Aparentemente o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários ns. 646721/RS e 878694/MG, ambos de Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, colocou fim à controvérsia, afirmando que a diferenciação de regimes sucessórios ofende a Constituição Federal e nas diversas espécies de família por ela asseguradas.

Pretende-se abordar a temática exposta alhures a partir das razões de decidir do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, bem como com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

base nas argumentações doutrinárias contrárias a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

A relevância do tema é inquestionável, especialmente em virtude do impacto na realidade social subjacente no reconhecimento da inconstitucionalidade na diferenciação dos regimes sucessórios daqueles que contraíram matrimônio e que convivem em união estável.

2. ANÁLISE CRÍTICA A RESPEITO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

2.1. A SUCESSÃO LEGÍTIMA

O Direito das Sucessões corresponde ao derradeiro Livro da atual Codificação Civil, assim como o foi no Código Civil de 1916. Ao conceituar o instituto Diniz (2013, p. 17) estabelece o direito das sucessões como o "*complexo de disposições jurídicas que regem a transmissão de bens ou valores e dívidas do falecido, ou seja, a transmissão do ativo e do passivo do de cujus ao herdeiro*".

Cabe consignar que o direito à herança é direito fundamental assegurado pela Constituição da República de 1988 (art. 5º, inciso XXX) e a principal razão de existir da sucessão *causa mortis* consiste no postulado da continuidade da pessoa humana, consoante leciona Ascensão (2000, p. 13):

> O Direito das Sucessões realiza a finalidade institucional de dar a continuidade possível ao descontínuo causado pela morte.
>
> A continuidade a que tende o Direito das Sucessões manifesta-se por uma pluralidade de pontos de vista.
>
> No plano individual, ele procura assegurar finalidades próprias do autor da sucessão, mesmo para além do desaparecimento deste. Basta pensar na relevância do testamento.
>
> A continuidade deixa marca forte na figura do herdeiro. Veremos que este é concebido ainda hoje como um continuador pessoal do autor da herança, ou de cujus. Este aspecto tem a sua manifestação mais alta na figura do herdeiro legitimário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Mas tão importante como estas é a continuidade na vida social. O falecido participou desta, fez contratos, contraiu dívidas... Não seria razoável que tudo se quebrasse com a morte, frustrando os contraentes. É necessário, para evitar sobressaltos na vida social, assegurar que os centros de interesses criados à volta do autor da sucessão prossigam quanto possível sem fracturas para além da morte deste.

Consoante expressa disposição legal, a sucessão se considera aberta com a morte (real ou presumida) da pessoa humana e a herança se transmite, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (artigo 1.784 do Código Civil. Essa transmissão por efeito da lei ocorre automaticamente e consiste na consagração do princípio máximo do direito sucessório da *droit de saisine*.

De outra banda, impende destacar que, na vigência do Código Civil de 1916, não era a herança que se transmitia instantaneamente, mas sim o domínio e a posse da herança (artigo 1.576). Apesar de respeitável doutrina afirmar a inexistência de diferença prática da nova terminologia empregada, coaduna-se com a doutrina de Almeida (citado por TARTUCE; 2017; p. 26):

> No entanto, há quem veja a questão de outra forma. Para José Luiz Gavião de Almeida, "não mais fala o Código em transmissão do domínio e da posse. Fala apenas em transmissão da herança, no que foi preciso. Conquanto a sucessão aberta seja considerada como um todo, o certo é que está composta de diferentes direitos. Alguns não se adaptavam ao direito de propriedade, pelo que inconciliáveis com a regra do art. 1.572 do Código Civil de 1916. Se havia deixado o sucedido, por exemplo, enfiteuse, o que se transmitia, e imediato, era esse direito, não o domínio. E não ficava técnico falar em proprietário da enfiteuse, como parecia indicar o referido dispositivo" (Código..., 2003, v. XVIII, p. 30-31). Tem total razão o Professor Titular da USP e Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Além dos direitos reais sobre coisa alheia, podem ser citados os direitos de autor que, embora transmitidos, não mantêm relação com a propriedade ou a posse, conforme explicado no Volume 4 da presente coleção. Como ali está defendido e aqui deve ser reafirmado, a propriedade e a posse somente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> recaem sobre bens corpóreos ou materiais, e não sobre bens imateriais, caso dos direitos de autor.

Dentre as diversas modalidades de sucessão e considerando o objetivo do presente estudo, cumpre consignar que a sucessão legítima decorre da lei, que presume a vontade do *de cujus* e deixar os bens para os herdeiros, e anuncia uma ordem de vocação hereditária para os que eram casados (artigo 1.829 do Código Civil) e para àqueles que viviam em união estável (artigo 1.790 do Código Civil).

O Código *Reale* inovou na ordem jurídica ao trazer a possibilidade de concorrência na sucessão legítima ao cônjuge e ao companheiro, porém diferenciando o trato da matéria se os indivíduos eram casados ou permaneciam em união estável, ainda que informal.

2.2. DAS REGRAS GERAIS SUCESSÓRIAS APLICÁVEIS AO CÔNJUGE

O artigo 1.829 do Código Civil anuncia a ordem de vocação hereditária e as hipóteses em que o cônjuge será herdeiro em concorrência com os demais herdeiros necessários, *in verbis*:

> Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
>
> I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
>
> II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
>
> III - ao cônjuge sobrevivente;
>
> IV - aos colaterais.

Infere-se que o cônjuge concorrerá com os descendentes do falecido a depender do regime de bens adotado no matrimônio. A propósito assim dispõe o Enunciado n. 609 da VII Jornada de Direito Civil: "*o regime de bens no casamento somente interfere na concorrência sucessória do cônjuge com descendentes do falecido*".

Nesse diapasão, apesar da criticada redação do inciso I do supramencionado dispositivo legal, depreende-se que o cônjuge supérstite herda em concorrência

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

com os descendentes se fosse casado com o de cujus nos regimes de comunhão parcial de bens, em existindo bens particulares do falecido, de participação final nos aquestos e separação convencional de bens, decorrente de pacto antenupcial.

Na hipótese em que concorrer com os ascendentes do falecido inexiste importância para o regime de bens adotado, uma vez que sempre será herdeiro em concorrência com a linha ascendente.

Destarte, conclui-se que o cônjuge será herdeiro necessário e concorrerá com os descendentes, a depender do regime de bens existente entre o cônjuge sobrevivente e o falecido, bem como sempre herdará se concorrer com os ascendentes.

2.3. DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

A união estável era concebida como a união prolongada do homem com a mulher, sem casamento, caracterizando uma união livre e equiparada ao concubinato. Frisa Gonçalves (2017, p. 207) que:

> Para os efeitos legais, não apenas eram concubinos os que mantinham vida marital sem serem casados, senão também os que haviam contraído matrimônio não reconhecido legalmente, por mais respeitável que fosse perante a consciência dos contraentes, como sucede com o casamento religioso, por exemplo.
>
> A união livre difere do casamento, sobretudo pela liberdade de descumprir os deveres a este inerentes. Por isso, a doutrina clássica esclarece que o estado de concubinato pode ser rompido a qualquer instante, seja qual for o tempo de sua duração, sem que ao concubino abandonado assista direito a indenização pelo simples fato da ruptura.

A Constituição da República de 1988 imprimiu novo marco à relação de companheirismo, reconhecendo-a como modalidade familiar e constituindo importante mudança de paradigma em relação ao conceito de família, senão vejamos:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> [...]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Como o Código Civil de 1916 não previa a sucessão do companheiro se demonstrou necessária sua regulamentação, a qual adveio com as Leis ns. 8.971/1994 e 9.278/1996, as quais igualaram as regras sucessórias da união estável àquelas aplicadas ao cônjuge sobrevivente (que não herdava em concorrência com os descendentes e ascendentes), dentre outras modificações, consoante explana Gagliano (2017, pp. 276/277):

> Coube à Constituição Federal de 1988, porém, imprimir novo significado à relação de companheirismo, reconhecendo-a como modalidade familiar, o que passou a influenciar a legislação infraconstitucional posterior.
>
> Nessa esteira, no campo sucessório, a partir da década de 1990, passou a ter o(a) companheiro(a) uma proteção legal, nos planos do Direito de Família e Sucessório, até então inexistente.
>
> A Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, nesse tema, garantiu ao convivente a meação dos bens comuns para os quais tenha contribuído para a aquisição, de forma direta ou indireta, ainda que em nome exclusivo do falecido (art. 3.º), bem como estabeleceu o direito ao usufruto de parte dos bens do falecido, além de incluir o companheiro sobrevivente na terceira ordem da vocação hereditária (art. 2.º).
>
> Já a Lei n. 9.278/96, em seu art. 7.º, parágrafo único, garantiu o direito real de habitação ao convivente sobrevivente, enquanto vivesse ou não constituísse nova união ou casamento, em relação ao imóvel destinado à residência familiar.
>
> Assim, o que se esperaria da nova codificação civil era que ela viesse, finalmente, igualar o tratamento entre cônjuges e companheiros, evitando qualquer alegação de tratamento discriminatório.

Verifica-se, dessa forma, que as citadas normas referentes ao regime sucessório nas uniões estáveis concretizaram, de forma progressiva, o mandamento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

constitucional atinente à equiparação da união estável como espécie de entidade familiar que merece tutela do ordenamento jurídico.

Contudo, a progressiva evolução da sistemática do regime sucessório do companheiro foi interrompida com a Codificação de 2002, a qual representou verdadeiro retrocesso na mudança de paradigma representada pela previsão constitucional de proteção à união estável como forma de entidade familiar.

Gagliano (2017, p. 278) entende que "*trata-se de tratamento demeritório da união estável em face do matrimônio, com uma disciplina que a desprestigia como forma de relação afetiva*".

Em relação à sucessão do cônjuge em concorrência com os demais herdeiros necessários, o Código Civil preconizou o seguinte:

> Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:
>
> I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
>
> II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
>
> III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
>
> IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Inicialmente se destaca que o caput do dispositivo legal estabelece que o companheiro somente participará da sucessão do outro em relação aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Nesse sentido, segundo Golçalves (2017, pp. 211/212):

> O art. 1.790 do Código Civil, inexplicavelmente alocado nas disposições gerais do título referente ao direito das sucessões, e não no capítulo da vocação hereditária, preceitua que a companheira ou o companheiro participará da sucessão do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> outro, quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável, o companheiro participa da sucessão do outro sem receber, no entanto, o mesmo tratamento do cônjuge sobrevivente, que tem maior participação na herança e foi incluído no rol dos herdeiros necessários, ao lado dos descendentes e ascendentes.
>
> Se o companheiro concorrer à herança, por exemplo, com colaterais, terá direito a somente um terço desta. Enquanto as citadas leis que disciplinaram a união estável caminharam no sentido de igualar os direitos do companheiro aos do cônjuge, o Código Civil de 2002 tomou direção oposta.
>
> [...]
>
> Em linhas gerais, o dispositivo restringe o direito do companheiro aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável; faz distinção entre a concorrência do companheiro com filhos comuns ou só do falecido; prevê o direito apenas à metade do que couber aos que descenderem somente do autor da herança e estabelece um terço na concorrência com herdeiros de outras classes que não os descendentes do falecido; não beneficia o companheiro com quinhão mínimo na concorrência com os demais herdeiros nem o inclui no rol dos herdeiros necessários; concorre com um terço também com os colaterais e só é chamado a recolher a totalidade da herança na falta destes. O cônjuge, porém, prefere aos parentes da linha transversal, com exclusividade.

Infere-se, dessa forma, que o Código Civil, na contramão do que estabelecido na Constituição Federal e na legislação posterior a essa, elencou dois regimes sucessórios distintos, com o cônjuge sendo herdeiro necessário e o companheiro não. Houve uma indevida espécie de hierarquização das espécies de família não prevista na Constituição da República e se o texto constitucional não as hierarquizou, não cabe ao legislador ou intérprete fazê-lo.

2.4. DA INCONSTITUCIONALIDADE NA DIFERENCIAÇÃO SUCESSÓRIA ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS

A aludida situação foi alvo de profundas críticas doutrinárias desde a concepção do Código Civil de 2002 e que, com o julgamento dos Recursos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Extraordinários ns. 646721/RS e 878694/MG, ambos de Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, entabulou-se o entendimento acerca da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e a diferenciação no regime sucessório existente entre a sucessão dos que eram casados ou viviam em união estável:

> Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. **A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável**. 2. **Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988**. 3. **Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso**. [...] 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: "**No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002**". (RE 878694, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-021 DIVULG 05-02-2018 PUBLIC 06-02-2018, sem grifos no original)

A Corte Constitucional entendeu que a Constituição da República trouxe uma mudança na concepção tradicional de família, a qual não se resume à ideia do casamento. A necessidade de um casamento formal deixou de ser fundamental para a caracterização de uma família, de modo que a intenção dos consortes de constituir família e a afetividade existente merece primazia. Destarte, a Carta Maior

preconizou a existência de outras modalidades de família, inclusive àquela derivada da união estável.

Tendo isso em foco, consoante ensinam Farias e Rosenvald (2015, p. 281), "*onde há proteção sucessória para o cônjuge, tem de existir, por igual, para o companheiro. Pensar diferente, nesse caso, importaria em colidir, frontalmente, com a Carta Maior, fazendo pouco de seus ideais solidários*".

A partir de uma interpretação do Direito Constitucional Civil, com a valorização da dignidade da pessoa humana e da repersonalização do Direito Civil, Tartuce (2017, p. 154), citando o voto do Minisitro Luís Roberto Barroso, aduz que:

> [...] consagração da dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento jurídico e como um dos fundamentos da República brasileira (art. 1.º, III, CF/1988) foi o vetor e o ponto de virada para essa gradativa ressignificação da família. A Carta de 1988 inspirou a repersonalização do Direito Civil, fazendo com que as normas civilistas passassem a ser lidas a partir da premissa de que a pessoa humana é o centro das preocupações do Direito, que é dotada de dignidade e que constitui um fim em si próprio. A família passou, então, a ser compreendida juridicamente de forma funcionalizada, ou seja, como um instrumento (provavelmente o principal) para o desenvolvimento dos indivíduos e para a realização de seus projetos existenciais. Não é mais o indivíduo que deve servir à família, mas a família que deve servir ao indivíduo" (STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 31.08.2015, com repercussão geral).

Um dos fundamentos para o reconhecimento da inconstitucionalidade do regime estabelecido pelo artigo 1.790 do Código Civil consiste na vedação ao retrocesso, uma vez que as disposições normativas das Leis n. 8.971/1994 e 9.278/1996 continham preceitos normativos mais favoráveis à sucessão da união estável.

Apesar do tratamento igualitário que se deve em matéria sucessória, o próprio Ministro Luís Roberto Barroso admite a existência de substanciais diferenças entre o casamento e a união estável, não podendo se falar em equiparação absoluta.

Didaticamente Tartuce (2015, p. 155) explica:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Iniciando-se pela interpretação semântica ou literal, firma a premissa segundo a qual a Constituição estabelece, de forma inequívoca, que a família tem especial proteção do Estado, sem que exista qualquer menção a um modelo de família que seja "mais ou menos merecedor desta proteção".
>
> Utilizando-se da interpretação teleológica, interroga quais seriam os fins sociais do art. 226 da Constituição Federal. Para o julgador, parece inequívoco que a finalidade da norma seria a de garantir a proteção das famílias como instrumento para a tutela dos seus membros, impedindo-se qualquer discriminação entre os indivíduos, unicamente como resultado do tipo de entidade familiar que constituírem.
>
> Partindo para a interpretação histórica, o citado dispositivo da Constituição é inclusivo e não exclusivo ou segregativo, não havendo qualquer intuito de divisão ou fracionamento das famílias em primeira e segunda classe.
>
> Por fim, pela interpretação sistemática, busca-se a unidade e a harmonia do sistema jurídico. Nesse contexto,"o legislador pode atribuir regimes jurídicos diversos ao casamento e à união estável. Todavia, como será detalhado adiante, a partir da interpretação conjunta de diversos dispositivos da Constituição de 1988, que trazem a noção de funcionalização da família, alcança-se uma segunda constatação importante: só será legítima a diferenciação de regimes entre casamento e união estável se não implicar hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra, desigualando o nível de proteção estatal conferido aos indivíduos".

Retornando à análise da incompatibilidade material do dispositivo legal objeto do presente estudo, o Ministro Luís Roberto Barroso fundamentou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil em quatro principais argumentos, a saber: violação da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade (na vertente da proibição da proteção deficiente) e vedação ao retrocesso.

Em relação à violação à isonomia e à dignidade da pessoa humana, esta que consiste em fundamento desta República e vetor axiológico de todo o ordenamento jurídico, há uma restrição à autonomia de optar pelo regime do

casamento ou da união estável, porquanto o companheiro terá menos direitos sucessórios em relação ao cônjuge. Há uma indução, ainda que indireta, para aqueles que possuem união estável a optar pelo casamento, por receito que seus parceiros não possam gozar do regime sucessório adequado. O Ministro Barroso ainda afirma que:

> 53. Não há que se falar aqui que a diferença de regimes sucessórios decorreria da própria autonomia da vontade, já que conferiria aos indivíduos a possibilidade de escolher o sistema normativo (casamento ou união estável) que melhor se ajusta aos projetos de vida de cada um. O que a dignidade como autonomia protege é a possibilidade de opção entre um e outro tipo de entidade familiar, e não entre um e outro regime sucessório. Pensar que a autonomia de vontade do indivíduo referente à decisão de casar ou não casar se resume à escolha do regime sucessório é amesquinhar o instituto e, de forma geral, a ideia de vínculos afetivos e de solidariedade. É pensar de forma anacrônica e desprestigiar o valor intrínseco da família, restringindo-a a um aspecto meramente patrimonial, como costumava ocorrer anteriormente à Constituição de 1988.
>
> 54. Em verdade, a ideia de se prever em lei um regime sucessório impositivo parte justamente da concepção de que, independentemente da vontade do indivíduo em vida, o Estado deve fazer com que ao menos uma parcela de seu patrimônio seja distribuída aos familiares mais próximos no momento de sua morte, de modo a garantir meios de sustento para o núcleo familiar. E não faz sentido desproteger o companheiro na sucessão legítima apenas porque não optou pelo casamento. O fato de as uniões estáveis ocorrerem com maior frequência justamente nas classes menos favorecidas e esclarecidas da população apenas reforça o argumento da impossibilidade de distinguir tais regimes sucessórios, sob pena de prejudicar justamente aqueles que mais precisam da proteção estatal e sucessória. (STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 31.08.2015, com repercussão geral, pp. 25/26)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Consoante ensina Tartuce (2015, p. 151) "*demonstram que o legislador olhou para o casamento como uma instituição em posição hierárquica superior em relação à união estável, tese que nunca contou com o apoio deste autor, como antes foi aduzido. Assim, parece-nos que houve certa discriminação quanto à união estável*".

A vertente positiva do princípio da proporcionalidade, denominada de proibição da proteção deficiente pela doutrina alemã, também resta transgredida. Isso porque a norma questionada estabelece uma proteção deficiente ao princípio da dignidade da pessoa humana daquelas pessoas que convivem em união estável. Esclarece o Ministro Barroso que:

> [...] A depender das circunstâncias, tal regime jurídico sucessório pode privar o companheiro supérstite dos recursos necessários para seguir com sua vida de forma digna. Porém, a deficiência da atuação estatal em favor da dignidade humana dos companheiros não é justificada pela tutela de nenhum outro interesse constitucional contraposto29. Conforme já analisado, não se pode defender uma preferência constitucional ao casamento para justificar a manutenção da norma do Código Civil menos protetiva da união estável em relação ao regime sucessório aplicável. À luz da Constituição de 1988, não há hierarquia entre as famílias e, por isso, não se pode desigualar o nível de proteção estatal a elas conferido. (STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 31.08.2015, com repercussão geral, p. 26)

A infração à violação ao retrocesso assevera o Ministro Barroso que:

> [...] Pois bem: não há dúvida de que o regime sucessório dos companheiros estabelecido pelo novo Código Civil representou uma involução desproporcional na proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos que vivem em uniões estáveis. Antes do CC/2002, o regime jurídico sucessório da união estável estabelecido pelas Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 era substancialmente igual àquele previsto para o casamento no CC/1916, então vigente. Cônjuges e companheiros ocupavam a mesma posição na ordem de vocação hereditária (ambos ficavam atrás dos descendentes e dos ascendentes), possuíam idêntico direito à meação, e

ostentavam tanto o direito de usufruto, quanto o direito real de habitação. Tais leis, portanto, concretizaram o imperativo constitucional de proteção às famílias (independentemente de seu modo de constituição), previsto no art. 226 da Carta de 1988. 61. Porém, conforme exposto ao longo deste voto, o Código Civil de 2002 aprovou regulamentação alternativa que simplesmente anulou boa parte da proteção sucessória conferida pelas Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 aos companheiros. No que concerne a essa involução, convém destacar que a proposta de redação originária do artigo do CC/2002 que versava sobre regime sucessório foi elaborada em 1985, antes mesmo da edição da Constituição de 1988. Embora tenham transcorrido mais de quinze anos entre o projeto original da norma sobre o regime sucessório dos companheiros e a efetiva promulgação do Código Civil (em 2002), a proposta permaneceu praticamente inalterada. Não foram consideradas em sua elaboração nem a completa alteração dos paradigmas familiares pela nova Constituição, nem a igualação dos regimes sucessórios de cônjuges e companheiros pelas leis posteriores.

[...]

62. Percebe-se assim que, nesse aspecto, o Código Civil de 2002 foi anacrônico e representou um retrocesso vedado pela Constituição na proteção legal das famílias constituídas por união estável. O regime sucessório da união estável traçado pelo CC/2002 ignorou as grandes transformações promovidas pela CF/1988, que funcionalizou a família em favor do indivíduo, e, assim, jogou por terra a evolução legislativa infraconstitucional, que, seguindo a nova orientação constitucional, havia cuidado de aproximar os direitos de cônjuges e companheiros, tendo como norte a ideia de que ambos merecem igual proteção. 63. Fica claro, portanto, que o art. 1.790 do CC/2002 é incompatível com a Constituição Federal. Além da afronta à igualdade de hierarquia entre entidades familiares, extraída do art. 226 da Carta de 1988, violou outros três princípios constitucionais, (i) o da dignidade da pessoa humana, (ii) o da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e (iii) o da vedação ao retrocesso. (STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Luís Roberto Barroso, j. 31.08.2015, com repercussão geral, pp. 28/30)

Especificamente em relação às desigualdades preconizadas pela Codificação Civil de 2002, esclarece Gonçalves (2017, p. 2013):

> Embora o tratamento díspar da sucessão do companheiro tenha resultado de opção do legislador e não ofenda os cânones constitucionais, merece as críticas que lhe são endereçadas: a) por limitar a sucessão aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável; b) por repetir, no caso de concorrência com os descendentes, a indébita distinção entre descendentes exclusivos, só do autor da herança, e descendentes comuns, havidos da união entre o autor da herança e o companheiro; e c) por estabelecer a concorrência com os colaterais.
>
> Não se compreende, realmente, como exclama EUCLIDES DE OLIVEIRA, "a limitação do direito hereditário do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, quando se considera que o companheiro já tem direito de meação sobre tais bens, em face do regime da comunhão parcial previsto no art. 1.725 do Código Civil. Deveria beneficiar-se da herança, isto sim, apenas sobre os bens particulares do falecido, exatamente como se estabelece em favor do cônjuge sobrevivente (art. 1.829)".
>
> Com efeito, a concorrência se dará justamente nos bens a respeito dos quais o companheiro já é meeiro. Sendo assim, se o falecido não tiver adquirido nenhum bem na constância da união estável, ainda que tenha deixado valioso patrimônio formado anteriormente, o companheiro sobrevivente nada herdará, sejam quais forem os herdeiros eventualmente existentes.

Acerca do tema Hironaka (2011, p. 420) assevera que:

> "[...] o art. 1.790 do CC restringiu a possibilidade de incidência do direito sucessório do companheiro à parcela patrimonial do monte partível que houvesse sido adquirido na constância da união estável, não se estendendo, portanto, àquela outra

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> quota patrimonial relativa aos bens particulares do falecido, amealhados antes da evolução da vida em comum. A nova lei limitou e restringiu, assim, a incidência do direito a suceder do companheiro apenas àquela parcela de bens que houvessem sido adquiridos na constância da união estável a título oneroso. Que discriminação flagrante perpetuou o legislador, diante da idêntica hipótese, se a relação entre o falecido e o sobrevivente fosse uma relação de casamento, e não de união estável!"

Em simetria, Veloso (2010, p. 185) preceitua que a restrição dos bens adquiridos onerosamente na união estável prevista no artigo 1.790 do Código Civil não possui "[...] *nenhuma razão, quebra todo o sistema, podendo gerar consequências extremamente injustas [...]*".

Tartuce (2015, p. 152), citando Paulo Lôbo, nos ensina que:

> Paulo Lôbo, citando a visão idêntica de Luiz Edson Fachin, também se filiava à tese de inconstitucionalidade de todo o art. 1.790 do Código Civil, com amparo nos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, inciso III, CF/1988) e da igualdade (art. 5.º, caput, da CF/1988), "*uma vez que, por meio da diferenciação entre os efeitos sucessórios da união estável e do casamento, dá menos (ou mais) condições (reais) de desenvolvimento a determinada pessoa tão somente pela escolha da entidade familiar, que dever ser livre e desvinculada de quaisquer aspectos patrimoniais, implicando negar a própria condição existencial de sujeitos concretos. Não há razão constitucional, lógica ou ética para tal discrime, em relação ao direito sucessório das pessoas, que tiveram a liberdade de escolha assegurada pela Constituição e não podem sofrer restrições de seus direitos em razão dessa escolha*" (Direito..., 2013, p. 150).

Ademais, infere-se que o companheiro sobrevivente concorria com os colaterais até quarto grau na sucessão, o que comprova o tratamento desigual e infundado, porquanto posta "*o companheiro em posição desfavorável no tocante a parentes longínquos, com os quais muitas vezes não se tem contato social*" (Tartuce, 2017, p. 156).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Destarte, infere-se que o Código Civil inobservou a matéria constitucional acerca da consagração da união estável como modalidade de família. Ademais, regrediu no tratamento do tema, que até então era regido por duas leis infraconstitucionais, revogando-as e preconizando sucessão distinta e desvantajosa para o companheiro, sem qualquer razão aparente.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante exposto alhures, a doutrina pátria há muito criticada a redação do artigo 1.790 do Còdigo Civil, reputando inconstitucional toda e qualquer distinção acerca do regime sucessório positivado aos cônjuges e aos companheiros.

Acertadamente o Supremo Tribunal Federal analisou a controvérsia e decidiu pela inconstitucionalidade do dispositivo legal em comento, por manifesta violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da proporcionalidade, no seu vetor da proibição à proteção deficiente e, outrossim, pela vedação ao retrocesso.

Não se olvida, consoante exposto pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que existem diferenças entre o casamento e a união estável. Entretanto, inexistem motivos suficientes para promover uma hierarquização entre as diversas espécies de família constitucionalmente previstas e diferenciar o regime sucessório.

Por derradeiro, impende destacar que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, impacta diretamente na vivência afetiva daqueles que vivem em união estável, porquanto, com a isonomia de tratamento, possuem amplos direitos na sucessão *causa mortis*.

4. REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil. Sucessões.** 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa** do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Brasília: Senado, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAHALI, Francisco José. **Direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: RT, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** — Direito das Sucessões. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 6.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil. Direito das sucessões.** São Paulo: Atlas, 2015. v. 7.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 7 : direito das sucessões** / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 7 : direito das sucessões** / Carlos Roberto Gonçalves. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo: RT, 2011.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional** / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 6: direito das sucessões** / Flávio Tartuce – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIFICULDADES RELATIVAS À EDUCAÇÃO E À QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL DO EGRESSO DO SISTEMA PRISIONAL

MIRIAN CARDOSO PEREIRA:
Bacharelanda em Direito pela Faculdade Serra do Carmo – FASEC

SIBELE LETÍCIA RODRIGUES DE OLIVEIRA BIAZOTTO[1]

(Orientadora_

RESUMO: O presente estudo visa demonstrar a dificuldade do egresso do Sistema Prisional em inserir-se no mercado de trabalho devido à falta de escolaridade e de qualificação profissional. O questionamento que permeia este artigo refere-se ao dever do Estado em qualificar profissionalmente o apenado, assim como oferecer-lhe meios de estudo, para que, quando egresso, não cometa ato que ocasione reincidência.Observou-se, após o estudo, que o Estado não tem cumprido sua função de oferecer condições de profissionalização e educação aos que estão sob sua custódia, o que contribui significativamente para a reincidência e volta ao cárcere.

Palavras-chave: Educação. Inserção Social. Trabalho.

ABSTRACT: This study aims to demonstrate the difficulty of the egress of the prison system to enter the labor market due to lack of education and professional qualification. The question that permeates this article refers to the State's duty to professionally qualify the inmate, as well as to offer him means of study, so that, when he leaves, he does not commit an act that causes recidivism. The State has not fulfilled its function of providing conditions of professionalization and education to those in its custody, which contributes significantly to recidivism and return to prison.

Keywords: Education. Social insertion. Job.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. EVOLUÇÃO DAS PENAS E LEGISLAÇÃO EM VIGOR. 3. A IMPORTÂNCIA DA SOCIEDADE NA EXECUÇÃO PENAL. 4. A PROBLEMÁTICA DA EDUCAÇÃO E DA QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL NO ÂMBITO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O presente estudo versa sobre educação e qualificação profissional do apenado sob o enfoque da dignidade da pessoa humana. Busca-se demonstrar a dificuldade de quem cumpriu uma pena privativa de liberdade em inserir-se no mercado de trabalho, quando egresso, levando em consideração que a falta de educação e qualificação profissional pode ser o fator de uma possível reincidência.

O sistema penitenciário brasileiro, desde sua implementação, demonstra reflexos de ineficiência, considerando que desde então já apresentava problemas em atender uma demanda muito maior do que a capacidade de encarceramento. Isso resultou na superlotação das unidades prisionais, precariedade no atendimento às necessidades básicas, bem como na inobservância dos direitos da pessoa reclusa e da finalidade de preparação para reinserção social.

Diante disso, surge o seguinte questionamento: qual o dever do Estado perante a educação e a qualificação profissional do apenado?

É fato que o sistema penitenciário brasileiro perpassa por uma realidade de ineficácia, assim como é visível a insuficiência da pena privativa de liberdade e do sistema penitenciário, que não alcança o objetivo de ressocializar, viabilizando o retorno à sociedade sem que o indivíduo possua condições sociais para enfrentar uma nova realidade cheia de preconceito e estigmatização.

Portanto, o sistema prisional dará o primeiro e mais importante passo na busca pela eficácia e eficiência do sistema a partir do momento em que passe a garantir os direitos sociais, não marginalizando, humilhando e excluindo cada vez mais o reeducando e o egresso, mas sim, punir de forma a possibilitar de fato que o ex-detento possa se reinserir na sociedade de forma justa e equitativa. E isso pode se dar por meio da educação e qualificação profissional.

O estudo se caracterizou pela metodologia da pesquisa bibliográfica, norteada por referências doutrinárias, jurisprudenciais e legais, além de pesquisa realizada pela FASEC – Faculdade Serra do Carmo, junto às unidades prisionais femininas do Estado do Tocantins, que teremos como exemplo.

Esta pesquisa organiza-se em seções. A primeira tratará da evolução da pena e legislação em vigor. Em seguida, abordar-se-á a importância da sociedade na execução penal. Na terceira seção, ressalta-se a problemática da qualificação profissional no âmbito do sistema penitenciário, para, após, concluir-se o estudo.

2. EVOLUÇÃO DAS PENAS E LEGISLAÇÃO EM VIGOR

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em tempos primitivos, a organização da sociedade humana era escassa, visto que o próprio homem em si era um ser em evolução e nisso passava por um processo de adaptação ao meio. Nesse processo, o ser humano passou a interagir com seus semelhantes, surgindo tribos, civilizações e demais sociedades que, de acordo com o tempo, passaram a ser cada vez mais organizadas. Via-se que era preciso um sistema de leis ou algum tipo de regra ou ordenamento para delimitar as ações dos grupos, pois os conflitos tornavam-se cada vez mais frequentes e isso trazida prejuízo aos grupos.

Cada ser pensa de uma forma e, havendo falta de alguém ou algo para resolver conflitos, em geral, as penalidades eram desproporcionais. O homem, no decorrer de sua história evolutiva, vai se socializando e desenvolvendo maior racionalidade. A pena passa de simples ato de vingança sem consciência para uma retaliação realizada com certo grau de ciência em causar um prejuízo ou danos no sentido de compensar o agravo causado. No entanto observa-se que não há ainda qualquer noção de justiça, apenas a satisfação de vingança (CAPEZ, 2017).

De fato, a aplicação de penas, entre as quais se destaca a pena privativa de liberdade, ou de prisão, surgiu para estabelecer uma paz social, haja vista ser necessária a obediência a regras previamente estabelecidas para que o homem conviva harmonicamente com a sociedade que o circunda. Assim, foram necessárias normas de controle social no sentido de estabelecer a pacificação social e a vedação ao arbítrio de um sobre os demais. O Direito Penal surge, então, como mecanismo mais eficaz para essa necessidade ser satisfeita. O descumprimento às normas gera penalidades para seus infratores, daí surgem as primeiras normas na esfera penal.

O Direito como um todo, em especial o penal, surge como a força normativa da coletividade, em detrimento da vontade proporcionada pela força bruta do indivíduo. Assim, as pessoas que constituem uma sociedade deverão 'abrir mão' de seus instintos e suas vontades individuais para o bem-estar social. A lei, desse modo, resulta como a vontade de todos aqueles que compõem uma civilização. Caso contrário, o homem estaria à mercê da força bruta do opressor e, consequentemente, vítima da vontade de outrem.

Em 1984, no Brasil, foi apresentado o que ainda se denomina de atual e vigente – a Lei de n° 7.210 de 11 de julho de 1984, ou seja, a Lei de Execução Penal - LEP –, que regulamenta o sistema penitenciário. De acordo com Torres (2011, p.78),

> A LEP determina como deve ser executada e cumprida a pena de privação de liberdade e restrição de direitos. Contempla os

> conceitos tradicionais da justa reparação, satisfação pelo crime que foi cometido, o caráter social preventivo da pena e a ideia da reabilitação. Dotando os agentes públicos de instrumentos para individualização da execução da pena, aponta deveres, garante direitos, dispõe sobre o trabalho dos reclusos, disciplina e sanções, determina a organização e competência jurisdicional das autoridades, regula a progressão de regimes e as restrições de direitos.

Dessa forma, houve avanços, progressos, adaptações e reformulações nessa nova concepção de pena, que proporcionou a personalização e a individualização da pena, aplicada cordialmente ao delito cometido e individualmente à pessoa que o tenha praticado, objetivando-se a reintegração social e visando ao cumprimento de uma pena que ao menos prime pela dignidade humana.

Barbosa (2015, p. 33-34) expõe que:

> Aquele que comete um delito penal deve ser punido, mas procura-se dar a pena em função social reparadora ao invés de servir à marginalização definitiva do infrator, e deve possibilitar sua integração à sociedade. Entretanto, apesar da lei dispor que a reinserção social é o foco principal, observa-se que o fator punição na sua execução é ressaltado em detrimento ao da reinserção.

Mesmo com toda a intimidação e sofrimento que impunha a pena, a criminalidade, no entanto, só aumentava, chegando-se à conclusão de que não está sendo eficaz no combate à violência e criminalidade. No mundo, a prisão surge como forma de o Estado controlar a criminalidade, dessa forma, o surgimento da prisão é um marco no processo da evolução da justiça penal, em que o poder de punir é exercido pela sociedade por meio do Estado.

Lemgruber (2010, p. 73) alerta para o fato de que, "[...] ao longo do século XIX, a pena privativa de liberdade passa a ser o principal instrumento de controle do sistema penal e começa a se desenvolver a noção, absolutamente cristalizada nos dias de hoje, de que punição é igual à prisão".

Com a evolução das prisões e o constante aumento de unidades prisionais, começam a surgir problemas e indagações quanto às questões de superlotação, higiene, alimentação, vestuário, ociosidade, coerção, violência e também acerca da função ressocializadora da pena privativa de liberdade (SILVA, 2017).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Lei de Execução Penal determina que os presos devam cumprir certas normas de execução da pena, porém lhes garantindo ainda os direitos conforme a constituição federal assegura, visto que a tortura ou qualquer tipo de violência física ou moral já caracterizariam outro delito, e ao preso cabe tratamento humano e digno.

Afora tais direitos constitucionais, juntamente com o Código Penal, que em diversos artigos prevê direitos ao detento, a própria Lei de Execução Penal ressalta direitos e deveres dos presos para um bom convívio no estabelecimento prisional, colaboração e disciplina nas determinações das autoridades.

Os direitos estão expressos no artigo 41 da Lei de Execução Penal, sendo caracterizados como:

> I - alimentação suficiente e vestuário;
>
> II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
>
> III - previdência social;
>
> IV - constituição de pecúlio;
>
> V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
>
> VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
>
> VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
>
> VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
>
> IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
>
> X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
>
> XI - chamamento nominal;
>
> XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
>
> XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
>
> XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

Assim, pode o preso reclamar a qualquer tempo ao Diretor do presídio no caso de descumprimento de quaisquer dos direitos previstos em lei,o que lhe garante a própria LEP e a Constituição Federal.

Às mulheres são garantidos os direitos de permanecerem com os filhos durante o período da amamentação (120 dias) e cumprimento da pena em estabelecimentos prisionais específicos para o gênero, como também trabalho adequado à condição de cada detenta.

Em contrapartida, constituem os deveres dos detentos para com os estabelecimentos e autoridades policiais que vigiam e fiscalizam tais locais, os definidos nos artigos 38 e 39 da Lei de Execução Penal:

> I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
>
> III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados; IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
>
> V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; VI - submissão à sanção disciplinar imposta;
>
> VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;
>
> VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
>
> IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
>
> X - conservação dos objetos de uso pessoal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O bom comportamento, o trabalho e o respeito com os demais funcionários do estabelecimento e companheiros de cela trazem ao preso melhores oportunidades de ser agraciado com os benefícios da lei. Quando este age de modo contrário, o Estado tem o papel de punir com falta grave ou até mesmo, em casos mais severos, caracterizar um novo delito.

No entanto o sistema penitenciário brasileiro desde sua implementação demonstra reflexos de ineficiência, considerando que há muito apresenta problemas em atender uma demanda muito maior do que sua capacidade de encarceramento. Isso resulta na superlotação das unidades prisionais, precariedade no atendimento às necessidades básicas como vestuário, alimentação e higiene, bem como a inobservância dos direitos da pessoa reclusa e da finalidade de preparação para reinserção social.

A manutenção das unidades prisionais no Brasil se faz por um custo econômico alto, além disso, sob forte ineficiência, visto que não reduz o nível de criminalidade e o índice de violência somente cresce comprovado pelas altas taxas de reincidência (SANTOS, 2014).

É visível a insuficiência da pena privativa de liberdade e do sistema penitenciário que não alcança seu objetivo de ressocializar, viabilizando o retorno à sociedade sem que o reeducando possua condições sociais para encarar uma nova realidade cheia de preconceito e estigmatização.

Portanto o sistema prisional dará o primeiro e mais importante passo na busca pela eficácia e eficiência do sistema a partir do momento em que passe a garantir os direitos sociais, não marginalizando, humilhando e excluindo cada vez mais o reeducando e o egresso, mas sim puna de forma a possibilitar de fato que o egresso possa se reinserir na sociedade.

3. A IMPORTÂNCIA DA SOCIEDADE NA EXECUÇÃO PENAL

Ao retornar para a sociedade, embora fisicamente liberto, terá o egresso que conviver com o estigma do seu passado prisional. Ou seja, além de todos os problemas vivenciados no cárcere, esse indivíduo, quando devolvido à liberdade, enfrentará um outro grande desafio: o preconceito de uma sociedade que não o aceita.

A Carta Magna promulgada em 1988 recebeu o nome de Carta Cidadã por trazer em seu bojo direitos e responsabilidades não antes trazidas. A referida carta

trouxe novos rumos para a segurança pública, principalmente no que se refere aos princípios nela estampados.

Nos dias de hoje, em que muito se discute os direitos dos presos, há princípios jurídicos que visam a regular o fluxo dos processos e a execução das penas. Foi finalidade também fazer explanações acerca da aplicação da pena, evidenciando-se que, infelizmente, muitas das disposições normativas presentes em Leis, Códigos, e Convenções Internacionais não são respeitadas e aplicadas no que diz respeito à execução da pena.

A esse respeito, é salutar trazer posição do Supremo Tribunal Federal, quanto ao Recurso Extraordinário 580.252/MS, a qual estabelece a previsão de indenização para presos, em virtude do cumprimento de pena em unidades prisionais sem as mínimas condições de humanidade:

> Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistemanormativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidadeprevistos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art.37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais,comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiênciadas condições legais de encarceramento (STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252-MATO GROSSODO SUL.RELATOR:MIN. ALEXANDREDE MORAES. REDATORDOACÓRDÃO RISTF:MIN. GILMAR MENDES)

A despeito do teor acima citado, ao longo dos séculos uma série de diplomas legais internacionais, acompanhado de posturas governamentais em favor da defesa dos direitos humanos e da consequente humanização da pena, fez com que as discussões e práticas sobre o sistema penitenciário fossem ganhando conotações cada vez mais expressivas em escala global.

Contudo as diversas convenções e debates a respeito do assunto ainda não resolveram a problemática da pena e seus aspectos negativos, bem como as distorções entre a teoria idealista e a prática nefasta da realidade.

No Brasil, nota-se que mesmo nos tempos atuais, o Poder Público ainda tem muito que melhorar no tratamento penal e nas políticas de atenção à pessoa presa. Para tanto, é necessária a participação da sociedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Aliás, compete lembrar a crise no sistema carcerário que é introduzida por meio do relato da situação catastrófica em que estão atualmente as instituições prisionais no Brasil, superlotadas, originando, muitas vezes, problemas causados pelos próprios presos e pelo Estado. Em continuação ao tema, pode-se compreender que esse contexto afetará toda a sociedade, que recebe os sujeitos que saem desses locais da mesma forma como entraram, ou até piores.

Nesse sentido, pode-se concluir reiteradamente que esse é um problema que envolve toda sociedade, visto que tem implicações internas, atingindo diretamente os presos; e externas, alcançando indiretamente o restante da sociedade, que vai conviver com o preso após sua saída da prisão.

A sociedade, pois, que deveria contribuir para o processo de reconvívio social, o rotula. E ainda que o egresso busque adequar-se como um "bom cidadão", enfrentará visível resistência por parte daquela. Malograda a capacidade de obter trabalho para sua subsistência e dos seus, o egresso vê-se impelido a retornar aos caminhos da criminalidade.

Essa situação deveria ser motivo de grande preocupação, não só por parte do poder público, mas também e, principalmente, pela sociedade. Isso porque, não alcançada a finalidade ressocializadora da pena, o mal acaba voltando, na maioria das vezes, de forma potencializada, colocando em perigo a segurança e o bem-estar de seus membros.

A culpa da ineficiência carcerária, da reincidência, não pode apenas ser dirigida ao Estado. Muito embora seja o Estado o responsável pela propulsão de políticas sociais que recuperem os delinquentes e ainda mais que iniba a delinquência, grande parcela dessa responsabilidade também está direcionada particularmente a cada indivíduo, como peça integrante do Estado. Assim, vislumbramos, logicamente, uma maior eficiência com a integração do Estado (políticas gerais) e sociedade (ações individuais e racionais).

A amenização dos efeitos dos crimes só será resolvida se a sociedade deixar de tratar o criminoso como diferente e assumir o seu papel, reconhecendo serem os reclusos parte de seu corpo e o crime e uma criação social. Hoje, observamos nos presídios pequenos grupos de apoio, e na maioria deles com uma carga ideológica filosófico religiosa, que trata o delinquente não como um enfermo social, mas direciona o problema para parte espiritual (GOMES, 2008).

No ano de 2000, por meio da Medida Provisória nº 2029, foi estipulado o novo Plano Nacional de Segurança Pública, em que foram elaboradas 124 medidas

de segurança, destacando-se a preocupação com o engajamento de toda a sociedade na luta pela diminuição da violência. Sobre isso, Samuel Buzaglo (2001, p.52) assevera que "o grande desafio desse plano é justamente obter o apoio da população, porque se mais esse plano cair no descrédito, talvez se percam de forma irreversível as rédeas da segurança pública".

No entanto, de nada adianta todo o esforço para melhorar o sistema prisional se, quando liberto, a sociedade o rejeita. Para que o processo de reinserção aconteça efetivamente, é necessário haver a participação de todos os atores sociais, como empresas, instituições educacionais, família e sociedade. E tudo começa pela exigência da sociedade para que seja proporcionado aos reclusos educação e qualificação profissional.

4. A PROBLEMÁTICA DA EDUCAÇÃO E DA QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL NO ÂMBITO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

A educação prisional poderá ser chamada reintegração social, uma vez que, para alguns estudiosos, não há como um sujeito não ter socialização ou deixar de ser socializado, mesmo que fique distante da convivência em sociedade por um tempo, em razão de também viver em sociedade dentro do estabelecimento carcerário, mesmo que esta seja uma sociedade distinta. Assim, o conceito reintegração social seria mais adequado para indicar os sujeitos presos que se afastaram do seio social e necessitam ser reintegrados a esse meio outra vez.

Cumpre salientar, também, que o uso da definição reintegração social ao invés de educação prisional é mais apropriado, pois este último representa um papel passivo por parte do sujeito em conflito com a lei e, o outro, ativo por parte das instituições, que apresentam restos da velha criminologia positivista, que definia o condenado como uma pessoa anormal e inferior que necessitaria ser readaptado à sociedade, considerando esta última como boa e o sentenciado como ma(BARATA, 1997).

No entanto, apenas uma minoria dos presos estuda. Nesse contexto, cite-se a título de ilustração, o Estado do Tocantins, com amostragem na situação das reclusas. Segundo dados da Secretaria de Cidadania e Justiça e Faculdade Serra do Carmo – FASEC, apenas 33% estudam nas unidades prisionais. Para se obter essa resposta, analisaram-se as estatísticas das seguintes unidades prisionais: Unidade de Semiaberto de Palmas; Unidade de Babaçulândia; Unidade de Lajeado; Unidade de Palmas; Unidade Pedro Afonso; Unidade de Talismã.

Exige-se a seleção de novos caminhos para a execução penal, especialmente no que tange às privativas de liberdade. Desse modo, tem-se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

apreendido que a ideia principal da educação prisional há de ligar-se, essencialmente, ao postulado da progressiva humanização da pena na execução penitenciária. Precisa-se, assim, de ações sociais com a finalidade de introduzir socialmente o apenado, destacando-se que os liames familiares, afetivos e sociais são consistentes bases para separar os condenados da criminalidade (MIRABETE, 2014).

Com um aumento excessivo no número de desemprego no Brasil, fica claro que se torna cada vez mais difícil a entrada no mercado de trabalho. Sendo assim, tem-se uma exigência maior na qualificação profissional, que está diretamente associada ao desenvolvimento de determinada função.

Diante da competitividade, os novos meios de produzir e de sistematizar a produção proporcionam grandes alterações sobre as formas de emprego e os requerimentos de qualificação exigida (SALM, 2017).

Alguns pesquisadores, tais como Salm (2017), revelam em suas pesquisas que o processo de inovação tecnológica no Brasil não é suficiente para a incorporação da força de trabalho qualificada. No processo de reestruturação do mercado de trabalho brasileiro ainda prevalecem postos de trabalho que exigem baixa qualificação.

Dessa forma, para que o Brasil venha seguir todas as modificações que vêm acontecendo no setor produtivo, o País terá de objetivar uma verdadeira revolução educacional, ampliando e melhorando as redes de ensino, reestruturando a carreira de magistério e reciclando seus educadores, bem como melhorando a qualidade de ensino, principalmente do 1° e 2° graus. Observa-se que a educação formal e profissional nos presídios pouco interessa ao Estado e sociedade, já que nem a quem está liberto se consegue atender de forma satisfatória.

Salm (2017, p. 246) afirma que:

> Cerca de 75% das matriculas estão no ensino de primeiro grau, existe ainda um contingente significativo da produção de 7 a 14 anos que não estão na escola, estimado um retorno de 4 milhões de crianças, dos mais de 27 milhões que frequentam o ensino de 1° grau cerca de 15 milhões não concluíram as oito séries e pelo menos 10 milhões delas nem sequer chegarão a 4° série, que corresponde ao antigo curso primário. Cerca de 40% da matrícula total se concentram nas duas primeiras séries, nas quais encontramos os primeiros

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> percentuais de evasão e o maior contingente de repetentes. De cada 100 alunos que ingressam no ensino de 1º grau, apenas 40 ultrapassam a 4° série e somente 22 conseguem concluí-los.

Portanto, o autor explicita uma realidade educacional de exclusão e pouco acesso da grande massa social à educação, ou seja, a minoria da sociedade consegue concluir os estudos e se profissionalizar por meio dele. Conforme estudiosos sobre o sistema carcerário prisional, desde a concepção da prisão seu objetivo se presta mais à dominação das massas' do que a outro fim, qualquer que seja ele.

Embora a legislação vigente preconize o tratamento humanitário e a igualdade de direitos, as estatísticas demonstram que a maior parte da massa carcerária é oriunda de grupos mais pobres da sociedade, ou seja, daqueles que já são excluídos.

Outro fator relevante dos primórdios do trabalho no sistema penitenciário surgiu, de acordo com Camargo (2016), da industrialização, que acarretou a necessidade de bastante mão-de-obra, e a prisão então passou a existir como meio excepcional de mudança para as pessoas ociosas em população trabalhadora. A autora explica que os indivíduos condenados, mais do que castigados, deveriam ser modificados em indivíduos dóceis, por meio de técnicas de coerção, processos de treinamento, até demonstrarem nova conduta, produtiva e socialmente útil. Já para Michel Foucault (2010, p. 34), em sua concepção, o trabalho dentro dos presídios não objetivava profissionalizar o indivíduo, mas proporcionar um aprendizado sobre o próprio trabalho. E acrescenta:

> A ordem que deve reinar nas cadeias pode contribuir fortemente para regenerar os condenados, os vícios da educação, o contágio dos maus exemplos, a ociosidade... originaram crimes. Pois bem, tentemos fechar todas essas fontes de corrupção: que sejam praticadas regras de sã moral nas casas de detenção, que, obrigados a um trabalho de que terminarão gostando, quando dele recolherem o fruto, os condenados contraiam o hábito, o gosto e a necessidade da ocupação, que se deem respectivamente o exemplo de uma vida laboriosa; ela logo se tornara uma vida pura, logo começarão a lamentar o passado, primeiro sinal avançado de amor pelo dever.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O tema falta de qualificação profissional do egresso do sistema prisional leva ao questionamento acerca do que vem a ser crime ou conduta criminosa, para que mais adiante gere tantas dificuldades de reinserção do meio social.

Portanto, a valoração da conduta humana será desigual a cada coletividade e a cada momento**,** sendo apurada por todo um complexo processo de formação da sociedade em que as semelhanças de poder desempenham um papel muito importante. Não se tem um conceito exato para definir o que é crime, podendo ser compreendido de várias maneiras e cada significado do crime se baseia a partir de diferentes percepções sobre a vida e o mundo**.** O delito pode ser definido como uma violação à norma legal, como uma manifestação de irregularidade da lei (DEPEN, 2012).

Manoel Pedro Pimentel (2017, p. 14) conceitua "o crime tem dois aspectos: o formal e o material. O conceito formal seria no que tange à contrariedade entre a conduta e a norma penal, e o conceito material seriam os elementos que constituem o fato delituoso, considerado moral e sociologicamente".

Assim, ressocializar não é reeducar o condenado para que se comporte como prefere ''a classe detentora do poder e sim a efetiva reinserção social, a criação de mecanismos e condições para que o indivíduo retorne ao convívio social sem traumas ou sequelas, para que possa viver uma vida normal'' (CAMARGO, 2016, p. 38).

Os governos precisam ser criativos em formas de promover um mercado de trabalho e a inserção dos egressos, por meio do desenvolvimento de leis fiscais que estimulem a contratação de mão de obra. Por exemplo, ele pode simplificar o sistema tributário e criar impostos menos complexos, em substituição aos já existentes, além de remover os processos burocráticos lentos para aqueles que iniciam um negócio ou montam uma empresa, buscando estimular os que empregam mão de obra oriunda do sistema penal.

Para tanto, aos reclusos deve ser proporcionada educação e qualificação profissional, e o poder público não pode apenas esperar que o preso se 'ressocialize', é necessário, acima de tudo, ação no que tange às políticas públicas educacionais no campo das prisões.

A educação é um direito de todos os brasileiros. Consiste em pressuposto essencial para o desenvolvimento da cidadania da população. Igualmente, não se podem buscar alternativas de ressocialização da população carcerária, sem que,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

para tanto, sejam traçados mecanismos educacionais em prol dessa fatia populacional brasileira.

Nessa premissa, é preciso humanizar as unidades prisionais, em uma equação que prime, além da segurança, ao bem-estar do preso, como detentor de direitos e deveres. Essa humanização deverá ter reflexos na própria estrutura das unidades prisionais. Ora, quem já entrou em uma cadeia ou casa de prisão provisória sabe o horror em que consiste sua aparência, com estrutura repleta de falhas, superlotação, grades, banheiros, insalubridade, entre outros.

Para minimizar o desemprego dos egressos, deve-se investir na educação no âmbito de sua estadia na prisão, em especial nos níveis mais baixos. Reestruturar seu sistema de formação profissional e técnica vai melhorar a produtividade e a qualidade da sua força de trabalho. Juntas, essas políticas irão resolver os problemas subjacentes de trabalho do Brasil, promovendo de forma cristalina um crescimento equilibrado de sua mão de obra (TRINDADE, 2003).

Também deve-se ter como foco os benefícios do empregador entre os mais vulneráveis. O governo deve redirecionar alguns dos seus gastos, promovendo e investindo mais no aumento da produtividade do trabalho, o que pode ser feito por meio de melhores gastos com a educação prisional. Tal ação poderia resolver o problema da falta de mão de obra qualificada em certos setores, como na construção civil e prestação de serviços, direcionando os ex-presidiários para essas áreas.

No entanto, pode-se observar que existem certos equívocos no que tange às políticas inerentes ao mercado de trabalho sob o enfoque prisional. Sabe-se que os gastos de uma forma geral são mal dimensionados. Como exemplo, pode-se citar que uma grande proporção de gastos do governo vai para o ensino superior, em vez da educação básica, incluindo aí a educação de reclusos (MARTINS, 2009).

Enquanto isso pode parecer bom, pode ser negativo para o país em grande parte, pois a maioria dos estudantes que se beneficiam desses gastos são aqueles que estudaram em escolas particulares e foram capazes de ganhar a admissão a um dos muitos do Brasil competitivo universidades. Com isso, o mercado de trabalho especializado pode se tornar elitizado e incompatível com os padrões de uma nação reputada por democrática. O ex-presidiário, dessa forma, se vê à margem do mercado formal e legal, podendo voltar a delinquir.

Recentes desenvolvimentos, tais como a criação do PRONATEC (Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego) e os planos educacionais no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

âmbito das prisões, sugerem que o governo está priorizando o treinamento profissional no sistema penitenciário, se bem que de forma lenta.

Nessa toada, em uma época em que a tecnologia muda rapidamente e as empresas exigem cada vez mais mão de obra especializada, a qualificação prisional anda a passos lentos. Dizer aqui que seria impossível solucionar tal questão seria pessimismo desmedido, pois, por mais complexa que seja a condição do ex-apenado, existem ainda inúmeras possibilidades, que nem sequer foram tentadas para melhorar a situação. Ignorar o problema não se pode, deixá-lo seguir do jeito que está também não é a atitude mais coerente, pois assim os problemas agravar-se-ão ao longo da história.

No entanto, a educação nos presídios, a exemplo da educação pública como um todo, ainda não alcançou patamares satisfatórios de qualidade e não conta com recursos tecnológicos condizentes com os ditames do mercado de trabalho. Assim como não há parcerias entre sociedade e Estado para que reeducandos tenham qualificação profissional e possam, dessa forma, quando libertos, exercerem uma profissão e não voltar a delinquir.

5. CONCLUSÃO

Em sede de conclusão, no presente estudo verificou que, de acordo com Lei de Execução penal, o sistema penitenciário brasileiro foi idealizado de maneira a significar não apenas a retribuição pelo mau causado, mas, principalmente, propiciar condições de recuperação do sentenciado e plena capacidade de reinserção no meio social.

Entende-se que a dignidade no tratamento enquanto ser humano é um direito inerente a todos os apenados, por esse motivo o estudo deste tema se faz de grande importância. Os problemas estão aí e se tornam cada vez maiores. Existem ideias do que possa ser feito para que possa ser transformada a situação, as leis estão à disposição de todos, mas não bastam apenas normas se elas não são cumpridas como devem. É necessário colocar em prática de maneira efetiva as normas existentes em nosso ordenamento bem como a LEP, que se tem como uma normatização específica a respeito do assunto.

Os programas de assistência ao ex-apenado são ineficientes na sua maioria por não contemplarem o emprego e a renda em suas propostas. Em geral, o que se tem nesses programas são a manutenção pelo Estado de alguns cursos profissionalizantes, que pela pouca carga horária que se oferecem não atingem seus objetivos, pois o ex-apenado ou o apenado em liberdade condicional, a quem são

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

oferecidos esses cursos, na sua grande maioria, apresenta um grau de escolaridade muito baixo, o que dificulta o aprendizado no pouco tempo disponibilizado para os cursos.

Quanto ao ingresso do ex-apenado no mercado de trabalho, que seria uma das possibilidades mais eficientes para que este não volte a delinquir, o egresso de imediato após a sua liberação esbarra em um dos maiores problemas sociais de hoje, a falta de vagas no mercado de trabalho.

Além de disso, o egresso tem de enfrentar uma grande concorrência, pois a situação econômica do País hoje tem deixado um elevado número de brasileiros com excelente qualificação técnica-profissional durante meses desempregados ou executando alguma atividade no mercado informal até conseguir ser efetivado em um emprego.

É certo e evidente que a ressocialização, teoricamente, constitui o instituto capaz de tornar o sujeito que cumpriu pena capaz de viver harmoniosamente no ambiente social, de forma que a sua conduta seja condizente com o comportamento socialmente aceito. Teria aquela a finalidade de reverter os atos criminosos e nocivos cometidos pelos condenados contra a sociedade e bens juridicamente tutelados em atitudes úteis e de acordo com os ditames e normas jurídicas e sociais. No entanto, na realidade, o ideal ressocializador é considerado como uma ficção social, uma fraude para a maioria das pessoas, e uma utopia, apenas um discurso ou declaração ideológica para aqueles que esperam que todo ser humano tem direito à dignidade e respeito, isto é, até os que cometeram delitos.

A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. As ações conjuntas realizadas entre o Estado e a sociedade não têm sido eficientes e nem suficientes para manter o ex-detento livre da reincidência.Com isso, além do encargo de punir o delituoso pelo exercício do crime por ele efetivado vem o nosso ordenamento ponderar a reintegração dele. Percebe-se que prática da ressocialização é uma precisão de promover ao punido as condições para que ele se reestruture a fim de que, ao voltar à sociedade, não mais torne a delinquir. Assim, as pessoas egressas do sistema prisional refletem, na perspectiva social, o mesmo grau de exclusão da maioria da população brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATA, Alessandro. **Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. Fascículos de Ciências Penais**. Tutela penal dos direitos humanos. Porta Alegre, ano 6, n. 2, p. 44-61, abr./maio/jun.1997.

BARBOSA, J. T. **O que é Justiça**. 3. ed São Paulo, Brasiliense,2015.

BRASIL, Constituição 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil**. 5., São Paulo: TR, 2015.

_____. **Lei de Execução Penal.** Disponível em < www.vlex.com/vid/lei-penal > Acesso em 23 de setembro de 2019.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Cartilha Conselho da Comunidade.** 2008. Disponível em:http://www.tj.es.gov.br/cfmx /portal/Novo /PDF/execucoes/manual_conselhos_ comunidade/ CartilhaConselhosda Comunidade.pdf. Acesso em: 20 de outubro de 2019.

CAMARGO, Virginia da Conceição. **Realidade do Sistema Prisional**. out. 2006. Disponível sistema-prisional>. Acesso em: 13 de outubro de 2019

CAPEZ, Fernando. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2017.

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. **O trabalho no sistema penitenciário.** Disponível em <www.depen.gov.br> Acesso em 23 de outubro de 2019.

ESTADO DO TOCANTINS. Secretaria de Estado de Defesa Social (SEDS). **Dados da população carcerária. Palmas: SEDS, 2014.**

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir: História da violência nas prisões.** 26. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

GOMES, M. A.; PEREIRA, M. L. D. **Família em situação de vulnerabilidade social: uma questão de políticas públicas.** Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, 2008, v. 10, n.10

LEMGRUBER, Julia. **Pena alternativa: cortando a verba da pós graduação do crime.** Rio de Janeiro: FGV, 2017.

MENDES, Luis. **Dicas que você precisa saber para ficar livre de vez.** Disponível em <http://www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files /drsp/egresso/ dicas_guia_do _egresso.pdf> Acesso em 23 de outubro de 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Dados da população carcerária por Estado/Tocantins**. Disponível em <www.mj.gov.brAcesso> em 12 de outubro de 2019.

MIRABETE, Fabrini. **Manual de Direito Penal.** São Paulo: 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Estudos em Direito Penal.** São Paulo: EV, 2017.

SALM, C. **Novos requisitos educacionais do mercado de trabalho**. In: OLIVEIRA, M. A.(Org). Economia & TrabalhoTextos Básicos. Campinas: IE Unicamp, 2017.

SANTOS, José Antônio. **Análise crítica do sistema penitenciário brasileiro.**Disponível em<www.conteúdojurídico.com.br> Acesso em 29 de outubro de 2019.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Antônio. **Sistema penitenciário em debate.** São Paulo: Juruá, 2017.

SOUZA, Luís Carlos. **A problemática da ressocialização no sistema penal brasileiro**. São Paulo: Juruá, 2017.

TEIXEIRA, Alex. **A problemática do sistema penitenciário brasileiro.** Disponível em <www.jusnavignadi.com.br> Acesso em 23 de outubro de 2019.

TORRES, Andréia. **Direitos Humanos e sistema penitenciário.** São Paulo: Cortez, 2011.

---

[1]Advogada Criminalista. Professora de Direito Penal da Faculdade Serra do Carmo (FASEC). Palmas, TO. E-mail: slbiazotto@gmail.com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

AUTONOMIA DA VONTADE DO PACIENTE TERMINAL FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS

MARIA JOSÉ DE VASCONCELOS:
Acadêmica de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho

ROCHELE JULIANE LIMA FIRMEZA

(Orientador) [i]

RESUMO: A bioética, em seu campo jurídico, envolve questões extremamente importantes no meio social, com relevância, em especial, à vida humana. O tema deste estudo, é polêmico, envolve diferentes áreas de conhecimento (ética, filosofia, biologia e direito), e diz respeito à eutanásia. Tendo como título, a Autonomia da Vontade do Paciente Terminal frente aos Direitos Humanos, o objetivo do estudo é discutir até que ponto a autonomia da vontade, com enfoque na dignidade da pessoa humana, está relacionada com o direito à vida, e as possibilidades da eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro. Nesta perspectiva, indaga-se: a prática da eutanásia no Brasil está em conformidade com os Direitos Humanos? A análise será realizada partindo da premissa que o direito à vida é fundamental, relacionado ao princípio da dignidade humana e autonomia do indivíduo, e a possibilidade de se chegar a uma morte digna. O estudo foi desenvolvido a partir de uma pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa, devido a necessidade de maiores esclarecimentos sobre o tema, tendo em vista a finalidade de compreender e interpretar, de forma ampla e conjugada, os diversos elementos envolvidos nessa temática tão complexa.

Palavras-chave: Eutanásia, Dignidade da Pessoa Humana, Autonomia, Testamento Vital.

ABSTRACT: Bioethics, in relation to legal matters, involves extremely important issues in the social environment, with relevance, in particular, to human life. The study has a controversial theme because it involves different areas of knowledge (ethics, philosophy, biology and law), and concerns euthanasia. The study title is the Autonomy of the Terminal Patient's will, related to Human Rights. This work aims to discuss how far the autonomy of the patient's will, focused on the dignity of the human person, in relation to the right to life, and the possibilities of euthanasia in the Brazilian legal system. In this sense, the question is the practice of euthanasia in Brazil in accordance with human rights. The analysis was based on the premise that the right to life is fundamental, having a relationship with the principle of human

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

dignity and autonomy, and the possibility of this terminal patient to have a dignified death. The study conducted a bibliographic research of qualitative approach in its development, considering the need for further clarification on the subject, to better understand and interpret the various elements involved in this complex subject.

Keywords: Euthanasia, Human Dignity, Autonomy, Vital Testament

Sumário: Introdução. 1. Eutanásia e outros tipos de morte. 1.1. Distanásia. 1.2. Mistanásia. 1.3. Ortotanásia. 1.4. Suicídio assistido. 2. A vida e os direitos humanos. 2.1. Bioética: conceito e origem. 2.1.1. Princípios Bioéticos. 2.2. Biodireito. 2.3. Direitos humanos. 2.3.1. Direitos humanos no Brasil. 2.4. Princípio da dignidade da pessoa humana. 3. Autonomia privada do paciente terminal sob o Código de Ética de medicina e do testamento vital. 3.1. Testamento vital a luz de um caso concreto. 4. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

Este estudo busca entre os mais variados campos das ciências humanas, como a medicina, o direito, a filosofia e a biologia, a preservação da vida, como o bem mais valioso, em consonância com os princípios constitucionais, aqui citados como a autonomia da vontade e o da dignidade da pessoa humana, a resposta das seguintes indagações: o que vem a ser a eutanásia? Por que é tão difícil morrer, se a morte é parte integral da vida e da existência humana? Qual o papel do médico nesse processo? Existe morte digna? O direito de viver tem relação com o direito de morrer?

O presente estudo busca ainda, através dos argumentos aqui iniciados, refletir sobre os posicionamentos que cercam a vedação do tema eutanásia, mas, sem o propósito de finalizá-los, vendo este tema como uma provável etapa de humanização da morte, trazendo como premissa, que este ato seja tão complacente com a morte, quanto é com a vida.

A metodologia se baseou na pesquisa bibliográfica, através de abordagens qualitativas. Além destas, foram utilizados artigos científicos, bem como pesquisas comparativas e técnicas e de análise das doutrinas jurídicas em geral, tendo em vista compreender e interpretar, de forma ampla e conjugada, os diversos elementos envolvidos nessa temática tão complexa.

O artigo tem por objetivo discutir até que ponto a autonomia privada, com enfoque na dignidade da pessoa humana, estar relacionada com o direito à vida, e as possibilidades da eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, entende-se que este estudo é relevante por tratar-se de um assunto discutido e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

polemizado, principalmente no meio jurídico, uma vez que, o tema é de extrema seriedade para a legislação específica no ordenamento pátrio, e que desperta também o interesse de pessoas de um modo geral, sendo de grande valia para os operadores de direito, como para o fomento legislativo.

A estrutura desta pesquisa está dividida em três capítulos: O primeiro capítulo apresenta a eutanásia e outros tipos de morte, desenvolvendo sua conceituação clássica, quanto ao consentimento do paciente, e outros tipos de morte, como a distánasia, a mistánasia, a ortotanásia e o suicídio assistido, abordando a distinção existente de cada uma, para melhor compreensão do problema em questão; no segundo capítulo, foram tratados os tópicos: a vida e os direitos humanos, abordando a bioética, com seu conceito, origem e seus princípios norteadores (autonomia, beneficência, maleficência e justiça), e sua ligação com o biodireito, como ramo da ciência do direito e sua relação com a teoria, legislação e jurisprudências, os direitos humanos no Brasil e o princípio da dignidade da pessoa humana, pautado à sua natureza como princípio fundamental.

Por fim, no terceiro capítulo foi abordada a autonomia privada do paciente terminal e sua relação com o direito civil, amparado nas bases do direito constitucional, sob a ótica do Código de Ética Médica, da relação do paciente e seus familiares para com o médico e ainda, as Resoluções do Conselho Federal, e, por último, o Testamento Vital, tendo como base o respeito a autonomia do paciente e seu direito de escolha, e, ainda, sua relação com eutanásia, embasado na premissa do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, diante do direito a uma morte digna, e, finalizando, os aspectos desvendados no presente estudo.

1 EUTANÁSIA E OUTROS TIPOS DE MORTE

A eutanásia significa boa morte ou a morte apropriada, cuja finalidade é abreviar a vida do paciente que se encontra em grave sofrimento decorrente de uma doença terminal.

O termo eutanásia tem como relevância a prática da morte, tendo como base atenuar o sofrimento do paciente terminal e de seus familiares, baseado na perspectiva de sua situação de vida, tendo em vista o seu estado de saúde e o seu desejo de dar um fim ao seu sofrimento antecipando a morte (MARTELLI, 2011, p. 19).

É um processo que está ligado como um elo entre a vida e a morte, abrangendo somente o seu fim. Nesse sentido, a ideia base da prática da eutanásia

é que todo indivíduo tem o direito de findar a sua vida, caso esteja enfrentando dores e sofrimentos insuportáveis, tanto físico ou psíquicos.

A conceituação clássica de eutanásia é tirar a vida do ser humano por considerações "humanitárias" para a pessoa ou para a sociedade (deficientes, anciãos, enfermos incuráveis, etc.), ou seja, é um ato ou omissão que tange a provocar o final de uma vida com a finalidade de aumentar a dor e sofrimento (PESSINI, 2007, p. 397).

A eutanásia não significa autodestruição ou o ato intencional de matar a si mesmo. É diferente dele, pelo fato. Para que o suicídio aconteça há a necessidade que haja interferência de outro (HINTERMEYER,2006).

A eutanásia é um tema polêmico. De um modo geral, pode ser interpretada como o ato de tirar a vida de uma pessoa ou ajudá-la a cometer suicídio, mas, por outro lado, implica numa morte suave e indolor, evitando nesse sentido, o prolongamento do sofrimento do paciente. O motivo dessa polêmica fica claro, justamente no confronto entre Pessini e Hintermeyer, acima.

A eutanásia é um dos assuntos que gera inquietação e cuidado, e esta demanda está relacionada às dúvidas relativas aos costumes e as normas, do ponto de vista moral (FERREIRA, 2018).

A discussão torna-se mais presente quando está relacionada aos direitos e garantias individuais, onde a qualidade de vida torna-se objetivos essenciais no processo de preservar uma existência digna, mediante aplicação do texto constitucional.

Não é tarefa fácil estabelecer uma classificação em relação aos tipos de eutanásia. Para tanto, a literatura propõe dividir este estudo de acordo com os motivos e os meios empregados na sua execução, bem como a pessoa que a realiza. Diante disso, a intenção de realizar eutanásia pode gerar uma ação referida como eutanásia ativa, ou também o ato deliberado de provocar a morte sem sofrimento do paciente, por fins misericordiosos.

A eutanásia ativa está ligada a uma ação e, e a passiva, a uma omissão. Por sua vez, quanto ao consentimento do paciente, tem-se a eutanásia voluntária, que é um ato provocado atendendo a vontade do paciente, e a eutanásia involuntária, quando a morte é provocada contra a vontade do paciente, e a eutanásia não voluntária, quando a morte é provocada sem que o paciente tivesse manifestado sua posição em relação a ela. (HORTA, 2009).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Desses três tipos de eutanásia, tem-se que a voluntária é moralmente preferível. Assim, entende-se que o consentimento é sempre necessário para que eutanásia seja moralmente permissível (HOLLAND. 2008. p.120).

Com a definição do conceito de eutanásia, passa-se a analisar o fenômeno da distanásia.

1.1 Distanásia

É uma atitude contrária, ou seja, é o prolongamento da vida por meios de artifícios que ferem frontalmente o direito de morrer dignamente. Essa atitude contrária quer dizer que, o médico, visando salvar a vida do paciente terminal, submete-o a um grande sofrimento, porque na verdade, com esta conduta, não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer, quando não há mais esperanças de reverter o quadro clínico do paciente.

A distanásia visa a preservar a vida de qualquer modo, utilizando todos os meios disponíveis na medicina, ou seja, consiste em atrasar ao máximo o momento da morte, ainda que não haja esperança de cura e que obviamente, não conseguirá afastar a inevitável morte, apenas atrasá-la em condições deploráveis para o paciente.

Nas palavras de Pessini (2007), a distanásia vem do prefixo grego *"dis",* teria o sentido de "deformação do processo de morte", de prolongamento e de dificuldades.

Ferreira (2019) destaca que a distanásia está associada a um processo insistente e fútil, por se tratar de uma atitude médica, que, visando salvar a vida do paciente terminal, o submete a uma grande dor, quando não há mais esperança de reverter o quadro clinico, tornando a morte iminente.

Na luta pela vida, em circunstâncias de morte iminente e inevitável, a utilização de todo um arsenal tecnológico disponível, sem critérios éticos, traduz-se em obstinação terapêutica que facilmente nega a dimensão da finitude e da mortalidade humanas (PESSINI, 2004, p.389).

Nesse sentido, pelo fato de a distanásia proporcionar sofrimento e por ser uma modalidade que causa dor ao paciente, percebe-se, nessa premissa que a mistanásia não foge à regra, pois a mesma lida com vida do paciente da forma mais cruel possível.

1.2 Mistanásia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Como eutanásia social, a mistanásia é a forma mais genuína de eutanásia, que infelizmente, é vista diariamente dentro de hospitais, clínicas, posto de saúde e demais recintos relacionados à área de saúde, que pode levar pacientes à morte devido a erro médico, má pratica profissional e falta de assistência do Estado.

De acordo com Ricci (2017, s.p.), mistanásia significa "na literatura bioética, até recentemente, para se falar de morte social, causada pela pobreza, violência e desigualdade utilizava-se o termo ' eutanásia social'".

Não existe a "boa morte" e sim a morte associada à falta de assistência, de pessoas deixadas à própria sorte e esta estatística está ligada aos doentes em hospitais com corredores lotados, pacientes moribundos e abandonados à própria sorte pelo Estado, tendo que passar por uma via crucies visando receber atendimento ou medicamentos necessários à sua saúde, em vista disso, passando por tratamento nada digno lhes ofertado pelo Estado (RICCI, 2017).

O direito à vida é garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu art. 5º, caput, além ser referenciado em artigos esparsos, entre os quais podem ser citados: o artigo 227 e o artigo 230, ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana, ao menos em tese, e garantido pelos direitos fundamentais, no artigo 5º, da Constituição Federal/1988, onde a vida que é vital a todos os demais, ou seja, à liberdade, à igualdade, à saúde, à integridade física, à educação, à moradia, dentre outros.

Segundo Dos Santos Júnior, Da Silva e Zaganelli (2018, s.p) "os efeitos erradicados pela falha na aplicação das políticas públicas na Constituição Federal criam como consequências o fenômeno da mistanásia". A legislação brasileira garante direitos sociais para todo cidadão e, para que esses direitos sejam assegurados, são necessárias políticas públicas consistentes. Entretanto, há uma grande dificuldade de implementação dessas políticas no país.

A ortotanásia, por exemplo, é o oposto da mistanásia, como verifica-se a seguir.

1.3 Ortotanásia

É a morte no seu tempo certo, tendo como base a forma menos sofrível possível e de forma natural, ou seja, a ortotánasia nada mais é que um procedimento de omissão perante o enfermo, com a retirada dos equipamentos que sustentam sua vida, levando-o ao óbito. Assim, o médico deixa de fornecer tratamento que prolongue artificialmente a vida do paciente em estado terminal. Esta definição encontra respaldo na Resolução do Conselho Federal de Medicina

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

(2006), em seu artigo 1º, que aduz que "é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, em fase terminal de enfermidade grave e incurável, respeitando a vontade da pessoa ou de seu representante legal".

Santana (2014, p. 27) afirma que "a ortotanásia exercida por uma equipe multidisciplinar, visa acolher, escutar, cuidar e ajudar neste processo de morte".

Com relação à eutanásia, a distinção é que a ortotanásia não retira nem encurta a vida do paciente, nem prolonga a vida excessivamente do doente terminal, onde a pessoa não é imposta em tratamento longo e sofrido, que não lhe trará nenhum benefício.

Assim, legalmente, somente o médico pode promover a ortotanásia, porque somente ele pode suspender os tratamentos extraordinários que apenas trariam mais desconforto e sofrimento ao doente, sem melhorias práticas.

Logo após, uma outra forma de morte é o suicídio perpetrado com a ajuda de outra pessoa, o suicídio medicamente assistido.

1.4 Suicídio Assistido

A morte assistida se refere a algumas maneiras de interromper a vida de uma pessoa

que tenha uma doença terminal reconhecida, onde o profissional de saúde realiza o procedimento.

Segundo Martinez e Bersot (2016, p. 291), "no suicídio assistido, quem requer e retira a própria vida é o paciente terminal, após requisitar conscientemente o auxílio de terceiro (médico), que faz a avaliação do sofrimento causado por ele". O paciente quando requisita ao médico o fim de seu sofrimento, esta morte assistida só acontece após este pedido ser feito conscientemente e após avaliação desse médico responsável pelo doente terminal.

A consciência do paciente é fundamental nessa hora, porque ele precisa estar ciente, de tudo que vai acontecer com ele, e depois de executado o ato final não há mais o que ser feito, a não ser esperar o resultado final morte. O suicídio assistido, que cada vez mais ganha adeptos e se expande ao redor do mundo, é uma ação parcialmente criminalizada em nosso ordenamento jurídico vigente, mesmo diante do atual cenário de ampliação da liberdade individual.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em países como a Holanda, e alguns Estados dos Estados Unidos, como a Califórnia, Colorado, Montana, Oregon, Washington e Vermont, a prática do suicídio assistido é legalizada. No Brasil não existem leis específicas sobre o assunto. Ademais, o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 122, tipifica o crime de induzimento ou instigação ao suicídio ao prevê que "induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxilio para que o faça". A pena é de dois a seis anos, em caso de consumação do suicídio; e de um a três anos quando, da tentativa do suicídio resultar de lesão corporal grave.

2 A VIDA E OS DIREITOS HUMANOS

A vida é um conceito muito amplo e admite diversas definições. Segundo Araújo (2019, p.198) "A teoria mais discutida tanto no âmbito científico como popular, é a origem da vida após a concepção, nidação e nascimento".

Pela teoria encefálica, somente se tem vida quando se tem atividade cerebral, pela razão de que é impossível a manutenção da vida, sem o cérebro; conforme a teoria da fecundação a existência da vida começa desde o momento da concepção, ou seja, a partir do momento do encontro da união do material genético dos pais; pela teoria da nidação, a vida existe a partir do momento em que o zigoto acondiciona-se ao útero, quando o ovulo é fecundado, realizando a divisão celular que dará início ao ser humano completo, e por fim, a teoria do nascimento, tradicionalmente adotada no Brasil, que determina a existência de vida a partir do nascimento com vida caracterizada pela primeira respiração a saber se a criança nasceu com vida ou sem vida.

2.1 Bioética: conceito e origem

A bioética fundamenta-se na exposição entre moral e ciências da vida, tem responsabilidade por relacionar paradigmas éticos e projetar marcos para a ciência, com o propósito de proteger a vida. Ela permite as pessoas considerarem como ciência e medicina a ação de interpor e como podem infringir a dignidade humana (ALESSIO, 2018).

Neste sentido, por envolver questões referentes à questão humana, a bioética acaba por envolver uma série de outras áreas, como a biologia, ecologia, antropologia, direito, teologia, sociologia, psicologia e outras, conforme seus valores e conhecimentos, respeitando, nessa seara, a vontade e o direito de cada indivíduo.

A busca de uma analogia ou equilíbrio estabelece uma relação entre duas ou mais coisas, relacionado à saúde e o corpo, dando origem a bioética, essa busca

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

fica latente quando ao lado de cada leito de hospitais, em relação as decisões tomadas a respeito de suas vidas, observam que essas escolhas de certa forma mexem com esse processo chamado etapas da vida (NILO; DA SILVA, 2019).

Esta ciência visa defender a dignidade do ser humano e de sua qualidade de vida, buscando evitar abusos por parte dos profissionais ou condutores, pois, esses dilemas morais são encontrados diariamente pelos profissionais da saúde.

Outro fato que contribuiu para o surgimento da bioética para que fosse definido para o campo disciplinar foram as denúncias cada vez mais frequentes, relacionadas às pesquisas científicas com seres humanos, um tema fortemente impulsionado pela história de atrocidades cometidas por pesquisadores nos campos de concentração da segunda guerra mundial. Destaca-se que o surgimento da bioética pode ser visto, então, como a principal resposta a essas grandes mudanças (DINIZ e GUILHEM, 2017)

A origem da bioética pode ser observada, ainda, como a principal explicação na seara ética, e a responsável para que ocorra uma série de modificações ligadas ao conhecimento biológico, tudo isso, relacionam-se aos valores humanos (DINIZ e GUILHEM, 2017)

2.1.1 Princípios Bioéticos

Os princípios estão relacionados ao começo ou início de algo formando um conjunto de normas ou padrões de condutas seguidos de abordagens para solução de um problema.

A bioética está pautada em quatros princípios básicos: o princípio da autonomia aduz que o profissional de saúde respeite a vontade do paciente, juntamente com suas crenças religiosas e seus valores morais; o princípio da beneficência significa que o paciente deve esperar apoio total do médico e dos demais profissionais de saúde, prevendo o bem do paciente. Já o princípio da não maleficência vem da ética e profissional médica, de não prejudicar o paciente e assim evitar o risco intencional. E finalmente o princípio da justiça que busca a imparcialidade dos danos e trazendo os benefícios relacionados a pratica medica dos profissionais que a exercem (DE ARAÚJO; DE ARAUJO, 2018).

2.2 Biodireito

Quando se fala em Biodireito imediatamente deve se conceber a ciência do Direito voltada para questões relacionadas à vida e a medicina juntas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> O biodireito é o ramo da Ciência do Direito, cujo objetivo é estudar e regulamentar os eventos e evoluções dentro da medicina e da biotecnologia, que desencadeiam uma inovação à vida dos seres humanos, gerando novas visões e tratamentos, bem como novas perspectivas para a vida e a morte. (AUGUSTO E DE CASTRO FRANÇA, 2019, p.146).

A partir dessa definição conclui-se que a Bioética advém da ética geral, e utiliza-se de vários ramos ligados aos valores, conhecimento, vontade e direito, enquanto o biodireito está relacionado com a teoria, legislação e jurisprudência referentes as normas que regulam a conduta humana em consonância aos avanços da Medicina e da Biotecnologia.

O Biodireito como ramo da Ciência do Direito, inspirado pela Bioética, trata de defender e proteger questões relacionadas à eticidade das atividades médico-científicos, com o intuito de procurar novas visões e tratamentos, muitas vezes por virem atreladas a polêmicas, onde a sociedade encontra dificuldade em entender, ou por acharem tratar-se de dogmas ou tabus, como por exemplo, assuntos relacionados a morte digna como (eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido, bem como aborto, transplantes, reprodução humana e outros. É por essa razão que o biodireito é relevante ao direito, exatamente por se envolver em assuntos atuais relativos a biotecnologia e a medicina, envolvendo alterações, em razão de evoluções constantes (AUGUSTO; DE CASTRO FRANÇA, 2019).

Ademais, o biodireito vinculado de forma profunda a bioética, surge a partir da necessidade desses estudos, objetivando leis que atrelem às condutas humanas decorrentes do crescimento técnicos-científicos, buscando nessa seara resguardar os direitos fundamentais dos indivíduos, além dos princípios essências para a concepção de uma vida digna.

Coube a Constituição Brasileira a formulação de alguns princípios e normas essenciais conectados ao biodireito, como a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), a não submissão de qualquer um a tratamentos degradantes (artigo 5º, III), a promoção da saúde como direito de todos e dever do Estado (artigo 196), dentre outros.

O princípio da dignidade da pessoa humana possui forte ligação com os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais, devido aos impactos no plano internacional e nacional. A dignidade é um valor moral incorporado no direito, e, portanto, se transforma em um princípio constitucional originando uma fonte da qual prófuga os direitos fundamentais. Para o desempenho do direito à vida, busca-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

se o mínimo de dignidade, em relação a integridade física e psíco, ao corpo, a honra, a imagem, a intimidade, a privacidade e a proibição a todo e qualquer processo degradante e desumano no indivíduo. Todas elas acolhidas não só pela Carta Maior Brasileira, como também em tratados internacionais.

Segundo Sarlet (2018), "outro aspecto de fundamental importância no que concerne aos direitos fundamentais em nossa Carta Magna diz respeito ao fato de ela ter precedido de período marcado por forte autoritarismo, como a ditadura militar que vigora por mais de 21 anos".

Neste sentido a Constituição Federal tem como competência garantir e vedar qualquer questão que possa afetar diretamente o biodireito, e nessa relação de normas e princípios a Carta Magna também estipula em suas leis os tratados ratificados pelo Brasil, tendo como um dos mais importantes o Pacto de Costa Rica.

2.3 Direitos Humanos

Falar de Direitos Humanos é formular a base de garantia de uma vida digna a todos, onde essa garantia está ligada à pessoa pelo simples fato de existir, por tanto é afirmar que o conjunto de garantias e valores universais, interligados aos direitos e liberdades básicas, tendo como objetivo indispensável garantir a dignidade, o direito à vida, a liberdade de expressão, de união e de religião, direito à educação, ao trabalho e à saúde.

Os Direitos Humanos podem ser mostrados através de uma linha do tempo que começa no ano de 1250 A.C no Egito, passando na China do século IV, seguindo para Roma do ano de 450, continuando em outros países, inclusive no Brasil de 1850 com a promulgação a Lei de Extinção do tráfico de negros no Brasil, chamada Lei Eusébio de Queiroz.

Os Direitos Humanos são garantias históricas, que mudam ao longo do tempo, adaptando-se ás necessidades específicas de cada momento, onde esse direito era advindo de princípios de garantia de proteção aos direitos básicos do indivíduo já apareciam em algumas situações ao longo da história. Assinada em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no qual é formado por trinta artigos que tratam dos direitos inalienáveis que devem garantir a liberdade, a justiça e a paz mundial.

Entre os diversos direitos garantidos pela Declaração Universal estão direito a não ser escravizados (Art.4), de ser tratado com igualdade perante as leis (Art.7 e 8), direito à livre expressão política e religiosa e da participação política, e ainda que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

não tenha força de lei, a Declaração Universal serve como base para a Constituição e tratados internacionais.

2.3.1 Direitos Humanos no Brasil

No Estado Nacional, pode-se observar o papel de cada poder do Estado, através do ordenamento jurídico. No Brasil, o Poder Executivo tem o papel de promover as políticas públicas de proteção e garantia dos direitos humanos, por meio da inovação no ordenamento jurídico, ou seja, por meio das leis. O Poder Legislativo fiscaliza as ações do Executivo e ainda de editar medidas legislativas assecuratórias dos direitos do cidadão. Já o Poder Judiciário possui o papel de fazer cumprir a lei e restabelecer o estado e o direito quando uma ordem é violada. Nesse sentido, todos os poderes atuando de forma integrada.

Os Direitos Humanos são remotos, alteram no decorrer do tempo, de acordo com as exigências, conjuntura e peculiaridades de cada momento. A noção de direitos humanos como percebemos atualmente é contemporâneo, porém, tem antecedentes históricos transmitidos sob o esteio do pensamento liberal moderno. Anterior aos documentos que conhecemos hoje, pode-se citar a Carta magna, de 1921, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1787, a primeira que definia o poder dos soberanos ingleses e o seguindo, que exercia a igualdade jurídica dos homens durante o processo da Revolução Francesa (MARTIN; OLIVEIRA, 2019).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, tem por obrigação principal contribuir para a criação da paz por meio de cooperação entre as nações visando fortalecer o respeito Universal à justiça o estado de direito e a garantia dos direitos humanos e liberdades fundamentais constitucionalmente previstos. A Declaração define os direitos básicos do ser humano, respeitando todos os cidadãos do mundo, respeitando sua nacionalidade, cor, sexo, raça, orientação sexual, política e religião.

O documento é a pirâmide do combate geral contra a opressão e a segregação, protege a igualdade e a dignidades das pessoas e confere que todos tenham direitos e liberdades essências, e que esses direitos humanos devem abranger a cada cidadão do mundo (FREIRE; SIERRA; BATALHA, 2019),

Hoje, com 71 aos após o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os avanços civilizatórios são relevantes, apesar de irregulares, precisam de batalhas para se manterem e serem vencidos diariamente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Direitos Humanos são um conjunto de dois fatores, sem os quais não teriam se desenvolvido a contento: o capitalismo e o estado de Direito. Os dois misturados criaram elementos de grandes estímulos ao avanço dos direitos humanos à frente do que são hoje. Estruturalmente, e de certa maneira, ou seja, de forma contrária, pode-se confirmar que esses direitos estão relacionados aos juristas, aos relatos, de decisões e recursos do que de obstáculos, posições e reclamações para seu êxito (VIEIRA, 2019).

O capital (Economia) e o Estado (Direito), têm uma relação complementar, determinada, necessária, mas contraditória, oposta, ou seja, ambas constituem a duas faces da mesma moeda, como dois eixos expansivos, mais ao final sempre movidos em direções oblíquas. Apesar de complexa a progressão dos Direitos Humanos hoje, originaram na base do diálogo do que pela guerra.

Não há dúvida que o embate, a resistência e a grande contribuição na seara dos direitos humanos contribuíram em avanços no tocante de sair do estado primitivo extremamente importantes, ainda que tenha muitos dissonantes, que necessitam de combates diários se sustentar e serem vencidos (FREIRE; SIERRA; BATALHA, 2019).

A Declaração é universal, o que significa que deve ser cumprida, sendo a ONU- Organização da Nações Unidas, com regulamento e órgão de direção própria, responsável por assegurar a paz e o respeito pelos direitos humanos universais e isso inclui o direito à vida e a liberdade, à liberdade de opinião e de expressão, todos os direitos inerentes e sem discriminação. Os direitos humanos são garantidos legalmente pela lei, visando proteger indivíduos e grupos contra ações que interferem nas liberdades fundamentais e na dignidade humana.

2.4 Princípio da Dignidade da pessoa humana

O conceito de dignidade da pessoa humana esta pautado à natureza humana, pois nasce com a vida, e está diretamente ligada a ela desde sempre, consolidando como a essência do ser humano, traduzido como princípio fundamental, que ilumina e norteia todo o ordenamento jurídico, por essa razão deve ser protegido.

Desde Antiguidade Clássica até as discussões travadas no mundo contemporâneo, o direito e a justiça são termos que costumam está profundamente associados, isso porque, entre os diversos anseios fundamentais do ser humano, destaca-se a busca incessante deste pelo justo, seja na orientação das condutas individuais, seja na organização coletiva em sociedade.

A justiça pode vir de várias formas, está vinculada a legalidade e a igualdade: pode vir em sentido restrito, quando o justo cumpre a lei ou o sentido universal, quando o justo realiza a igualdade, buscando o direito de todos os indivíduos. Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana está inserido na Carta Magna Brasileira em seu artigo 1º, III, no título I- " dos princípios fundamentais", como fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa Brasileira.

O princípio da dignidade da pessoa humana, é, portanto, uma norma essencial atrelada à Constituição Brasileira, que reconhece lógica na norma jurídica e oferece ao tradutor uma vasta relação diante do julgamento e benefícios da lei (BAHIA; ABUJAMRA, 2019).

Toda pessoa é digna e isso confere a dignidade por ser pressuposto dessa condição, e, como tal, quem qualifica a pessoa, inserindo em patamar acima de qualquer indagação, é a Dignidade, e por esta razão, mesmo que o indivíduo, de alguma forma venha a sofrer qualquer trauma, seja ele pessoal, ou em estados de supressão, ainda assim não se poderá falar em exclusão. A pessoa humana já nasce com integridade física e psíquica e esses aspectos tem que ser respeitados, e isso envolve o pensamento, ações e comportamento, onde está embasado o respeito à sua liberdade, intimidade, imagem e consciência.

É notório que o princípio da dignidade da pessoa humana estabelece como princípio fundamental, servindo como égide, norteando e conduzindo os demais que buscam a legalidade, sendo ainda, reconhecido no ordenamento jurídico que se identifica Estado Democrático de Direito. Neste sentido, não pode ser considerado relativo, mas sim de caráter absoluto (SANTOS; BRITO, 2019).

Nenhum princípio é mais valioso para sintetizar a Constituição que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, disponibilizando um campo de integridade moral a ser defendida a qualquer pessoa, simplesmente pelo fato de esta existir no mundo.

A dignidade da pessoa humana sai da seara da abstração e se consolida na esfera de sua legítima concretude, marcando presença nas práticas e atuações de cada ser humano, portanto, pode receber se tornando alvo de violações constantes, absolutamente identificável no dia a dia da sociedade moderna. (SANTOS; BRITO, 2019).

3 AUTONOMIA PRIVADA DO PACIENTE TERMINAL SOB A ÓTICA DO CÓDIGO DE ÉTICA E DO TESTAMENTO VITAL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A autonomia privada é a liberdade que as pessoas possuem de tomar suas próprias decisões. É a capacidade de escolher, de se auto impor normas. Decidindo sobre a sua vida, a sujeição, ou não, a qualquer tratamento, seja ele curável ou não, por exemplo.

O princípio da autonomia privada é um dos princípios basilares do Direito Civil, e também, possui fundamento constitucional, vinculando-se ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da CF 1988.

Ademais, a autonomia privada, em sendo considerada como dogma civilista, é tida como um dos princípios normativo-jurídicos, abrangendo aspectos psicológicos, filosóficos, éticos e jurídico da vontade, fundamentos estes, ligados ao Direito Civil, em especial, aos direitos das pessoas.

Os direitos da personalidade, por sua vez, ligados à autonomia privada, a Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Civil, são gerais, intransmissíveis, indisponíveis e vitalícios, extinguindo-se com a morte do titular, tendo como característica essencial a indisponibilidade, ou seja, a impossibilidade de o sujeito determinar o destino de seus direitos subjetivos, e essas regras serão utilizadas conforme os ditames da autonomia privada.

Quando um paciente opta por não se submeter a determinado procedimento paliativo, somente pela tentativa de prolongar a vida, o mesmo está exercendo o seu direito de morrer com dignidade é um dos principais argumentos utilizados para promover a legislação da eutanásia.

Ora, mesmo a inviolabilidade do direito à vida sendo protegido pelos Direitos Humanos e a Constituição Federal como bem maior, nem sempre irá prevalecer quando acontecer em conflito com outros bens, também protegidos constitucionalmente. Como mencionado, vale ressaltar algumas exceções à regra da não inviolabilidade do direito à vida estes expressos na legislação pátria: o aborto terapêutico e o aborto humanitário, a pena de morte em caso de guerra declarada pelo Presidente da República, quando houver agressão estrangeira, aliás, também, do fato da legislação penal considerar lícita a conduta de matar alguém em legítima defesa em decorrência do estado de necessidade. Portanto, a vida não se resume apenas ao mero direito de sobrevivência física, mas ao direito de se viver dignamente, de modo que se deve pensar também no direito de uma morte digna.

Tal princípio identifica que o ser humano é cidadão soberano e livre, que, com lucidez, possui livre arbítrio para estabelecer indagações relevantes acerca da sua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

existência ou de qualquer laço particular ou familiar em estado terminal (VIANA, 2018).

Diante de uma doença fatal, a relação médico e paciente terminal, deve ser sempre baseada numa relação de confiança, tendo o primeiro o dever de garantir ao segundo, enquanto houver possibilidades, de tratá-lo nas melhores condições possíveis.

Para tanto, o Código de Ética Médica, trata da relação do paciente e seus familiares para com o médico no seu Capítulo V, dos artigos: 31 ao 42. Já a Resolução n. 1805/2006 prevê a possibilidade de limitação do tratamento que unicamente prolonga artificialmente a vida do paciente terminal, quando esse ou seu representante legal consentir (artigo 1º). Por sua vez, na Resolução n. 1995/2012, o Conselho Federal de Medicina aponta como relevantes a inexistência de legislação acerca das diretivas antecipadas de vontade no país, bem como o respeito à autonomia do doente terminal no âmbito da relação paciente-médico.

Segundo De Azeredo Orselli; Rosa (2019, p. 419) "por meio desses dispositivos, a Resolução reconhece a importância do respeito pela autonomia do paciente terminal, cabendo ao médico prestar todas as informações necessárias para que aquele decida".

O Código de Ética Médica prevê em seu primeiro capítulo, com base nos princípios fundamentais, no seu item VI: "que guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício, e jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral".

É certo que, se o ser humano está pronto para viver, há uma lógica que deveria estar pronto para morrer. É bem verdade, que durante toda a vida buscamos o livre arbítrio sobre as escolhas que fazemos, também poderíamos ter antes de morrer.

Alguns tipos de câncer, Alzheimer, esclerose múltipla ou quaisquer outras doenças degenerativas ou progressivas, são casos de termalidade que abrange um processo lento. O AVC (Acidente Vascular Cerebral), ou então uma queda, acidente de veículo automotivo, que podem levar a sequelas, como perda da consciência ou a falta de movimentos em alguma parte do corpo, por exemplo, são casos, que acontecem sem aviso e sem preparação por parte da vítima.

Diante desse quadro, quando não mais possível advir a cura ou prolongar a vida desse paciente, só resta os cuidados paliativos com o propósito de controlar a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

dor física, psicológica e espiritual desse paciente, abrindo uma brecha para o testamento vital.

Segundo Lippmann (2016, p. 17) " o testamento vital é uma declaração escrita da vontade de um paciente quanto aos tratamentos aos quais ele não deseja ser submetido caso esteja impossibilitado de se manifestar".

A base legal do testamento vital é o respeito à autonomia do paciente e seu direito de escolha a respeito dos métodos hospitalares que degredem sua dignidade material e sua vitalidade. (LIPMANN, 2016).

Como alicerce legal, esses direitos estão elencados no artigo 15 do Código Civil: "Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica". Como também nos artigos 22 ao 24 do Novo Código de Ética.

A égide legal do testamento vital é a autonomia da vontade, abrangendo a livre escolha do paciente e sua dignidade humana, mostrando que seus anseios sejam documentados e manifestados de forma consciente e esclarecido através do testamento vital, que registra o tratamento que o paciente deseja receber quando sua vida estiver a caminho de findar.

A garantia do testamento vital é que quem o escreve, adquire o direito de decisão sobre o seu fim. Os profissionais de saúde são treinados para cuidar e salvar os pacientes, não medindo esforços. Muitas vezes essas tentativas, poderão condenar o paciente a uma morte lenta e sofrida, pelo fato de que o médico, em sua vontade de salvar, não pensa na qualidade de vida desse paciente, se ele estiver inconsciente, podendo ser evitado pelo testamento vital.

A autonomia da vontade é entendida como um caminho que o indivíduo cria para si, relacionado a dignidade da pessoa humana, uma vez que é exigência natural do ser humano escolher, deliberar e decidir, sem a influência de terceiros. Decidir pelo querer, escolher pelos preceitos e suas crenças e deliberar de acordo com suas vontades e opções (MENDES,2019).

Um dos enormes sofrimentos e causa de conflitos familiares, quando se tem um ente querido em estado terminal, é a indagação, de como, de como investir no tratamento, qual seria a vontade desse paciente, qual o sentimento (LIPPMANN, 2016). Daí a importância de fazer uma declaração escrita no momento que está

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

saudável, garante a família a tomada de decisão, porque enseja realmente o desejo daquele que não tem mais consciência de se expressar.

Assim, o testamento vital é o desejo, a vontade do paciente, que declara que essa vontade deve ser levada em consideração, que a decisão tomada, no caso de uma doença incurável, que através dessa declaração, ele decidiu o seu fim. E o corpo médico, poderá cumprir, tanto pela ética, como pela norma o seu desejo (LIPPMANN, 2016).

O Testamento Vital é uma das faces modernizadoras do direito contemporâneo que tende a balizar-se por princípios garantidores das vontades individuais e das condições de dignidade da pessoa humana. Apesar da lacuna legal, a utilização de tal instituto já é uma realidade na sociedade brasileira e a tendência, com o avanço das informações sobre o assunto, é que o testamento vital e outras formas de consideração das vontades individuais, venham a ser utilizadas e aprimoradas, cada vez mais na sociedade, justamente por envolver vida e morte.

3.1 O Testamento vital à luz de um caso concreto

Uma ação que tramitou na 3ª Vara Cível da Comarca de Viamão, Rio Grande do Sul, foi proposta pelo Ministério Público, em que a vontade do paciente era postulada, com o intuito de que fosse realizada a amputação de seu pé, que já se encontrava em avançando estágio de necrose. Em 2013, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgou essa decisão, reconhecendo pela vontade do paciente, a partir do seu testamento vital, pelo desejo de não se submeter ao procedimento cirúrgico. Não houve interferência do Estado, com fundamento de que o paciente era capacitado como pessoa e a doença era antiga, julgando a sentença indeferida, ou seja, indeferiu o pedido de alvará judicial.

Diante dessa decisão, o MP interpôs recurso de Apelação Cível, nº 70054988266, distribuída para a Primeira Câmara Cível, do TJRS, sob o argumento de que o paciente corria risco de morte, se não submetido à cirurgia, argumentou, ainda, nesse sentido, que o paciente não possuía condições psíquicas de recusar o procedimento médico, tendo como base a Constituição Federal, onde o direito à vida é indisponível e inviolável.

Em seu voto, o Relator, Desembargador Irineu Mariani, entendeu que o biodireito, na ligação com a ortotanásia, tem como relevância a morte no seu devido tempo, seria um processo natural, não devendo, portanto, utilizar de meios artificiais para prolongamento da vida e que a relação direito vida X morte, deve ser atrelado ao Princípio da Dignidade Humana. Destacou os requisitos para a manifestação do paciente, fazendo referência à Resolução 1995/12 do Conselho

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Federal de Medicina, reconhecendo neste caso concreto a escolha do paciente, logo, o testamento vital. Com o voto do Desembargador relator, julgando como improvida a sentença, os demais julgadores a acompanharam a mesma decisão. Desprovida, portanto, por unanimidade a citada Apelação.

> **Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA A SAÚDE. BIODIREITO. **ORTOTANÁSIA**. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da **ortotanásia**, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida. (Apelação Cível, Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em: 20-11-2013). Assunto: INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. CIRUGIA. REALIZAÇÃO. PACIENTE. OBRIGATORIEDADE. INEXISTÊNCIA. AMPUTAÇÃO. ****** NOTICIAS INFORMATIVO ELETRÔNICO: BIODIREITO: MESMO SOB RISCO DE VIDA, PACIENTE NÃO É OBRIGADO A PASSAR POR CIRURGIA. Referência legislativa: CC-15 DE 2002 CF-5 DE

1988 CF-2 INC-III DE 1988 RESOLUÇÃO N.1995 DE 2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA **Assunto:** INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. CIRUGIA. REALIZAÇÃO. PACIENTE. OBRIGATORIEDADE. INEXISTÊNCIA. AMPUTAÇÃO. ****** NOTICIAS INFORMATIVO ELETRÔNICO: BIODIREITO: MESMO SOB RISCO DE VIDA, PACIENTE NÃO É OBRIGADO A PASSAR POR CIRURGIA.

A ementa citada acima aduz que, separando-se do caso concreto, em que coloca a vida em um patamar, e do outro lado, o paciente luta pela cessação de um sofrimento, seu desejo deve ser respeitado. O caso em si é vigente, relevante e objetivo, portanto, a decisão, colocando de lado o raciocínio obsoleto, antiquado, enaltece a autonomia e a dignidade do paciente.

A dignidade é um fator da essência humana, que deve ser respeitada, possui um valor interno, superior a qualquer valor, que não admite qualquer substituição equivalente. A dignidade não é uma criação constitucional, mas, sim uma condição preexistente, tal como o próprio ser humano. Ela é o respeito por parte do Estado e dos particulares, dependente da proteção dos direitos e garantias fundamentais, inato a qualquer indivíduo.

A liberdade de decidir sobre a própria morte, ou seja, de optar pelo limite da tolerabilidade do tormento físico e mental, constitui uma das últimas e fundamentais conquistas que a sociedade deve proporcionar a seus doentes. O respeito pela dignidade do sofrimento de cada um deve ser soberano sobre todos os temores morais, que existe na sociedade brasileira, quanto a permissão de escolher como morrer.

De acordo com artigos 11 e 15 do Código Civil Brasileiro, tendo em vista o julgado citado acima, é certo que a vontade do paciente deve prevalecer acima de qualquer outra, vez que ele possui a prerrogativa de decidir o melhor tratamento ou procedimento que o convém, desde que o mesmo seja lícito, neste sentido, ainda é possível proceder com a admissibilidade das diretivas antecipadas de vontade pelo testamento vital devido a interpretação do Artigo 1º, Inciso III da Constituição Federal Brasileira, que introduz a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro.

Também se considera a interpretação dos já mencionados Incisos II e III do Artigo 5º da Carta Magna, garantindo o direito à vida, liberdade, autonomia da vontade e proibição a tratamentos desumanos e degradantes, que asseguram os direitos de personalidade e a garantia de não se submeter a tratamentos médicos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

indesejáveis, além das já citadas resoluções do CFM sobre Ortotanásia e diretivas antecipadas de vontade.

O testamento vital simboliza um caminho que o doente terminal necessita para coordenar um momento delicado e único, qual seja a morte, existente em nossas vidas desde o momento em que nascemos, tratando de uma angústia tipicamente humana e natural. A morte faz parte da vida e representa o fim de um ciclo.

Dessa forma, cada indivíduo tem seu próprio discernimento ao que é adaptável com suas possibilidades, com base em suas crenças, religiosidade ou não, constitui seu conhecimento de vida. A morte é inevitável, e a busca por uma vida digna envolve também uma morte digna.

5 CONCLUSÃO

O direito à vida é garantido pela Carta Magna, de 1998, diante disso, o fato de antecipar a morte de um indivíduo por compaixão, sabendo que este sofrerá de dor insuportável, e, ainda, sabendo que o fim da vida está próximo e não há mais nada a fazer, é um motivo que a sociedade e o direito em geral encontraram como forma de se apegar, por conta desse direito não ser tratado de forma absoluta. Existem exceções em que a vida pode ser posta de lado, partindo dessas premissas, dessas exceções, é possível chegar à conclusão de que o ser humano deve e pode ter o direito de decidir sobre sua vida e sua morte, por meio de sua dignidade pessoal.

Não existe no Brasil uma lei que comporte a eutanásia, apesar dos casos em que, de certa forma está prática acontece. Todavia, é reconhecido que a ortotanásia é uma prática lícita e protegida pela bioética, e pela Constituição Federal, quando o paciente estiver na eminência de uma morte súbita e inevitável, desse modo, a perspectiva inútil de prorrogar essa vida, restando ao médico proporcionar os devidos cuidados paliativos para que ele tenha uma morte digna. Com fulcro no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e ao Princípio da Autonomia da Vontade, associados aos Direitos Humanos, e, diante da possibilidade de assegurar os últimos desejos do paciente terminal, optando pela escolha, no que tange aos tratamentos que deseja ou não ser submetido, esse desejo pode ser viável pela forma de uma declaração antecipada de vontade, que tem como base um documento escrito, pelo qual o paciente determina qual tipo de tratamento deseja ou recusa, numa situação futura, em que possa ser acometido de uma doença terminal, por exemplo, que impossibilite de manifestar plenamente sua vontade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De acordo com a autonomia da vontade, baseada na liberdade que as pessoas possuem de tomar suas próprias decisões, o não desejo de submeter-se a qualquer tratamento que prolongue sua vida, é natural esta opção, logo ele está exercitando seu direito de morrer com dignidade, com respaldo na relação médico e paciente, pautado na confiança, portanto, enquanto houver possibilidades, o médico tem o dever de tratá-los nas melhores condições possíveis. A Resolução 1805/06 e 1995/12 preveem a limitação de tratamento que unicamente prolonga artificialmente a vida do paciente terminal, e o Conselho Federal de Medicina aponta como relevantes a inexistência de legislação acerca das diretivas antecipadas de vontade do país, bem como o respeito a autonomia do doente terminal, ressaltando que o Código de ética Médica guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício.

É correto afirmar que o Estado tem o dever de preservar a vida, e que a liberdade e o direito à vida são essenciais ao ser humano, protegidos constitucionalmente, no entanto, impor que um paciente terminal seja mantido vivo, insurge no conflito do direito à liberdade, trazendo à tona que prolongar tratamentos irreversíveis é um atentado à vida, ferindo o paciente em sua autonomia e dignidade. Defender o direito de morrer de um doente terminal é reconhecer sua liberdade, concluindo que o direito à vida não é um dever e sim uma garantia, que vem atrelado a todas as pessoas no momento em que nascem.

A partir dos resultados obtidos, através de pesquisas encontradas para tal artigo, observa-se que a importância do debate a respeito da prática da eutanásia, não só no Brasil, como em outros países, concluindo que, a Resolução 1805/06 e 1995/12, do Conselho Federal de Medicina, marca como início ou abertura dos debates a respeito da aceitação da ortotanásia no ornamento jurídico brasileiro, visto que, este tema, não sendo o tema em pauta, norteia para caminhos de resolução corretas.

Portanto, é possível a aceitação da ortotanásia e sua respectiva previsão legal na norma jurídica, assim como, a isenção de culpa por quem pratica e a opção de livre escolha do paciente em optar pela sua realização, juntamente com a utilização do testamento vital, já previsto em lei, tornando-se um grande aliado, caso venha a ser legalizado e positivado no ordenamento jurídico brasileiro.

A defesa dessa ideia leva a uma modernização na norma jurídica brasileira, através da aceitação da prática da ortotanásia e da instituição, e utilização do testamento vital a seu favor, levando a possibilidade de abrir novas fronteiras, para quem sabe, a próxima etapa, a eutanásia, venha atingir o objetivo de vários pacientes terminais a ter uma morte digna.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS

ALÉSSIO, Caroline Valéria Ananias. Bioética na obra "A Ilha". Etic-Encontro de Iniciação Científica-ISSN 21-76-8498, 2018, 14.14.

ARAÚJO, Gleiton Lima et al. Início da vida: uma visão multidisciplinar pautada na Bioética. Comunicação em Ciências da Saúde, v. 29, n. 03, 2019.

AUGUSTO, Débora Torres; DE CASTRO FRANÇA, Loreanne Manuella. Biodireito. Revista Jurídica da UniFil, v. 15, n. 15, p. 145-154, 2019.

BAHIA, Claudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A Justiciabilidade do direito fundamental à saúde: Concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law, v. 10, p. 295-318, 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rs. Acordão nº :70042509562. Relator: Relator Irineu Mariani. Rio Grande do Sul, RS, 20 de novembro de 2013. Apelação Cível. Porto Alegre, 27 nov. 2013.

Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019 / Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019.

DE ARAUJO, Julia Picinato Medeiros; DE ARAUJO, Carlos Henrique Medeiros. Biodireito e legislação na reprodução assistida. Medicina (Ribeirao Preto. Online), v. 51, n. 3, p. 217-235, 2018.

DE AZEREDO ORSELLI, Helena; ROSA, Matheus Freiberguer. As Resoluções N. 805/2006 e 1995/2012 Do Conselho Federal de Medicina e o Ordenamento Jurídico Brasileiro. Revista De Estudos Jurídicos Unesp, 2019, 22.35.

DINIZ, Debora; GUILHEM, Dirce. O que é bioética. Brasiliense, 2017.

DOS SANTOS JUNIOR, Jamiro Campos; DA SILVA, João Romário Gomes; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Mistanásia: ineficiência de políticas públicas, violência e vulnerabilidade social. LINKSCIENCEPLACE-Interdisciplinary Scientific Journal, v. 4, n. 5, 2018.

FERREIRA, Luciano Maia Alves- Eutanásia e suicídio assistido: Uma análise normativa comparado- 1ed. – Curitiba: Appris 2018.

FREIRE, Silene de Moraes; SIERRA, Vânia Morales; BATALHA, Arthur Montilho Araújo. DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: ASEDUÇÃO DO CANTO DA SEREIA. Anais do XVI Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social, v. 16, n. 1, 2019.

HAINTERMEYER, Pascal- Eutanásia A dignidade em questão, edições Loiola

136p, 2006p.59.

HOLLAND, Stephen- Bioética: enfoque filosófico/ Stephen Holland: tradução de Lucina Pudenzi- São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loiola, 2008 304p

HORTA, Márcio Palis. Eutanásia-Problemas éticos da morte e do morrer.

Revista bioética, v. 7, n. 1, 2009.

LIPPMANN, Ernesto. *Testamento vital*. Matrix Editora, 2016.

MARTELLI, Fabiana da Silva, Eutanásia: Uma vida estragada pelo sofrimento vale a pena ser vivida? Editora Clube de Autores (Managed) p.124

MARTIN, João Alberto Prado; OLIVEIRA, Edmundo Alves. A Declaração Universal Dos Direitos Humanos E A Educação Brasileira. Revista Eletrônica da Educação, v. 2, n. 1, p. 35-46, 2019.

MARTINEZ, Sergio Rodrigo; BERSOT, Livia Gava. Análise crítica da legislação sobre o suicídio assistido no Brasil. Argumenta Journal Law, n. 23, 2016.

MENDES, Lueide Vieira Da Silva Araújo, et al. A responsabilidade civil do médico na violação do testamento vital. 2019.

NILO, Alessandro Timbó; DA SILVA, Mônica Neves Aguiar. A Relação paciente-médico: por uma nomenclatura Bioética. Revista Direito E Justiça: Reflexões Sociojurídicas, V. 19, n. 35, p. 79-107, 2019.

PESSINI, Leocir; Problemas atuais de bioética/ Leocir Pessini, Christian de Paul Barchifontaine, 8ed. revista e ampliada- Sp; centro universitário São Camilo; Loiola, 2007 584p.

PESSINI, Leocir- Distanásia: Até quando prolongar a vida? / Leocir Pessini-2.ed- São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loiola, 2007 430p.

PESSINI, Leo- Bioética: Poder e justiça- bioética e perspectiva, traduzido Adair Sobral edições Loiola, 2004 522p.

RICCI, Luiz Antônio Lopes- A morte social e bioética, editora Pia Sociedade de São Paulo- Editora Paulus, 2017 96p.

SANTOS, Fernando Almeida, BRITO, Franceli Barbosa. A medida de segurança sob a ótica da dignidade da pessoa humana. Direito & Realidade, v.7, n. 8, 2019.

SANTANA, Júlio César Batista et al. Ortotanásia: uma visão multidisciplinar acerca do morrer com dignidade. Enfermagem Revista, v. 17, n. 1, p. 14-29, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Livraria do Advogado Editora, 2018.

VIANA, Duane Arieli. A prática da eutanásia com base no princípio da dignidade da pessoa humana e na autonomia da vontade. 2018.

VIEIRA, Hector Luís Cordeiro. Direitos humanos, racismo e cotas raciais: a construção de uma democracia antirracista com base em reconhecimento e consideração. Perseu: História, Memória e Política, n. 17, 2019

[i] Professor, Mestre e Orientador deste artigo. Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/9178515400454160

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ANÁLISE DA EFETIVIDADE DAS AÇÕES DE RESSOCIALIZAÇÃO NA UNIDADE PRISIONAL FEMININA DE PALMAS EM 2019

GETULIO DE MELO JUNIOR:
Bacharelando em Direito pela instituição de ensino, Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

ÊNIO WALCACER DE OLIVEIRA FILHO. [1]

(Orientador)

RESUMO: O artigo ora proposto, tem como objetivo tratar dos assuntos principais que envolvem a temática da ressocialização e entender se as políticas aplicadas na Unidade Prisional Feminina de Palmas-TO no ano de 2019, são efetivas no que se propõe o seu designo. O método qualitativo utilizado, tem como base dados levantados pelo sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro (INFOPEN), juntamente com o da unidade prisional objeto da pesquisa. Portanto, o estudo torna-se relevante por investigar o instituto da ressocialização penal, seus fundamentos e sua aplicação, tendo como escopo a lei de execução penal e as medidas de reinserção social aplicadas no âmbito da Unidade prisional Feminina de Palmas-TO, com intuito de identificar se as ações ou programas promovem a reintegração das reclusas à sociedade.

PALAVRAS CHAVE: Ressocialização; Políticas públicas; Unidade Prisional Feminina de Palmas

ABSTRACT: *The article now proposed has as its aegis to address the main issues involving the issue of resocialization and to understand if the policies applied in the Women's Prison of Palmas-TO in 2019, are effective in what its design proposes. The qualitative method used is based on data collected by the statistical information system of the Brazilian penitentiary system (INFOPEN), together with the prison unit object of the research. Therefore, the study becomes relevant because it investigates the institute of criminal resocialization, its foundations and its application, having as scope the law of penal execution and the measures of social reintegration applied within the Women's Prison Unit of Palmas-TO, with the purpose of to identify if the actions or programs promote the reintegration of the inmates to society.*

KEY WORDS: Resocialization; Public policy; Women's Prison Unit

1. INTRODUÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Uma das questões mais evidentes na atualidade e que permeiam a sociedade brasileira, diz respeito aos altos níveis de violência vivenciados, principalmente nos grandes centros urbanos, e que atingem praticamente todos os níveis sociais. Neste contexto de violência exacerbada, têm-se contribuído para situação para qual se encontra o atual sistema carcerário brasileiro.

A presente pesquisa tem como objetivo, apresentar às políticas de ressocialização aplicadas às presas na Unidade Prisional Feminina de Palmas-TO, com enfoque na efetividade das ações desenvolvidas com intuito de reintegrar ao meio social mulheres criminosas que já não são bem vistas, e como estas medidas são de suma importância para construção de uma sociedade que respeita os direitos de todos, fortalecendo o Estado democrático de direito.

No tocante a realidade das reclusas palmenses, são veiculados através de vistorias iniciadas em outubro de 2018 e em março de 2019, situações que evidenciam as péssimas condições que ferem não só a integridade física e moral das reclusas, mas também evidenciam as negligências no acesso básico à saúde dentro do estabelecimento prisional, conforme disciplinado pela Lei de Execuções Penais n° 7.210/84.

Dito isto, serão conferidas as políticas e práticas efetivamente instituídas, a fim de proporcionar as mulheres em situação de cárcere na Unidade Prisional Feminina de Palmas-TO, aspectos como assistência, bem como, fomento à educação, ao trabalho e a outros meios culturais como formas de ressocialização frente à lei de execução penal.

2. A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E AS MEDIDAS DE REINSERÇÃO SOCIAL

Para compreender as ações desenvolvidas na Unidade Prisional Feminina de Palmas é primordial entender o contexto em que as reclusas se encontram no sistema prisional nacional.

Segundo dados do levantamento nacional de informações penitenciárias (INFOPEN), de 2017, O Brasil é bronze no *ranking* mundial de encarceramento, contando com uma população carcerária de 726.712 pessoas, no tocante as mulheres ele está entre os países que mais contam com mulheres encarceradas.

Ao analisar em retrospectiva, o Brasil se considerarmos os dados do Infopen de 2017, ele apresenta um crescimento exponencial no número de pessoas encarceradas, o que corrobora com o descaso dentro dos estabelecimentos prisionais estampados nos jornais e veiculados na mídia constantemente, e é com

está realidade que o Estado precisa agir urgentemente para não só coibir as práticas delituosas, bem como promover políticas efetivas para garantir a ressocialização das pessoas em situação de cárcere, a fim de frear o crescimento exacerbado da massa carcerária brasileira.

No que diz respeito a realidade no cárcere feminino, as vagas com base nos dados divulgados pelo mesmo levantamento, revela que a taxa de ocupação no sistema prisional brasileiro, em relação às mulheres, é de 156,7%, conforme registrado em junho de 2016, o que significa dizer que em um espaço destinado a 10 mulheres, encontram-se custodiadas 16 mulheres. Percebe-se que o aumento do número de vagas nos estabelecimentos prisionais femininos não foi acompanhado com o crescimento da sua população apenada.

A principal legislação pertinente ao cumprimento de pena em privação de liberdade é a Lei de Execução Penal (LEP) - Lei nº 7210/84, que tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do indivíduo.

Na condição de mulher, a Lei de Execução Penal Brasileira prevê no artigo 81 § 1º, que deverá ser recolhida separadamente, em local próprio e adequado a sua condição pessoal. Os estabelecimentos penais destinados às mulheres devem ser dotados de berçários, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los até os seis meses de idade.

Neste sentido é a letra da lei:

> Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.
>
> § 1° A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal

Apesar desta garantia, a sua aplicabilidade encontra dificuldade na prática, por problemas graves de superlotação, falta de estrutura física, bem como a falta de recursos materiais e humanos como demonstrado no Estado do Tocantins, mais especificamente na Unidade Prisional Feminina de Palmas, que possui capacidade para abrigar até 24 reeducandas, mas atualmente conta com 70 mulheres recolhidas, razão esta que ensejou o ajuizamento de uma Ação Civil Pública com o objetivo de sanar uma série de problemas de infraestrutura, abastecimento de materiais e insumos da Unidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Vale destacar que, após a condenação dos réus, bem como durante o cumprimento das penas restritivas de liberdade, a Lei de Execuções Penais n° 7.210/84, prevê assistências aos apenados, como sendo: material, saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, conforme disposto no artigo 11 da Lei acima mencionada.

Embora muitos acreditam que a legislação é amistosa, é bem verdade que a vida nos estabelecimentos prisionais na maioria dos casos, não dispõe dos mínimos indícios do direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

Neste ponto, Santos esclarece que a ressocialização é a reintegração do delinquente na sociedade, presumivelmente recuperado.

Já na concepção de Albergaria (1996, p. 139):

> [...] a ressocialização é um dos direitos fundamentais do preso e está vinculada ao welfare state (estado social do direito), que se empenha por assegurar o bem-estar material a todos os indivíduos, para ajuda-los fisicamente, economicamente e socialmente. O delinquente, como indivíduo em situação difícil e como cidadão, tem direito à sua reincorporação social, essa concepção tem o mérito de solicitar e exigir a cooperação de todos os especialistas em ciências do homem para uma missão eminentemente humana e que pode contribuir para o bem-estar da humanidade.

Sob o mesmo ponto de vista, percebe-se que o aspecto moral da pena se demostra sob a égide do ser humano, um encargo de conotação retributiva de culpabilidade.

Logo a aplicação de uma pena possui a finalidade de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor da infração penal, porque se impõe um mal ao transgressor da lei penal. Possui também a característica de prevenção, uma vez que possui o fim de evitar a prática de crimes, como intimidação com a aplicação da sanção ou como privação ao autor do fato, obstruindo assim que ele volte a delinquir.

Conforme Boschi (2000, p. 113) "a punição serviria também como exemplo para que outros não sigam os mesmos passos do criminoso".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Porém, para estas com uma função de inibir a prática de novos delitos e não apenas para realizar justiça, busca-se além, tornar a pessoa condenada, um ser humano melhor do que antes do ingresso ao sistema carcerário, isso por que, a finalidade também é educativa como método para recuperar apenada e dar ao meio social alguém que seja capaz de contribuir com seus pares.

No contexto geral, não se dá a devida atenção ao problema da não ressocialização da pessoa egressa do cárcere, não sendo raro as vezes em que a mesma retorna, e em muitos casos por delitos maiores, isso se justifica pela identidade que nossos estabelecimentos prisionais criaram nos últimos tempos como universidades do crime que inquestionavelmente com a ineficiência do Estado em facilitar a ressocialização, os encarcerados no intuito de fazer justiça as arbitrariedades sofridas, unem-se formando facções no interior das penitenciarias.

Pode-se afirmar, assim, que o caráter retributivo-preventivo da pena não se restringe em retribuir apenas o mal com o mal e nem como coação psicológica sobre todos os cidadãos, é necessário entender como processo árduo para qual a presa deverá aprender com seus erros e mediante auxílio de medidas *ressocializantes que visam* contribuir para a sua recuperação, se recolocar na sociedade, abandonando com isso o seu passado delituoso.

Dentro dessa ótica, os desafios enfrentados pelas egressas do estabelecimento prisional são conhecidos, principalmente no que se refere ao cenário do mercado de trabalho. Neste sentido Carnelutti (2002, p. 78) acrescenta:

> Certamente, admitir ao serviço um ex-ladrão, na própria casa, é um risco: poderia estar, mas também poderia não estar curado. O risco da caridade! E as pessoas racionais procuram evitar os riscos "*in dubiis abstine*". Assim o ex-ladrão fica sem trabalho. Bate nesta porta; bate à outra porta: são todas pessoas racionais aquelas que poderiam dar-lhe a maneira de ganhar o pão. Essas pessoas racionais querem garantir-se; para elas garantia não estabelece a certidão criminal? Fora então o certificado penal! O ex-ladrão, assim, é marcado na fronte: quem lhe dá trabalho? Ah! As ilusões do cárcere, quando se contavam ansiosamente os dias faltantes para a libertação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O autor expõe a realidade que encontraram aqueles que serão beneficiados com o a liberdade, além de indicar que a sociedade não está prepara o suficiente para receber as egressas do cárcere que buscam um convívio pacífico, bem como um ofício para sua subsistência e de sua família, isso por que a esmagadora maioria, sequer possui o ensino fundamental completo, o que impacta muito na vida acadêmica e profissional de qualquer um, neste cenário, os dados do Infopen apontam que no ano de 2017, 67% (sessenta e sete por cento) das mulheres em situação de cárcere do Estado do Tocantins não possuíam o ensino médio completo.

Nesse diapasão, o sistema prisional pode representar o ingresso definitivo da apenada no rol dos irreparáveis. Ao se adentrar oficialmente no sistema punitivo estatal por meio do processo penal, as mulheres já excluídas, levarão para sempre uma carga maior de preconceito e o estigma de criminosa, ou seja, basta dar entrada no sistema prisional para se ter total perda de credibilidade como cidadã.

Maria Lúcia Karam (2004, p. 348) sintetiza o que aqui se argumenta:

> Da mesma forma que criara o delito no primeiro momento do processo de criminalização, ao assim qualificar determinadas situações conflituosas ou fatos socialmente negativos, o sistema penal cria o delinqüente, neste outro momento daquele processo, com a interiorização por aquele que é condenado – ou, antes disso, desde o primeiro contato com o sistema penal e social [...] com o prolongamento deste tratamento no tempo, a pessoa acaba por se comportar conforme o papel que lhe foi dado, isto é, como se fosse aquela determinada coisa, com o que termina efetivamente sendo.

Desta forma, havendo o interesse de efetivamente reinserir essas mulheres na sociedade, cabe ao Estado promover a reintegração à sociedade da qual foram segregadas durante o regime da pena, proporcionando oportunidades para que não ocorra a reincidência à criminalidade.

Ressalta-se, que a ressocialização segundo MOLINA (2003, p. 38), tem como objetivo resgatar o instituto da socialização. De acordo com seu pensamento:

> [...] O modelo ressocializador propugna, portanto, pela neutralização, na medida do possível, dos efeitos nocivos inerentes ao castigo, por meio de uma melhora substancial ao

> seu regime de cumprimento e de execução e, sobretudo, sugere uma intervenção positiva no condenado que, longe de estigmatizá-lo com uma marca indelével, o habilite para integrar-se e participar da sociedade, de forma digna e ativa, sem traumas, limitações ou condicionamentos especiais.

A ressocialização é necessária para romper preconceitos e minimizar a situação do cárcere privado para não haver reincidência, nisto a inclusão no mercado de trabalho é de suma importância para que o índice de criminalidade diminua, na medida em que o desemprego se apresenta como um problema social causador de instabilidade.

Portanto, no âmbito da reinserção social, a perspectiva já se mostra infrutífera, de modo que, não se vislumbra as mínimas condições para a encarcerada ter uma condição digna para cumprir sua pena. Predominando-se a opinião sobre a incapacidade da prisão, no que diz respeito à ressocialização da condenada, de modo que é difícil defender que possa ser um de seus objetivos.

Neste sentido, Cezar Roberto Bitencourt, (2011 p.145) assevera que: "O ideal ressocializador tem sido objeto de várias críticas. Por ora, duas delas merecem ser destacadas: a primeira interroga sobre seu conteúdo ou finalidade; a segunda trata da finalidade de pô-lo em prática. "

Neste liame, um dos fatores que dificulta o trabalho de ressocialização é a falta de um ambiente apropriado, uma vez que o sistema prisional brasileiro é antigo e o empenho para a construção de novas penitenciárias com estruturas adequadas é mínimo, já que alguns presídios possuem o interesse em promover ressocialização, mas não há em sua infraestrutura um local apropriado que permita esse trabalho, o que infelizmente leva a reincidência e ao fracasso dos Estados em manter um sistema penitenciário como o previsto em lei, logo, a falha na reinserção social da apenada, é visível e sentida por todos na sociedade brasileira.

Há de se destacar o impacto trazido pelo encarceramento feminino, no que tange o seio familiar destas mulheres, muitas delas em sua maioria são jovens, solteiras, possuem filhos, têm baixo nível de escolaridade e renda familiar precária e está condição além de desencadear uma maior vulnerabilidade a quem está reclusa, influência na criação dos filhos do cárcere, o que torna está situação mais preocupante.

O que se verifica, no entanto é que a precariedade é a mesma quanto ao dispensado aos homens, de acordo com BORILLI: "é necessário entender a mulher

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

como um indivíduo que precisa de um tratamento diferente por suas peculiaridades (BORILLI, 2005, p. 42).

3. AS MEDIDAS DA UNIDADE PRISIONAL FEMININA DE PALMAS

Além da função de punir o nosso ordenamento jurídico deve reintegrar o apenado. É assim é que a Lei de Execução Penal proclama a finalidade preventiva da pena, não só em seu aspecto negativo, de afastamento do crime, mas também numa vertente positiva.

Neste prisma, o autor Prado preleciona o seguinte em sua obra:

> Proclama a Lei de Execução penal que a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno a convivência em sociedade. [...] Também ao egresso será prestada assistência, que consistira na orientação e apoio para reintegrá-lo a vida em liberdade, além da concessão, se necessário de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequando, pelo prazo de dois meses (art. 25 LEP). (PRADO, 2005, p. 590)

Verifica-se a prática da ressocialização como uma necessidade de promover ao preso às condições para que ele possa se reestruturar a fim de que ao voltar à sociedade não mais torne a delinquir.

Em conformidade com o cenário carcerário nacional, com os inúmeros casos de negligência no que se refere aos direitos das mulheres que estão reclusas sob tutela provisória do Estado, têm-se realizados projetos que visam a ressocialização, mas que precisam ser acompanhadas de condições mais dignas para o cumprimento da pena no cárcere.

A Unidade Prisional Feminina de Palmas-TO, contava-se em junho de 2019, com 70 mulheres entre condenadas e provisórias, (Jornal do Tocantins), sendo que a capacidade do local, é permitido apenas 24 (vinte e quatro) reclusas, ou seja, torna-se evidente que devido a superlotação na Unidade, não há estrutura física, bem como acomodações necessárias para a quantidade de presas ali encontradas.

A experiência segregadora vivida por uma mulher apenada, as modificações sofridas na sua vida a partir da prisão, são frutos do constrangimento sofrido, explicita a autora ARAUJO:

> As prisões têm características muito peculiares que devem ser pontuadas a fim de analisarmos como é vivenciada a carceragem feminina. Goffman (2005), em seu estudo sobre as instituições totais, define-as como um lugar fechado, onde seus residentes estão em situações semelhantes, separados da sociedade por longo período de tempo e formalmente administrados. Esse caráter fechado é visto no rompimento da relação dos internos com a sociedade, e principalmente em seus aspectos físicos, pois nestas instituições, há muitos portões fechados, paredes altas e rodeadas de arame farpado. (2011, p.15)

Observa-se que a Unidade Prisional Feminina de Palmas-TO possui um quadro de superencarceramento, o que é possível deduzir que as condições das mulheres encarceradas não são adequadas.

Dados do INFOPEN de 2017 dão conta que não há garantias, por parte do Estado, de condições mínimas para a que a pessoa presa cumpra sua pena de privação de liberdade nas instituições fechadas no país.

O problema é mais complexo quando se trata dos estabelecimentos destinados às mulheres presas. Os Direitos Humanos não são respeitados, sobretudo devido ao fenômeno do superencarceramento

Dito isto, apesar da Unidade prisional feminina de Palmas ter as dificuldades apontadas, a Unidade desenvolve atividades variadas no decorrer do cumprimento da sanção penal que além do caráter socializador, possibilitam a remição de pena.

O Governo do Estado do Tocantins, com apoio de parceiros, realiza diversos projetos ligados ao artesanato, à cultura e à leitura. A intenção dos projetos é fazer com as pessoas privadas de liberdades possam sair melhores do que entraram, além de capacitá-las para o mercado de trabalho.

Projeto Ponto de Leitura e Cultura nas Prisões

A Secretaria de Cidadania e Justiça (SECIJU), por meio da Diretoria de Políticas e Projetos de Educação para o Sistema Prisional e em parceria com a Secretaria da Educação, Juventude e Esportes (SEDUC), criaram o projeto que arrecada permanentemente livros literários, didáticos e paradidáticos que são enviados para as unidades prisionais com o objetivo de incentivar o hábito de leitura, promover a remição de pena e desenvolver práticas correlatas como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

contação de histórias, teatro, sarau, concursos de produção de textos em várias modalidades, além de aulas de canto e dança.

Dentro do projeto "Ponto de Leitura e Cultura nas Prisões" estão inseridas as ações de promoção de remição penal pela leitura, previsto no Decreto Lei nº 7.626 de 2011, que institui o Plano Estratégico de Educação no âmbito do Sistema Prisional. No Tocantins, as ações de promoção de remição penal pela leitura ocorrem através das decisões do Conselho da Comunidade na Execução Penal presente em algumas comarcas do Estado.

Projeto Arte que Faz Crescer

Projeto voltado à capacitação profissional por meio do artesanato e costura, atende em maior parte a população carcerária feminina na produção de bonecas, bolsas, tapetes, chaveiros e etc.

Este projeto capacita profissionalmente reeducandas e egressas do Sistema Penitenciário e Prisional do Tocantins (SISPEN-TO) para a fabricação de artesanatos, trabalhos manuais e costura criativa. O projeto é fruto de uma iniciativa da Secretaria de Cidadania e Justiça (SECIJU) com apoio de membros da sociedade, e já capacitou até início de 2019 o número de 200 reeducandas.

Projeto Canto Coral

Concretizado pela Defensoria Pública do Tocantins (DPE-TO) com o apoio da Secretaria de Estado da Cidadania e Justiça (SECIJU), estimula o encontro com a liberdade através do canto. O projeto estimula o contato das reeducandas com a música, com o objetivo de diminuir a ociosidade e ocasionar o aprendizado sobre a arte musical, além de promover a tranquilidade e melhor socialização no ambiente de cárcere.

Projeto Linha e Arte

Consiste no resultado de um Acordo de Cooperação Técnica firmado entre a DPE-TO – Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Governo do Estado, por meio da Secretaria de Estado da Cidadania e Justiça (SECIJU), e a Ação Social Arquidiocesana de Palmas.

O projeto é coordenado pela Diretoria de Políticas e Projetos de Educação para o Sistema Prisional da SECIJU, e, após a formalização, as mulheres presas participantes do projeto serão estimuladas a se tornarem multiplicadoras do conhecimento e das técnicas adquiridas para as demais colegas privadas de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

liberdade, disseminando uma opção viável de profissionalização e de obtenção de renda por via lícita.

Durante esse momento de preparação, as mulheres participarão de palestras estimuladoras que contemplem temas como: relações interpessoais, corporativismo e empreendedorismo. O curso de costura profissional tem previsão para começar no início de setembro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho se propôs a expor através de uma consistente base teórica, os trabalhos de ressocialização que são desenvolvidos dentro da Unidade Prisional Feminina de Palmas, e mostrar as condições de encarceramento das mulheres na Unidade Prisional de Palmas.

Desse modo, a premissa em estabelecer as regras para o cumprimento da pena, bem como promover a integração social do preso trazidas pela LEP - Lei de Execução Penal, Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984, não encontra respaldo efetivo no que tange a realidade encontrada na Unidade Prisional Feminina de Palmas-TO.

A situação das mulheres encarceradas na Unidade de Palmas-TO está longe de ser adequada aos fins que se espera da sanção recebida, pois os direitos humanos fundamentais não são respeitados, a começar pela estrutura encontrada, ou seja, não oferece as condições para que preste o serviço a que se propõe, afrontando-se tanto a Constituição Federal (BRASIL,1988) quanto a Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940) e a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984a).

Deve-se pensar novamente na estrutura prisional, no sentido de atender os requisitos básicos para uma vida que não é fácil, mas devendo ser digna, no cárcere, para isso, precisa-se entender que o sexo feminino demanda de outro tipo de atendimento médico, que possui necessidades que são afirmativas do seu gênero, desde as questões mais básicas até mesmo uma área especial para o convívio com seu filho.

Compreende-se, portanto, que apesar da proteção constitucional, está de nada vale quando não há interesse público em resolver estas questões referentes ao sistema prisional brasileiro que direta ou indiretamente atinge toda a coletividade.

Os projetos como o canto, leitura e principalmente aqueles voltados para capacitação profissional das presas e egressas do cárcere são ótimas oportunidades que contribuem para a ressocialização e reduzem a reincidência, fazendo com que as presas adquiram o hábito de trabalhar e se interessem por novas profissões, pois

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

acreditam na essencialidade para o resgate da cidadania, o despertar da vontade de crescer e continuar evoluindo como egresso, mas pontuam-se a necessidade de o Estado disponibilizar mais investimentos e parcerias, com o objetivo de proporcionarem o aumento dos projetos de trabalho ofertados na Unidade.

Apesar das ações que buscam a reintegração efetiva das reclusas, ainda há muito a que se melhorar, principalmente no que diz respeito aos investimentos em assistência à saúde, oferta de estudo formal, de capacitação e de trabalho, que são essenciais para transformar para melhor as vidas das que se encontram no sistema carcerário. Entretanto, é imprescindível além da atuação em conjunto entre União, Poder Executivo Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, o engajamento da sociedade neste processo, acabando com o preconceito com as pessoas egressas do cárcere.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em novembro de 2018.

BRASIL, **Lei n. 7.210**, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 20 de novembro de 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional).** 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2006.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.

CABRAL, G. D. Revista ESMAT, Palmas/TO. **A participação da sociedade na execução penal: mecanismo de melhoria da prestação jurisdicional no sistema carcerário de Palmas, estado do Tocantins.** 2015.

SANTANA, Jesuino; MORAES, Jaqueline Dez projetos de ressocialização desenvolvidos no Sistema Penitenciário e Socioeducativo do Tocantins**. 2019. Disponível em:<**https://secom.to.gov.br/noticias/dez-projetos-de-ressocializacao-desenvolvidos-no-sistema-penitenciario-e-socioeducativo-do-tocantins-431635**>. Acesso em: 25/10/2019.**

SILVA, José de Ribamar. **Ressocializar para não reincidir**. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Tratamento Penal em Gestão Prisional. Curitiba: UFPr, 2003.

SHECAIRA, Sergio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. Pena e Constituição. Aspectos Relevantes Para Sua Aplicação e Execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Parte Geral**. 23ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BORILLI, S. P. **Análise das circunstâncias econômicas da prática criminosa no Estado do Paraná: estudo de caso nas Penitenciárias Estadual, Central e Feminina de Piraquara.** 2005. 211 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional e Agronegócio). Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Toledo, 2005.

JARDIM, Elâine. Presídio feminino não tem médico, dentista e psicólogo; só uma técnica em enfermagem para 70 presas - Jornal do Tocantins, 2019. Disponível em:<:https://www.jornaldotocantins.com.br/editorias/vida-urbana/pres%C3%ADdio-feminino-n%C3%A3o-tem-m%C3%A9dico-dentista-e-psic%C3%B3logo-s%C3%B3-uma-t%C3%A9cnica-em-enfermagem-para-70-presas-1.1823073 >. .Acesso em: 12 Nov. 2019.

10 ALBERGARIA, Jason. Das Penas e da Execução Penal. 3 ed. Belo Horizonte: DelRey, 1996, p. 20.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 7 ª Ed. Parte Geral. Arts. 1º a 120. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARDOSO; Marcelo.. **Estado tem 180 dias para acabar com superlotação e reformar estrutura precária na unidade prisional feminina de Palmas, determina juiz**. 2019. Disponível em:<http://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/6304-estado-tem-180-dias-para-acabar-com-superlotacao-e-reformar-estrutura-precaria-da-unidade-prisional-feminina-de-palmas-determina-juiz>. Acesso em: 13 nov. 2019.

KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In PASSETTI, Edson. Curso livre de abolicionismo penal. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

---

[1] Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, Especialista em Ciências Criminais e em Direito e Processo Administrativo, Bacharel em Direito e em

Comunicação Social, todos os cursos pela UFT. Delegado de Polícia Civil no Tocantins, professor titular de Direito Processual Penal na FASEC. Autor de obras jurídicas e de artigos e parecerista na revista ESMAT, VERTENTES do Direito na UFT e Revista da Defensoria do Tocantins.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CRISE DA EXECUÇÃO PENAL: VIOLAÇÃO À LEI 7.210 DE 1984, PELA CRISE DA EXECUÇÃO PENAL NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

JUAN VICTOR LEONARDO CASTELO BRANCO:
Graduando do 10° período do curso de Direito da Universidade Nilton Lins.

SUZANE OLIVEIRA DA CUNHA LIMA[2]

(Orientadora)

"A injustiça que se faz a um, é uma ameaça que se faz a todos." (Barão de Montesquieu)

RESUMO: O presente artigo aborda a temática da aplicabilidade da Lei de Execução Penal brasileira, Lei número 7.210 de 1984, em vista a sua violação pela crise da execução penal nos presídios brasileiros. Como objetivo do presente artigo, temos a busca efetiva e incessante de identificação dos principais fatores que levaram e perpetuam a esta crise no sistema prisional. Como metodologia de trabalho, o presente estudo consiste em pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa.

Palavras-chave: Execução penal; Presídios brasileiros; Sistema prisional, Lei 7,210/84

ABSTRACT: This article addresses the subject of the applicability of the Brazilian Criminal Enforcement Law, Law number 7.210 of 1984 in view of its violation, due to the crisis of criminal execution in Brazilian prisons. As an objective of this article, we have the effective and incessant search to identify the main factors that led and perpetuate this crisis in the prison system. As a working methodology, the present study consists of bibliographic research of qualitative approach.

Keywords: Criminal execution; Brazilian prisons; Prisons, Law 7.210/84.

1 INTRODUÇÃO

A execução penal desempenha um papel-chave que tem como objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Conforme o artigo 1° da Lei de Execuções Penais (LEP) número 7.210 de 1984. Acontece que a LEP, vem sendo violada a cada prisão realizada no Brasil, pois não há o cumprimento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

dos dispositivos previstos na LEP, ocasionando o enfrentamento diário do Estado Brasileiro a um problema histórico.

Tendo em vista a relevância dos impactos que a crise da execução penal causa em todo o território nacional, e a necessidade da incorporação definitiva do tema nas agendas dos governantes brasileiros, o presente estudo busca identificar através da pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa: Quais são os principais fatores que levam a esta crise da execução penal nos presídios brasileiros? Assim, o objetivo geral passa a ser identificar os principais fatores que levam a esta crise da execução penal nos presídios brasileiros e, para tanto, será discutida como a execução penal se apresenta nos presídios, levando-se em conta a evolução histórica da Lei de Execução Penal no Brasil; Os conceitos da execução penal; A natureza da Execução Penal; O Estado de Coisas Inconstitucionais; A realidade da execução penal ; A saída do condenado, e as estratégias de combate a crise.

Para o efetivo desenvolvimento dos objetivos específicos em seu corpo consistente de análise e argumentação, o presente estudo consiste em pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa, que visa servir de diretrizes para ações de transformação da realidade.

A apresentação dos resultados será acompanhada de análise direcionada ao contexto que configura o objeto de estudo, de modo que se cumpra o papel científico deste artigo, com o fim de se alcançar os objetivos propostos.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

Ao ser estudada a história da persecução penal, é notado o lastimo desinteresse do Estado em assumir tal múnus, que não raro foi deixado à iniciativa do particular (seja do próprio ofendido, seja de um qualquer cidadão que nem ligado diretamente ao fato está). Por isto, vamos neste capítulo nos preocupar em demonstrar ao nosso leitor como vem se perpetuando a persecução penal no Brasil.

2.1 O Brasil no período pré-colonial e colonial.

O período colonial no Brasil, corresponde a chegada dos primeiros portugueses em nosso território, isto em 1500 até 1822. Nas primeiras 3 décadas de descobrimento nada foi feito pelos portugueses para o desenvolvimento do Brasil. Posto que nessa época apenas eram encaminhados para o país pessoas que pudessem reconhecer suas regiões e território afim de encontrar matéria prima, esse período é denominado como período pré-colonial.

O período colonial do Brasil que ultrapassou o fim da Idade Média e o início da Modernidade, contabilizou mais de três séculos de história, com influências do Iluminismo e da Revolução Francesa. Neste período não foi demonstrado interesse com a aplicação da execução das penas e muito menos com o sistema penitenciário no Brasil. De modo pelo qual a proclamação da independência brasileira em 1822 o Brasil na condição de colônia de Portugal não tinha um Código Penal próprio. Assim, seguia o Direito português, em que quaisquer normas que vigiam no Brasil eram ditadas por Portugal.

Tal aplicabilidade do Direito português de forma direta no Brasil deu-se de maneira bastante imprópria, gerando complicações. Tendo em vista que as relações sociais daquela época entre Brasil e Portugal não se assemelhavam, fruto de Portugal já ser um país mais desenvolvido que o Brasil, pois este, naquela época era apenas uma de suas colônias.

Durante este período, as complicações que surgiram no Brasil foram consequências das Ordenações Afonsinas que vigoravam no Brasil até 1521, e Manuelinas (até 1569), substituídas pelo Código de Direito Sebastião (até 1603), seguida pelas Ordenações Filipinas.

Destas, a única que teve real aplicabilidade no Brasil foram as ordenações Filipinas, em vigor a partir de 1603, findando em 1830. Com o advento do Código do Império.

Neste período, suas penas eram marcadas pelo mais profundo sentimento de crueldade e terror, caracterizadas pela dureza das punições, onde suas principais penas eram de morte.

Suas execuções eram através do fogo, em que se queimava o corpo até que fosse reduzido a pó, além da morte cruel marcada por tormentos e mutilações; penas corporais e de degredo (pena de desterro ou exílio imposta judicialmente em caráter excepcional como punição de um crime grave, constituindo uma forma de banimento).

2.2 Brasil período imperial

A independência do Brasil foi em 1822 e sua primeira constituição, a Constituição de 1824 foi promulgada pelo Imperador Dom Pedro I. Nesta, não havia previsão de nenhum dispositivo específico sobre execução penal. Contudo, havia princípios importantes como o princípio do juiz natural, abolição das penais cruéis, previsão da individualização da pena, e principalmente o artigo 179 da Carta de 1824 definia os “direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros”, estabelecendo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

direitos e garantias no processo penal. Exemplo disto, era que em alguns de seus parágrafos, vê-se a proibição de prisão arbitrária, a instituição do juiz previamente competente (princípio do juiz natural) e a exigência de nota de culpa para os presos.

Seguindo esta luz mais humanitária, em que se houve uma ruptura pelo modo de punir do Estado, veio a ser sancionado o Código Criminal do Império em 1830. Tivemos pela primeira vez a expressa previsão da privação de liberdade como pena.

Destacou THÓT, Ladislau. Em o Código Criminal Brasileiro de 1830. (1930, p. 119-126.)

> "o Código Penal de 1830 assinala um capítulo especialmente importante no desenvolvimento histórico do direito penal e da política criminal. E a sua significação universal consiste em que, por um lado, chegou a reconhecer, como boa medida, as ideias político-criminais gerais, e por outro estabeleceu, também, ele mesmo, novos e interessantes critérios dogmáticos e político-criminais".

No entanto, a sociedade brasileira marcada por uma forte tradição punitiva e de difícil ruptura, não poderia ter como um passe de mágica toda sua história da persecução penal desaparecida em um estalo de dedos. Consequentemente, a inovação histórica do Código Criminal de 1830 ainda não trazia nenhuma previsão de sistema prisional em seu escopo.

Tal aspecto da execução das penas foi regulamentado apenas em 01 de agosto de 1850, quando ocorreu a primeira prisão penitenciária aberta no Brasil, momento em que foi editado o Decreto 678 de 1850 (Regulamento para a Casa de Correção do Rio de Janeiro). Segundo ROIG, Rodrigo Duque Estrada, em Direito e prática histórica da execução penal no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2005, Decreto 678 de 1850:

> "Pode ser considerado a matriz de nosso regramento carcerário, não apenas em razão de sua magnitude e extensão a outras unidades prisionais em território nacional, mas, sobretudo, por erigir um arcabouço penitenciário cujas permanências são sentidas até hoje".

2.3 Brasil e sua primeira república

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Tivemos nessa fase o primeiro Código Penal pelo Decreto número 847 de 11 de outubro de 1890, conhecido como o Código Penal da República, sendo o primeiro a adotar a prisão efetivamente como medida central, abandonando certas práticas punitivas do Império já ultrapassadas, consideradas arcaicas e degradantes. Prevendo em seu artigo 43 as seguintes penas: a) prisão celular (prisão em cela de estabelecimento prisional); b) banimento; c) reclusão; d) prisão com trabalho obrigatório; e) prisão disciplinar; f) interdição; g) suspensão e perda do emprego público, com ou sem inabilitação para exercer outro; h) multa.

Percebe-se que com a chegada do Código Penal da República foi abolida a prisão/pena perpétua, passando o máximo da pena restritiva de liberdade ser de 30 anos, conforme dispõe o Artigo 44 do Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890.

O Código também passou a adotar (de forma parcial) o sistema progressivo de cumprimento de pena. Referimos a forma parcial, pois somente atendeu tal regime progressivo as penas de prisão celular superior a seis anos, além de instituir o livramento condicional da pena. Conforme dispõe seu artigo 50: "O condenado a prisão celular por tempo excedente de seis anos e que houver cumprido metade da pena, mostrando bom comportamento, poderá ser transferido para alguma penitenciária agrícola, a fim de ali cumprir o restante da pena".

O Código penal da República findou sendo modificado inúmeras vezes por textos legislativos, ocasionando diversos textos legais em que se dificultava a própria aplicação da lei. Isto levou alguns autores a publicarem compilações de uso forense. O melhor e mais completo desses trabalhos, segundo Zaffaroni e Nilo Batista (2006, p.456), foi o "Código Penal Brasileiro, completado com as leis modificadoras em vigor", de autoria do Desembargador do Distrito Federal Vicente Piragibe, que fez preservar a estrutura articulada do código fazendo os acréscimos necessários. Tal compilação foi oficializada como Consolidações das Leis Penais, através do Decreto 22.213 de 14 de dezembro de 1932.

2.4 Brasil e seus Projetos e Anteprojetos

O cenário no ano de 1930, consistia na existência de diferentes regulamentos para cada uma das unidades prisionais do país. E com isto, criou-se a necessidade de uniformização do regulamento penitenciário brasileiro como um só. Diante disto, em 1930, na realização do X Congresso Penitenciário Internacional, em Praga, começou a busca incessante por uma legislação específica para a execução da pena.

Em 1933 surge o Projeto do Código Penitenciário da República que foi a primeira proposição em nosso país, elaborado pela 14ª Subcomissão Legislativa, composta por Cândido Mendes de Almeida, José Gabriel de Lemos Brito e Heitor

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Pereira Carrilho. Este Projeto foi o responsável pela defesa da tripartição dos Códigos em matéria penal (Direito Penal, Processual e Executório) e foi apresentado ao Governo no mesmo ano.

No ano seguinte, veio uma grande evolução em nosso sistema penitenciário com a promulgação da Constituição de 1934, que previa em seu artigo 5º, inciso XIX, alínea normas fundamentais de regime: "**normas fundamentais** do direito rural, **do regime penitenciário**, da arbitragem comercial, da assistência social, da assistência judiciária e das estatísticas de interesse coletivo".

No entanto, aquele projeto apresentado no ano de 1933 (Projeto do Código Penitenciário da República) foi encaminhado somente em 1935 para a Câmara dos Deputados, em que teve parecer favorável no mesmo ano, publicado no Diário do Poder Legislativo em 25 de fevereiro de 1937.

Entretanto, no dia 10 de novembro de 1937 surge no Ordenamento Jurídico brasileiro a nova Constituição, a famosa "Constituição Polaca" e mais precisamente nos seus artigos 16, inciso XVI e 18 a Competência Legislativa foi cassada, resultando no impedimento da discussão do referido Projeto. Com a advinda do Dec.-lei 2.848, o Código Penal foi constituído, e com isto, o Projeto do Código Penitenciário foi completamente abandonado, por constituir vários pontos que conflitavam diretamente com o novo estatuto pena.

No ano de 1941 surgiu o Livro IV do Código de Processo Penal pelo Decreto-lei 3.689 de 03 de outubro de 1941, o Código Penitenciário foi substituído e finalmente a legislação brasileira passou a disciplinar a execução da pena e da medida de segurança, entrando em vigor junto com o Código Penal, em 01 de janeiro de 1942.

Em 1946, com o advento da nova Constituição Federal, a competência para legislar sobre o regime penitenciário retornou ao ordenamento jurídico pátrio, mais precisamente em seu artigo 5º, inciso XV, alínea b, que dispunha "normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de **regime penitenciário**."

Em 1963, o professor Roberto Lyra veio a elaborar o Código denominado por ele de Código das Execuções Penais. O Código das execuções Penais estabeleceu normas gerais de regime de cumprimento das penas e medidas de segurança, direitos e deveres do preso, assistência ao sentenciado, dentre outras.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Fez com que o Código fosse pautado de maneira a seguir parâmetros de humanidade, legalidade, jurisdicionalidade e responsabilidade. Assim, Roberto Lyra reuniu todos os poderes em sede de execução penal no Poder Judiciário, transformou o juízo da execução em algo universal, sendo capaz de executar as sentenças em todos os seus termos e efeitos, na forma do Artigo 18 de seu Código. Dando competência sobre todos os presos e internados, conforme artigo 19 do mesmo Códex.

A competência da União para legislar sobre regime penitenciário foi mantida pela Emenda Constitucional 1 de 1969, em seu artigo 8º, inciso XVII, alínea c, da nova Constituição brasileira, a Constituição de 1967. Posteriormente, no ano de 1969, foi publicado o Decreto-Lei 1.004 de 1969, que instituía o novo Código Penal, conhecido como Código de Hungria.

Então, no ano de 1984, surge a Lei número 7.210, Lei de Execuções Penais (LEP), como resposta a insatisfação da grande maioria da comunidade jurídica nacional, para revogar a Lei 3.274 de 1957, em prol da consolidação de uma execução penal jurisdicionalizada, mais humanitária e alinhada ao Estado de Direito. Com viés incontestavelmente voltado à finalidade de prevenção especial positiva e a harmônica integração social do condenado e do internado, como preconiza seu artigo inaugural. Que dispõe: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado".

3.Conceito da Execução Penal brasileira

Buscar um conceito para a Execução Penal brasileira é algo que exige uma certa sensibilidade para de fato vislumbrar o ser humano como um sujeito de direitos. Parece um tanto banal, pois no meio acadêmico todos são tratados na teoria como sujeitos de direitos. Mas é justo que nosso leitor não se esqueça que atualmente existe um outro estado dentro dos presídios brasileiros, o estado de coisas inconstitucionais, que ainda será tratado de maneira específica em seu próprio capítulo.

Por hora, para um maior entendimento de nossos leitores, apresentaremos diversos conceitos de Execução Penal, segunda a visão nacional de nossos doutrinadores de maior valia.

3.1 Conceitos doutrinários da execução penal no Brasil

Nos últimos tempos o Estado brasileiro vem sofrendo uma crise no sistema da execução penal que afeta todas as suas diretrizes, mas para entendermos melhor

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

o porquê desta violação ocorrer de forma direta a Lei 7.210/84, é justo abordar algumas definições sobre o referido assunto.

De acordo com a Lei número 7.210 de 1984, mais precisamente em seu artigo 1º, dispõe que a Execução Penal é o real objetivo da efetivação de disposições de sentença ou decisões criminais, a fim de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Para o Autor Roberto Avena (AVENA, Roberto. Execução penal – esquematizado.2016, p. 22. Editora Método)

> "A execução penal pode ser compreendida como o conjunto de normas e princípios que tem por objetivo tornar efetivo o comando judicial determinado na sentença penal que impõe ao condenado uma pena (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa) ou estabelece medida de segurança."

Para a Autora Gisele Leite, em seu Artigo Considerações sobre execução penal na sistemática penal brasileira, preceitua que "a execução penal não trata apenas das questões relacionadas com o cárcere, mas se preocupa com a reabilitação do condenado." Daí a expressão "Direito da Execução Penal".

Também temos o conceito por meio de Renato Marcão (Marcão, Renato- curso de execução penal. 10° edição, Editora Saraiva) que estabelece "a execução penal é o fazer cumprir, o comando emergente da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria."

E por último, trazemos um breve conceito através dos olhos de VALOIS, Luís Carlos, Juiz de Direito, Titular da Vara de Execuções penais do Estado do Amazonas, esculpido em seu livro Processo de Execução Penal e o estado de coisas inconstitucionais, pela editora D'placido (2019, p.80 e 81) "A execução penal se inicia com a expedição e o recebimento da guia de recolhimento depois de ter sido cumprido o artigo 105 da LEP." Na qual dispõe que "transitado em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição da guia de recolhimento para a execução".

3.1.1 Os sistemas jurídicos da execução penal

De acordo com Salo de Carvalho (CARVALHO, Salo. Pena e Garantias, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.) O conceito jurídico de execução penal refere-se como sistemas administrativos ou jurisdicionais para os quais corresponde uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

posição jurídica particular para o recluso. Diante de tal posicionamento colaborador passamos a analisar a natureza de cada um.

3.1.2 Natureza Jurídica da execução penal

A doutrina brasileira não é unânime quanto ao estabelecimento de uma natureza da execução penal. Existem três correntes que apontam a sua natureza jurídica. São elas: De natureza administrativa, na qual é sustentada por Adhemar Raymundo da Silva; de natureza jurisdicional, que por sua vez é apoiada por Renato Flávio Marcão, Salo de Carvalho, José Eduardo Goulart, Maria Juliana Moraes de Araújo e Frederico Marques; e, ainda de natureza mista ou híbrida, sustentada por Ada Pellegrini Grinover, Haroldo Caetano da Silva e por Paulo Lúcio Nogueira.

Para uma melhor ilustração quanto a natureza jurídica da execução penal, passamos então, a evidenciar os pensamentos que mais se destacam em defesa de cada natureza.

Em primeiro, trazemos a natureza administrativa. Hoje solitária, SILVA, Adhemar Raimundo (p. 166.) que "cessada a atividade do Estado jurisdição com a sentença final, começa a do Estado-administração com a execução penal".

Tal teoria da natureza jurídica ser administrativa é contraposta por CARVALHO, Salo em os Sistemas da Execução penal (2008, p.164), da seguinte forma: "o entendimento puramente administrativista acabava por se chocar com a imperiosa necessidade de intervenção judicial nos chamados incidentes da execução (basicamente no livramento condicional)"

Seguindo esta mesma linha de pensamento, e para uma melhor ilustração, travessemos através das brilhantes palavras de MARCÃO, Renato Flávio (2005, p.3) da execução penal ser jurisdicional:

> A execução penal é de natureza jurisdiciona, não obstante a intensa atividade administrativa que a envolve. Embora envolvida intensamente no plano administrativo, não se desnatura, até porque todo e qualquer incidente ocorrido na execução pode ser submetido à apreciação judicial, por imperativo constitucional, o que acarreta dizer, aliás, que o rol do art. 66 da Lei de Execução Penal é meramente exemplificativo. Não bastasse, as decisões que determinam, efetivamente, o destino da execução, são jurisdicionais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Segundo o mestre Nucci, Guilherme (2014, p. 715): "a execução penal, é, primordialmente, um processo de natureza jurisdicional, cuja finalidade é tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, envolvendo, ainda, atividade administrativa."

Por último, trazemos a natureza de forma mista ou híbrida, pelas palavras de PELLEGRINI, Ada (2001, p. 303):

> Não se nega que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve entrosadamente nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo". No entanto, a autora defende a necessidade de apartar cada um dos aspectos.

Apesar da doutrina se dividir quanto a natureza da execução penal, é justo ressaltar que todos compartilham da ideia de que há uma tendência no sentido da jurisdicionalização.

Entendemos que o sistema vigente brasileiro da execução penal em sua maior parte, é jurisdicional, pois se analisarmos, em que mesmo nos momentos administrativos, em tempo integral será garantido o acesso ao Poder Judiciário e a todo direito e garantias que lhe são inerentes. Ocorrendo, portanto, uma necessária ligação entre a fase administrativa e jurisdicional, dando a execução penal natureza hibrida, ou mista.

4. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS DECLARO PELO STF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL)

Tendo sido ajuizada arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) pelo Partido Socialista e Liberdade (PSL), para que fosse declarado pelo STF a violação de preceitos fundamentais da Constituição Federal pelo sistema penitenciário nacional, requerendo que fosse declarado o "Estado de coisas Inconstitucionais" do sistema penitenciário. Ou seja, não era para declarar apenas uma coisa inconstitucional, e sim um sistema completo em toda sua totalidade.

O Estado de Coisas Inconstitucional tem origem nas decisões da Corte Constitucional Colombiana (CCC) diante da constatação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais. Tem por finalidade a construção de soluções estruturais voltadas à superação desse lamentável quadro de violação massiva de direitos das populações vulneráveis em face das omissões do poder público.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nossa Suprema Corte, na ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015.

Decidiu da seguinte forma:

> SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, **deve o sistema penitenciário nacional ser caraterizado como "estado de coisas inconstitucional".**

Pois bem, a corte maior do país, reconheceu que nossas prisões são inconstitucionais e ilegais, além de que ferem diretamente a dignidade da pessoa humana. No entanto, entendeu pela possibilidade de que as pessoas permanecessem encarceradas nessas prisões vivenciando situações que passamos abordar.

5. A REALIDADE DA EXECUÇÃO PENAL

Segundo dados Banco de Monitoramento de Prisões, do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), em dois anos, o número de pessoas encarceradas aumentou de 727 mil, para 812 mil pessoas em regime fechado, semiaberto e quem cumpre pena em abrigos para uma capacidade total de 415.960. Fazendo com que o Brasil alcançasse a 3ª posição do ranking mundial de maiores populações carcerárias.

Entretanto, há uma diferença entre o Brasil e os dois primeiros colocados (Estados Unidos com 2 milhões 100 mil pessoas atrás das grades e China com 1 milhão e 600 mil pessoas encarceradas). A diferença quanto aos dois primeiros colocados é que enquanto no Brasil ano após ano o número da população carcerária aumenta com total escassez de políticas públicas, EUA e China criam políticas de desencarceramento em massa para reduzir suas respectivas populações carcerárias.

Por certo, que o enfoque deste artigo é quanto a Execução Penal nos presídios brasileiros, mas como forma de trazer nossos leitores para um cenário real, trouxemos esses dados do CNJ.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

5.1 O cotidiano do preso

Em uma entrevista concedida para a revista EXAME na Edição de 26 de janeiro de 2019, acusados de tráfico de drogas, Rafinha, Luan e Henrique (como sigilo de fonte, a revista forneceu nomes fictícios) contaram os desafios de viver o dia a dia, ora monótono, ora surreal, em presídios do Brasil.

Segundo os entrevistados, no cotidiano do sistema penitenciário existem preço e esquemas para tudo: espaço, alimentação, roupas, drogas, bebidas e sexo. Na maioria das vezes, o estado fornece apenas uniforme, alimentação servida por meio de quentinhas e, com alguma sorte, produtos de higiene pessoal. A fim de corroborar com esse depoimento, insta destacar as palavras Nucci, Guilherme (2014, p.942):

> Na prática, no entanto, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante à privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucional imposto.

Este relato viola a LEP, no sentindo de que em seu artigo 3º é assegurado ao condenado e ao internado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Assim como ao Artigo 11, no que dispõe que será assistido ao condenado direito ao material, à saúde, jurídica e social. Além disto, ocorre violação ao respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios. Como dispõe o artigo 40 da LEP, combinado com o artigo 41 do mesmo códex, por ser direito do preço na forma do inciso I: alimentação suficiente e vestuário.

5.1.1 Más condições de saúde nos presídios ou a falta dela

Através de um relatório fornecido pelo Complexo Penitenciário de Pedrinhas, em São Luís (MA), foram elencados inúmeros abusos cometidos contra os presos. São exemplos a vivência em celas insalubres, repletas de mofo e infestadas de ratos e baratas, com um número bem superior ao limite de pessoa por cela.

Além disto, eles comem alimentos estragados. Por isso, no horário do almoço, muitas marmitas são dispensadas na lixeira antes que os presos matem a fome. "O

odor azedo da comida misturado ao cheiro de mofo, esgoto e falta de banho dos detentos torna o ambiente irrespirável", diz o relatório.

As condições vivenciadas em Pedrinhas, são comuns na grande maioria das penitenciárias do país, conforme os relatórios do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, as condições vivenciadas pelos presos a saúde refletem-se no aumento do número de epidemias e de mortes.

O que faz com que ocorra de forma reiterada a violação a sua integridade física, e também violação ao artigo 40 da LEP, combinado com o artigo 41 do mesmo códex, por ser direito do preço na forma do inciso I: alimentação suficiente e vestuário.

De acordo com o Portal de Saúde, a chance de um detento contrair tuberculose é 28 vezes maior que o da população em liberdade. Os dados mostram que há 6 mil presos com tuberculose, mais de 7 mil com HIV, 3 mil com sífilis e 4 mil com hepatite.

5.1.2 Presídios femininos

Através do Levantamento Penitenciário Nacional, foi revelado que o Brasil atualmente possui 42 mil mulheres presas. Essas mulheres são esquecidas pelo próprio sistema carcerário que as trata como homens. A elas são oferecidos os mesmos auxílios que aos prisioneiros do sexo masculino, ignorando a diferença de gênero e necessidades extras.

Portanto, passam pelas mesmas escabrosidades dos presos masculinos, mas em um sistema sem a menor infraestrutura para as necessidades do corpo feminino, violando diretamente a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, inciso XLVIII diz: "A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado". Além de violar a CF, também ocorre violação à Lei de Execução Penal, que determina em seu artigo 82, §1º, que as mulheres deverão ser "recolhidas" em estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal.

5.1.3 O sistema de violência institucional

Para encontrarmos informações sobre torturas ocorridas nos interiores de presídios, somente com vazamentos de vídeos na internet e relatos dos presos a instituições da sociedade civil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Imaginemos um cenário em que o ofendido está encarcerado com o agressor, em que seu contato se dá todos os dias. Pois bem, essa é a realidade do preso, com medo de represália que por certo ocorrerá, deixa de denunciar os atos de violência que sofreu.

Tal alegação é comprovada pelo relatório do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), sobre o Presídio Central de Porto Alegre ao dizer que "Os presos podem ser extorquidos, ameaçados ou sofrer qualquer outro tipo de violência. Contudo, é bastante possível que nada seja devidamente comprovado, investigado ou averiguado".

Os exemplos mais marcantes que vem em nossas memórias a título de elucidação, é o caso de Heberson Lima de Oliveira, ocorrido na UPP (Unidade Prisional do Puraquequara), em Manaus, no Estado do Amazonas, que foi condenado injustamente, mais gravemente estuprado por mais de 60 detentos e contraiu o vírus do HIV, sem sequer ter recebido uma indenização do Estado.

E o segundo exemplo é conhecido como "o massacre do Compaj", este também ocorreu no Estado do Amazonas. Ao todo, 56 presos morreram na rebelião do Complexo Penitenciário Anísio Jobim (COMPAJ), neste ato muitos dos detentos assassinados, foram decapitados, tiveram seus olhos retirados, seus braços e pernas arrancados e, seus corpos empilhados e carbonizados.

5.1.4 A ação das facções dentro dos presídios

Os presídios superlotados, aniquilaram a possibilidade de uma harmônica integração social do preso e transformaram-se em quartéis-generais do crime. Onde as facções no mínimo se organizam para dominar o tráfico de drogas, regular o convívio entre presos e controlar a violência dentro e fora do sistema penitenciário.

Um grande exemplo deste monopólio do crime dentro dos presídios é o caso ocorrido no Rio Grande do Norte, em fevereiro de 2019 a Delegacia Especializada em Narcóticos (Denarc) decretou a prisão de 30 pessoas suspeitas de integrar uma associação criminosa. O que causa estranheza é que desses 30 mandados, 13 foram cumpridos dentro dos próprios presídios da região. Esses indivíduos são apontados como os mandantes dos delitos, acobertados por agentes penitenciários.

6. A SAÍDA DO CONDENADO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O preso é retirado da sociedade por não ter a devida capacidade de se viver em sociedade de forma harmônica. É retirado do convívio social e colocado em um estabelecimento prisional, ou melhor, em um Estado de coisas inconstitucionais, para cumprir sua pena, e então aprender a viver em sociedade. Surge neste momento uma pergunta, e quando ele sai?

A sociedade, enxerga o "sair" do detento como algo passageiro, que o mesmo não merece retornar ao convívio social. Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 57% da população brasileira em 2015 concordava com a frase "bandido bom é bandido morto", não importando se esse bandido já tivesse cumprido sua pena.

Mesmo já tendo cumprido a pena, a pessoa ex-detenta muitas vezes não é aceita pela família nem pela comunidade e muito menos pelo mercado de trabalho. Esta forma de se pensar já está enraizada a muito tempo na sociedade, como assim salienta CARNELUTTI, Francesco, em As Misérias do processo penal, publicado originariamente em 1957 (pg. 113).

> Pelo contrário, na maior parte dos casos não se trata de uma crise. A questão é muito mais grave. O preso, ao sair da prisão, crê já não ser um preso; mas nós, não. Para nós ele é sempre um preso, um encarcerado; pelo mais, diz-se ex-encarcerado; nesta expressão está a crueldade e está o engano. A crueldade está em pensar que, tal como foi, deve continuar sendo. A sociedade crava em cada um o seu passado.

O preconceito é monstruoso, e em uma reportagem do Profissão Repórter da Rede Globo, intitulada "Ex-detentos lutam contra o preconceito por oportunidade no mercado trabalho" exibida no dia 25 de setembro de 2019, é notória tal realidade de pensamento, em que as pessoas acham que por ter cometido o crime, será eternamente criminoso.

7. ESTRATÉGIAS DE COMBATE A CRISE

A Lei de Execução Penal foi criada com o objetivo de mudar o pensamento da época, tornando efetiva ressocialização do preso. Assim diz Araújo (1999, p. 356) "Em 1984 obtivemos novo diploma legal professando fé na dignidade da pessoa humana, a Lei n. 7.210, de 11/4/84 (Lei de Execuções penais), que em seu art. 1º proclama que a pena deve tender para a ressocialização do preso."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Sabe-se que a atual situação do sistema prisional brasileiro carece de condições que possibilite o cumprimento de medidas assistenciais que possam de fato levar um indivíduo condenado a se preparar para o retorno a sociedade como é o objetivo esculpido no artigo inicial da LEP.

O Estado sendo o detentor do *jus puniendi*, ou seja, de aplicar a pena ao condenado, também recebe o ônus de garantir a ele meios para se reintegrar à sociedade quando do cumprimento da pena e em liberdade. Nesse mesmo sentido, afirma BRITO, Alexis Couto de (2013, p.95)

> "Quando o Estado-juiz determina a custódia de uma pessoa, surge a obrigação de fornecer a ela os elementos mínimos para a manutenção de suas necessidades diárias quanto à alimentação, ao vestuário, acomodação, ensino, profissionalização, religiosidade e quaisquer outras que não confrontem com a natureza da execução da pena".

Existem formas de como deve ser a atuação do Estado em dar assistência à pessoa dentro e quando em liberdade, para de fato garantir que o tempo em que a pessoa esteve encarcerada não tenha sido apenas para sua punição, mas também para sua ressocialização.

O Estado pode aplicar por exemplo as assistências que a Lei de Execução Penal dispõe, através da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC), conhecida como "Método APAC". O método APAC, é distinta de quaisquer métodos ou medidas existentes de aplicações da pena, afasta qualquer semelhança com o sistema atual.

É aplicada em local próprio, sendo embasada em disciplina rígida, caracterizada por respeito, ordem, trabalho e o envolvimento da família do sentenciado, não se importando com a prática que cometeu, pregando em todo momento grande relação religiosa. Sua finalidade é evitar a reincidência no crime e proporcionar condições para que o condenado se recupere e consiga a reintegração social.

Este método foi responsável por recuperar 60% dos presos na cidade de Paracatu-Minas Gerais, na APAC Paracatu. O estabelecimento é em um prédio moderno construído e mantido pelos próprios presos, sem policiais armados, os detentos são responsáveis pela segurança dos outros detentos e trabalham para garantir renda para ajudar a família ou cobrir pequenas despesas na prisão.

O estabelecimento APAC Paracatu custou R$1,8 milhão. Foi pago por uma parceria entre Estado e Município. Atualmente possui um convênio com a Secretaria estadual de Defesa Social, que destina mensalmente a cada preso da APAC apenas R$ 915. Enquanto em média cada presídio consumiria R$ 36 milhões dos cofres públicos para serem erguidos.

Outro exemplo que vem contornando a crise que se perpetuou no Brasil é o da Penitenciária Central do Estado – Unidade de Progressão (PCE-UP), resultado de uma parceria entre o governo do Paraná e o Tribunal de Justiça do estado (TJ-PR), na Região Metropolitana de Curitiba.

Criada em 2016, esta unidade possui uma taxa de reincidência criminal igual a zero. E além disto, possui um índice de 100% de presos que trabalham e estudam, enquanto a porcentagem nacional é de 15% de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN).

Nesta unidade penitenciária busca-se de fato oferecer ao detento o que está previsto na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), que é basicamente o direito de ser tratado com dignidade, tendo acesso a saúde, alimentação adequada, estudo e trabalho.

No entanto, o ingresso do preso nesta unidade é seletivo, por meio de uma avaliação no perfil do preso. A escolha é feita através de uma análise da ficha criminal, levando-se em conta o tipo de crime cometido e a personalidade do preso. Também há uma fase de entrevista elaborada por um psicólogo e um assistente social, para saber quais são as chances de sucesso de recuperação.

Outro exemplo que encontrou uma solução de combate a crise é o Núcleo Ressocializador da Capital Alagoana, em Maceió. Este estabelecimento em novembro de 2018 possuiu uma taxa de 0% de reincidência criminal.

Baseado na experiência espanhola dos "Módulos de Respeito" que consiste em efetivar aspectos da dignidade humana, o Núcleo Ressocializador da Capital é destaque nacional no cumprimento integral da Lei de Execuções Penais. No núcleo, nenhum agente penitenciário ou servidor sabe quais crimes foram cometidos pelos reeducandos.

O modelo tem como foco o respeito aos direitos dos apenados, seguindo os princípios da honradez, diálogo e transparência. O principal objetivo é criar oportunidades para reduzir os fatores de risco do interno por meio da laborterapia, da educação e do lazer, em que sequer palavrões ou gírias são admitidas. Ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

primeiro sinal de incitação à violência, ainda que apenas por meio verbal. O apenado perde o direito de continuar no projeto e retorna ao presídio comum.

Em tempos de crescimento de população carcerária e superlotação de presídios, naturalmente ressurge a discussão acerca da privatização ou terceirização de presídios. Por este motivo, também apresentamos a ideia da privatização de presídios como uma estratégia de combate a crise.

Atualmente, já existem Estados que adotam a privatização, são exemplos os Estados do Amazonas e da Bahia. A parceria entre o Estado é através da modalidade de parceria público privada denominada de concessão administrativa. Consiste na responsabilização de uma empresa por tudo o que o Estado teria que se responsabilizar. Como por exemplo a construção do presidio e administração penitenciária.

Entretanto, esta parceria não anula a ação do poder público, que continua fornecendo policiais para agir nas penitenciárias e fiscalizando as ações da empresa responsável pela administração do local.

Antes de passarmos um exemplo nacional de aplicação da privatização dos presídios, iremos exemplificar como tal medida ocorreu nos EUA: Cerca de 10% das prisões americanas são privatizadas. Nestes espaços a criminalidade e a taxa de encarceramento não diminuiu com o serviço dos presídios privados.

Como reflexo não só da ineficácia da privatização dos presídios em seu País, mas de todo um cenário catastrófico que o País está enfrentando em relação a sua superlotação, os EUA estão revisando todo o seu sistema prisional e, por isso, desde 2013 a população carcerária vem declinando de forma progressiva e constante.

Esse é o caso do presídio de Ribeirão das Neves – MG, que tem uma empresa responsável por toda a sua administração. Esta empresa deve promover a educação dos presidiários e possibilitar a eles um trabalho dentro da penitenciária. A estrutura de organização do complexo conta com dois diretores de segurança, um do setor público e outro do privado.

Tal medida custa mensalmente R$ 2.700,00 por cada preso, e a empresa deve adotar uma eficiência não voltada para o fim da LEP, e sim para manter uma demanda mínima de 90% da capacidade do complexo penal, durante o contrato. Ou seja, a manutenção de presos perto do número máximo.

8.CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em conclusão, o presente artigo demonstrou a crescente discussão e o interesse jurídico e social sobre a crise da execução penal, por isso, mostrou-se necessário compreender o objetivo da lei número 7.210 de 1984, Lei de Execução Pena, que foi estudada sob diferentes perspectivas e focalizada em aspectos diversos, conforme o interesse dos pesquisadores da época.

Mas, agora, há fatos novos, suficientemente poderosos para provocar mudanças profundas em hábitos e práticas que pareciam imutáveis no pensar social como por exemplo a superlotação prisional; a não ressocialização do preso após o cumprimento da execução penal; as violências ocorridas dentro dos presídios, e ainda a construção de um monopólio do crime dentro dos presídios, englobados no Estado de coisas Inconstitucionais.

Os diversos exemplos doutrinários e da realidade que impera nos presídios deixam claro que a crise da execução penal é antiga, porém, se perpetuou em nossa sociedade, fazendo surgir a dúvida do que é Justiça. Pois analisando os resultados da pesquisa constasse que é um sistema de gastos, tanto de tempo, como de dinheiro.

Na perspectiva jurídica, existem esforços no sentido da declaração do "Estado de coisas Inconstitucionais" caracterizado pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, de longe é suficiente, pois ainda vivemos em um cenário embora compreensível, que a sociedade não aceita o retorno do preso, e de fato, não se tem como julgar, pois como acreditar no retorno de alguém que estava vivendo em um ambiente que não funciona, e sim só piora a personalidade do indivíduo, deixa uma solução mais distante. Emerge, então como área promissora para pesquisa e para o direito, as estratégias de combate a crise como aplicação prática.

REFERÊNCIAS

ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015.-Publicação Original em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm - acesso em 09 de out. 2019

AMARAL, Claudio do Prado. **Evolução Histórica e perspectivas sobre o encarcerado no Brasil como sujeito de direitos.** Curitiba. Ano 2012.

ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

APAC PARACATU – Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/presidio-em-minas-adota-novo-modelo-consegue-recuperar-60-dos-presos-20806983. Acesso em 17 de outubro de 2019.

ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. **Teoria Geral do Processo Penal / Sérigo Luiz Souza Araújo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

AUFIERO. Aufiero. **Vade Mecum Penal Aufiero.** Editora Aufiero, 9ª EDIÇÃO, ANO 2019 – Lei nº 7.210/84, Lei de Execução Penal, p. 624 a 651.

AVENA, Roberto. **Execução penal – esquematizado**.2016, p. 22. Editora Método

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Edipro, 1999.

BITENCOURT, Cézar Roberto. **Falência da pena de prisão**. 3º EDIÇÃO. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BRITO, **Alexis Couto de. Execução Penal / Alexis Couto de Brito**. -- 3. ed. Ver., ampl. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CAPEZ. Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo : Saraiva, 1998, p. 342.

Legislação Informatizada - **DECRETO Nº 847, DE 11 DE OUTUBRO DE 1890** – Publicação Original em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em 01 de out. 2019.

CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 16 DE JULHO DE 1934) - (Vide Decreto Legislativo nº 6, de 1935). Publicação original em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 01 de out. 2019.

Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 18 DE SETEMBRO DE 1946).** Publicação Original em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 01 de out. 2019

DADOS DA REINCIDÊNCIA DOS PRESOS APÓS SAÍREM DA PRISÃO – Publicação Original em: http://www.seap.am.gov.br/sala-de-imprensa/ combinado com o jornal A Crítica – acesso em 11 de outubro de 2019.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**; tradução da versão espanhola do original italiano por Carlos Eduardo Trevelin Millan- São Paulo. Ed. Pillares, 2009.

ESTADO DO AMAZONAS TEM MAIOR A MAIOR MÉDIA DE VALOR DO QUE OS DEMAIS ESTADOS – Publicação disponível em: http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/01/custo-de-preso-no-amazonas-e-o-dobro-da-media-nacional.html - Acesso em 14 de Outubro de 2019

EX-DETENTOS LUTAM CONTRA O PRECONCEITO POR OPORTUNIDADE NO MERCADO TRABALHO – disponível em: https://globoplay.globo.com/v/7951212/ - acesso em 29 de setembro.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: Colapso Atual e Soluções Alternativas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Natureza Jurídica da Execução Penal** in GRINOVER, Ada Pellegrini (coord). Execução Penal: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas. São Paulo: Max Limonad, 1987, p. 7.

LEI COMPLEMENTAR Nº 79, DE 07 DE JANEIRO DE 1994 - Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp79.htmcompilado.htm - Acesso em 14 de Outubro de 2019

LEITE, Gisele. **Considerações sobre execução penal na sistemática penal brasileira.** Ano 2013. Publicação original disponível em: https://jus.com.br/artigos/26088/consideracoes-sobre-execucao-penal-na-sistematica-penal-brasileira. Acesso em: 04 de out. de 2019.

MARCÃO. Renato Flávio. **Lei de execução penal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 3.

MIRABETE, Júlio F. **Execução penal: comentário a Lei n. 7.210**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. Ed. Ver. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PENITENCIÁRIA CENTRAL DO ESTADO – UNIDADE DE PROGRESSÃO (PCE-UP). Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/justica/prisao-onde-100-dos-detentos-trabalham-e-estudam-existe-e-fica-no-brasil-0h3sil0asliz2bgm0tuzrtnf2/. Acesso em 17 de outubro de 2019.

Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.

PRESIDIO ALAGOANO – Disponível em:

http://www.agenciaalagoas.al.gov.br/noticia/item/27922-referencia-no-pais-presidio-alagoano-completa-22-meses-com-0-de-reincidencia-criminal. Acesso em 17 de outubro de 2019.

PRIVATIZAÇÃO DO PRESÍDIO DE RIBEIRÃO DAS NEVES – MG: Disponível em: https://www.politize.com.br/privatizacao-dos-presidios-e-a-solucao/ Acesso em: 17 de Outubro de 2019

ARAÚJO Jr., João Marcello (org.). **Privatização das Prisões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 12-13.

VALOIS, Luis Carlos, **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional.** Ano 2019. P. 80 e 81.

WACQUANT, L. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001. Pg.11.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

FEMINICÍDIO: A IMPORTÂNCIA DA LEI DO FEMINICÍDIO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

IZABEL CRISTIANE FERREIRA DOS SANTOS:
Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário FAMETRO.

DÁRIO AMAURI LOPES DE ALMEIDA[1]

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como essencial importância compreender como a lei 13.104/15 que impõe condições de apoio à segurança da mulher em relação ao crime de feminicídio. A violência contra a mulher não é um evento recente, há registro desde as origens da humanidade onde as mulheres vêm sendo vítimas de agressões, muitas das vezes ocasionando o óbito. Nesse contexto a lei 13.104/2015 modificou o código penal e classificou como crime de Feminicídio os crimes hediondos no Brasil, no qual a infração é praticada contra mulheres sobre o motivo da premissa de ser do sexo feminino. Portanto, o preceito da lei de feminicídio é disponibilizar a garantia para todas as meninas e mulheres, sendo utilizada quando for efetuado crime contra a mulher pelos motivos da condição de ser do sexo feminino.

PALAVRAS-CHAVE: Feminicídio, Violência Contra Mulher, lei 13.104/15.

ABSTRACT: This article has as its essential importance to understand how the law 13.104 / 15 that imposes conditions to support women's safety in relation to the crime of femicide. Violence against women is not a recent event, it has been recorded since the origins of humanity where women have been victims of aggression, often leading to death. In this context the law 13.104 / 2015 modified the penal code and classified as a crime of femicide the heinous crimes in Brazil, in which the offense is committed against women on the grounds of the premise of being female. Therefore, the precept of the femicide law is to make the guarantee available to all girls and women, and is used when a crime is committed against women on the grounds of being female.

KEYWORDS: Femicide, Violence Against Women, law 13.104 / 15.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS SOBRE O FEMINICÍDIO. 2 A LEI 13.104/2015 – LEI DO FEMINICÍDIO. 3 LEI MARIA DA PENHA. 4 EFICÁCIA DA LEI NO COMBATE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. 5 JULGADO FEMINICÍDIO NO STF. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

INTRODUÇÃO

A violência familiar e doméstica são formas de violação dos direitos dos seres humanos, manifestando os comportamentos e costumes socioculturais de cada local, abordados desde as origens, com a compreensão de superioridade masculina, sobre a mulher.

A estrutura patriarcal historicamente pela qual a sociedade organiza-se constituiu uma hierarquia entre mulheres e homens, concedendo as mulheres uma atribuição social inferioridade em relação aos homens. Com objetivo de garantia do gerenciamento das vidas e dos corpos das mulheres, mantendo na condição de subordinada, desenvolvendo um modelo misógino na organização social sobre a forma contínua do emprego da violência em suas inúmeras formas.

Nesse contexto, feminicídio é caracterizado por ser um homicídio doloso cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, isto é, inferiorizando a mulher e a dignidade da vítima pelo fato de ser apenas mulher, agindo de forma que o sexo feminino tivesse menos direitos do que as do sexo masculino.

Nesta ótica, é inserida a lei 13.104/2015 onde é decretado o chamado feminícidio, que foi incorporado ao Código Penal Brasileiro para ser aplicado como um agravante ao crime de homicídio, além de ser caracterizado como crime hediondo.

Diante do tema referente sobre o feminicídio vale ressaltar a justificativa dessa pesquisa, no atual contexto sobre a violência contra a mulher é uma melancólica realidade, desenvolvendo uma contribuição ao tema para adicionar mais uma referência possibilitando melhor entendimento do tema proposto. O presente trabalho promoverá a contribuição para uma leitura desenvolvendo uma reflexão analisando a legislação que comtempla o direito de integridade física do sexo feminino.

O presente trabalho tem como fundamental importância compreender como a lei 13.104/15 estabelece condições de apoio à segurança da mulher em relação ao crime de feminicídio.

1.ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS SOBRE O FEMINICÍDIO

A violência contra a mulher não é um fato recente, desde os primórdios da humanidade as mulheres vêm sendo vítimas de agressões, muitas vezes chegando a óbito, por outro lado, o que é novo, é a responsabilidade de combater tal violência, como condição para a construção da humanidade,

visto que o feminícidio define-se como a expressão máxima da violência contra a mulher (FONSECA et al., 2018).

De acordo com Teles e Melo (2003) a violência se caracteriza pelo uso da força psicológica ou intelectual obrigando a outra pessoa a fazer alguma coisa que não tem vontade, constrangendo, incomodando e impedindo a outra pessoa de manifestar sua própria vontade.

A violência é um problema mundial que afeta, principalmente, as pessoas em estado de vulnerabilidade social, pois geralmente, estão mais propícias e são as mais afetadas, a sua vulnerabilidade é representada pela quebra de vínculos e pela condição social, pela classe, pela raça, e por outros fatores, que justificam a preocupação social no combate a violência.

São inúmeras as causas relacionadas à violência, em grande parte, os problemas sociais correlacionado a miséria, fome, desemprego estão entre os fundamentais motivos, mas nem todos os tipos de violência estão relacionados pontualmente às condições financeiras (CAMARGO, 2016).

Em diversos casos as práticas de violência decorrem de forma silenciosa, nestes casos o agressor procura submeter emocionalmente a mulher, fazendo com sempre esteja em estado de alerta de medo do que poderá acontecer, caso suas vontades não sejam supridas, nesse contexto o agressor passa agredir os direitos essenciais do ser humano.

A violência de gênero não é um evento atual e tão pouco baseado na biologia que diferencia o homem e a mulher, nem sequer em algum fenômeno isolado, como os de condições de trabalho insalubre, ela é formada na realidade, um fenômeno provocado contemporânea na sociedade patriarcal, estabelecendo uma relação de profunda subordinação com profunda exploração entre os gêneros (CUNHA, 2014).

O Feminicídio é um termo relativamente novo, que tem em seu eixo a violência contra a mulher, em seus mais diversos aspectos, tem sido executado impunimente ao longo dos anos, ao menos, fosse considera ou tipificada até o início da década de 90.

> *A origem da expressão* "femicídio" *é denominada pela Diana Russell, que a utilizou pela primeira vez durante um discurso perante o Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, realizado na cidade de Bruxelas no ano de 1976, em uma sessão que reuniu cerca de duas mil mulheres de quarenta países a fim de compartilhar testemunhos e trocar experiências sobre opressão feminina e violência, denunciando os abusos contra elas cometidos. Jane Caputti anos depois, em parceria*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *com Russel escreveu um artigo para tratar do tema, intitulado* Femicide: sexist terrorism against women*, em que o termo é amplificado, de modo a designar as mortes de mulheres em razão do fato de serem mulheres (RUSSEL, 2011, p.12).*

Diante o exposto, o debate sobre o uso de um ou outro termo ainda é atual e por se tratar de um conteúdo relativamente novo, em diversos países optaram por fazer o uso da tipificação legal do termo femicídio, enquanto os demais optaram pelo uso de feminicídio, no entanto ambos são designado para com o assassinato misógino de mulheres (CLADEM, 2011).

Neste prisma, o feminicídio é classificado como uma morte motivada de uma discriminação de gênero, sendo o processo de violência o último adotando como abusos e privações a que a vítima, enquanto mulher, esteve sujeitada ao longo de sua vida.

Na visão de Bourdieu (2010) a violência contra a mulher, em seu contexto geral, surge de uma diferença biológica entre os sexos, construindo socialmente um sistema de dominação masculina, principalmente no que se refere à divisão social do trabalho, que atribui um papel ideal para cada um dos dois sexos.

No entendimento de Gomes (2012, p.67) representa a expressão referente a morte da violência de gênero como alternativa ao tipo criminal "homicídio".

De acordo com Bandeira (2018, p.01) diz que;

> *Feminicídio é o assassinato de uma mulher pela condição de ser mulher. São crimes que ocorrem geralmente na intimidade dos relacionamentos e com frequência caracterizam-se por formas extremas de violência e barbárie. São crimes cujo impacto é silenciado, praticados sem distinção de lugar, de cultura, de raça ou de classe, além de serem a expressão perversa de um tipo de dominação masculina ainda fortemente cravada na cultura brasileira. Cometidos por homens contra as mulheres, suas motivações são o ódio, o desprezo ou o sentimento de perda da propriedade sobre elas.*

Diante deste fenômeno, na sociedade que se encontra um alto índice violência contra a mulher, onde os primeiros registros de documentos internacional de direitos humanos que apresenta esta violência em 1993, na Assembléia

Geral das Nações Unidas. Neste documento foi definido a violência contra a mulher como todo ato de violência fundamentado no gênero que resulta, que resulta no dano ou sofrimento físico, sexual e psicológico, incluindo ameaça, coação ou privação arbitrária de liberdade, na vida pública ou privada (SANTI; NAKANO; LETIERRE, 2010).

Portanto, feminicídio é considerado a morte não acidental e feita de forma brutal e não ocasionada de uma mulher, regido por uma sociedade de caráter patriarcal, machista, sexista e misógina. Trata-se o feminicídio em sua concepção de ações de cunho mortal entre homem e mulher.

De acordo com Lagarde (2006) afirma que "o feminicídio o feminicídio não é apenas uma violência cometida por homens contra mulheres, mas por homens em posição de supremacia social, sexual, jurídica, econômica, política, ideológica e de todo tipo, sobre mulheres em condições de desigualdade, de subordinação, de exploração ou de opressão, e com a particularidade da exclusão".

> *O feminicídio decorre de condições socioculturais históricas, que geram e permitem práticas atentatórias contra a vida, a saúde, a integridade, a dignidade e a liberdade da mulher, para as quais contribuem não somente os autores da sociedade (família, matrimônio, comunidade), mas também o Estado, por meio de sua omissão, ineficácia, negligência na prevenção, deficiência na investigação, ausência de repressão e de um quadro legal e político de governo, que favoreça a visibilidade da violência contra as mulheres e o fim da impunidade, do silêncio e da indiferença social (GEBRIM; BORGES, 2014, p.64).*

"Os homicídios masculinos, em diversos países, são maiores que os femininos, porém, a menor magnitude dos assassinatos femininos não confere importância secundária, pois a maioria destas mortes por agressão são perpetrada por homens" (MENEGHEL, PORTELLA, 2017, p.3078).

Portanto, o assassinato de mulheres é um aspecto de manutenção do patriarcado mantendo a atual conjuntura social, dessa forma o Feminicídio ou Femicídio, é uma ferramenta usada para dominação e morte das mulheres que, por sua vez, não agem como deveriam, ou seja, essas mulheres não agem da forma esperada como sendo parte integrante dessa sociedade culturalmente patriarcal (GAYON, 2010).

2.A LEI 13.104/2015 – LEI DO FEMINICÍDIO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A lei 13.104/2015 modificou o código penal e o caracterizou como Feminicídio como crime hediondo no Brasil, crime este realizado contra mulheres em razão da condição de ser do sexo feminino. Lembra-se que somente se apresenta feminicídio, quando são comprovadas os motivos, podendo ser: agressões físicas ou psicológicas, abuso ou assédio sexual, tortura, mutilação genital, espancamentos entre qualquer outra forma de violência que gerem a morte de uma "mulher", ou seja por exclusiva questão de gênero (E PEREIRA,D PEREIRA, 2017).

O feminicídio foi inserido no artigo 121, §2º, VI do Código Penal diante ao crime de homicídio. De acordo com o artigo, é considerado homicídio qualificado a morte de mulher por razões de sexo feminino, e são elencadas as situações que se enquadram em tal descrição: violência doméstica e familiar e menosprezo ou discriminação à condição de mulher (MOSCARDINI, 2016).

A lei decretada pela então Presidente Dilma Rousseff, tem como eixo principal o escopo, assim como a lei 11.340/06, trivialmente denominado como Lei Maria da Penha, com a finalidade de reduzir a violência contra a mulher no país.

Não há dúvidas objetivo da referida lei é tratar sobre histórica desigualdade entre os gêneros, que em muitos casos os homens imaginam serem donos da mulher e comandar as suas ações no cotidiano, seja ela sua companheira, parente, ou qualquer outro grau de convivência.

É notório que em razão dos altíssimos índices de crimes contra as mulheres que fazem o Brasil assumir lugar de destaque no ranking mundial da violência contra a mulher. Pois cultura brasileira ainda de normalizar a discriminação contra a mulher. Caracterizando como a objetificação da mulher, resultando em casos mais graves, no feminicídio (PORFÍRIO, 2019).

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (2013) 35% das mulheres no planeta já sofreram violência sexual e física realizada por companheiro íntimo ou violência sexual perpetrada por um desconhecido. Nesse contexto mais de uma a cada três mulheres ao redor do mundo já foram vítimas de algum tipo de violência, embora ainda existam muitas outras formas de violência contra a mulher, que abrangem um vasto campo, desde simples agressão verbal até extremo do feminicídio.

Sobre a necessidade da Lei do Feminicídio pode-se ter como conclusão efetiva o alcance da diminuição da desigualdade material entre homens e mulheres, nesse cenário uma das primeiras transformações positivas foi a promulgação da lei é a criação de indicadores específico sobre o feminicídio no Brasil, desagregando pela primeira dos casos de homicídios de mulheres gerais, o que ajudará no conhecimento do crime e com capacidade de mensurar os

efeitos das políticas públicas no decorrer dos anos, ocasionando maior clareza ao problema (MOSCARDINI, 2013).

A agressão contra as mulheres pode ser compreendida desde a perspectiva das relações desiguais de submissão entre as mulheres para com os homens, que são apresentadas por meio de diversas formas de discriminação, exclusão e exploração.

A normalização da violência é tão acentuada que banaliza no cotidiano, passa a fazer parte de uma verdade absoluta que pode ser considerada quase que inalterável e na interiorização desta por parte das próprias mulheres que atuam com base em um padrão de submissão imposto pela cultura patriarcal.

De acordo com Mello (2015) a grande parte dessas mulheres foram assassinada quando tomaram a iniciativa de decretar o fim da relação, evidenciando que a dominação do homem é predominante nestas relações. Além do mais, a esta mesma dominação é reconhecida nos expedientes policiais, processuais e nos corredores dos fóruns.

Há de se considerar vários crimes contra as mulheres são examinados e julgados desconsiderando a condição do gênero, desprezando as desigualdades biológicas entre homens e mulheres, a subordinação, e não incorporando nos autos a submissão da mulher nas relações.

Vale destacar que a Lei Maria da Penha engloba toda e qualquer violência doméstica contra mulher, pois delimita uma conduta baseada exclusivamente no gênero, ou seja, relevante a condição de ser subordinada ao homem.

O artigo 5º, caput, da Lei nº. 11.340/2006 é taxativo:

> *Art. 5º Para os efeitos desta Lei configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.*

No entanto a edição da Lei n. 13.104/15, demonstrou que o Estado Brasileiro completa o sistema de proteção às mulheres, gerando como categoria de homicídio qualificado.

Pontos fundamentais da Lei:

> *I - Prevê o feminicídio como qualificadora do crime de homicídio quando é praticado contra a mulher (a) por razões da condição do sexo feminino(b);*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

II - Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolver:

a) violência doméstica e familiar contra a mulher;

b) ou menosprezo e discriminação contra a mulher.

III – Prevê causas de aumento da pena de 1/3 até a metade se o crime for praticado:

ü durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto;

ü contra menor de 1¢ anos, maior de 6o ou pessoa com de deficiência;

ü na presença de descendente ou ascendente da vítima. IV– Considera-se crime hediondo;

Vejamos a seguir alguns comentários sobre cada um deles

Sendo assim, para que possa acometer em uma conduta qualificadora de feminicídio é indispensável que o sujeito passivo seja do sexo feminino, e o crime tenha sido as motivações pela sua condição de ser mulher.

De acordo com Melo (2015, p. 52) os critérios são:

1) O critério psicológico: Existirá defesa no sentido de que se deve desconsiderar o critério biológico para identificar como mulher, toda aqueIa em que o psíquico ou o aspecto comportamental é feminino.

2) O critério jurídico cível: Deve ser considerado o sexo que consta no registro civil, ou seja, se houver decisão judicial para a alteração do registro de nascimento, alterando o sexo, teremos um novo conceito de mulher, que deixará de ser natural para ser um conceito de natureza jurídica.

3) O critério biológico: Deve ser sempre considerado o critério biológico, ou seja, identifica-se a mulher em sua concepção genética ou cromossômica. Neste caso,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *como a cirurgia de redesignação de gênero altera a estética, mas não a concepção genética, não será possível a aplicação da qualificadora do feminicídio.*

Em suma o maior problema é o uso do critério psicológico para caracterizar a "mulher" consiste no fato de que o mesmo é constituído pela convicção íntima do ser humano que compreende ser concernente ao sexo feminino, critério que pode ser, diante do caso ser analisado como subjetivo, não sendo coadunável com o Direito Penal moderno.

3.LEI MARIA DA PENHA

O movimento feminista foi um fator essencial no processo de criação e aprovação da lei chamada Maria da Penha, que tipificou a violência, titulando a violência doméstica e a estabeleceu como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que provoque a morte, lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico e dano moral ou patrimonial às mulheres, realizada em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor esteja ou tenha convivido com o mulher ofendida, independentemente de coabitação (MENEGHEL et al., 2013).

A chamada violência doméstica ocasionou críticas, nas diligências em que cerceou a violência de gênero no campo do domicílio conjugal, eliminando dos aspectos a conotação de desigualdade de gênero e enfatizando a atenção na família e não na mulher.

De acordo com Dias (2007, p.25) com a criação da Lei Maria da Penha, vem compreendida principalmente nos preceitos da dignidade da pessoa humana, disposta no artigo 1º, inciso III da Constituição Federativa do Brasil de 1988, in verbis:

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

A Lei Maria da Penha foi sancionada no ano de 2006 pelo presidente até então Luiz Inácio Lula da Silva, com 46 artigos compartilhados em sete títulos, ela cria mecanismos para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher em conformidade com a Constituição Federal (art. 226, § 8°) e os tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2019).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De acordo com Azevedo et al (2008) o desenvolvimento da Lei nº 11.340/06 em suas perspectivas de crítica dos resultados alcançados, são pela criação dos Juizados Especiais Criminais (JEC) para diminuição da violência de gênero.

Cabe ressalvar que os problemas normativos e as adversidade de implantação de um novo modelo para tratar com os confrontos de gênero levaram números esferas do campo jurídico e do movimento feminista a adotar um discurso de embate e crítica aos Juizados, particularmente direcionado contra a denominada banalização da violência que em suas decisões estariam ocorrendo, revelada na prática banal da aplicação de critério sobre o pagamento de uma cesta básica pelo acusado, não realizando aplicação de medida mais severas para servir de modelos para inibir os casos.

Lei Maria da Penha nesse contexto foi além da violência doméstica e familiar, em suas proporções ocorrência, definindo a violência doméstica, segundo o art. 7º demonstrar as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher entre outros aspectos:

> *I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;*
>
> *II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;*
>
> *III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;*
>
> *IV - A violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;*
>
> *V - A violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.*

O ordenamento jurídico precisava de uma legislação que fosse realmente factual na luta contra à violência doméstica, disponibilizando assegurar à vítima proteção policial por intermédio de adoção de medidas protetivas.

Ainda sobre esta análise, se houver risco de morte para a mulher, existe dispositivo que permitir fornecer transporte para abrigo seguro, assim como, deve ser comunicada dos seus direitos e serviços disponíveis existentes, conforme disposto no artigo 11 da Lei nº 11.340/06.

> *Art. 11. No atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências:*
>
> *I - garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário;*
>
> *II - encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal;*
>
> *III - fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida;*
>
> *IV - se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar;*
>
> *V - informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Assegurando assim a vítima que caso esta chegue à delegacia não acompanhada de um procurador, deverá ser-lhe oportunizando ao acesso a defensor público ou advogado.

Portanto, a Lei Maria da Penha pode ser considera o mecanismo de combate a violência doméstica ou qualquer ação ou omissão que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Ainda o quadro trazido por esta não é cansativo, desta forma, para além da violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, elencadas no rol de formas de violência doméstica, entre outras.

4 EFICÁCIA DA LEI NO COMBATE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Os benefícios com as criações da lei de combate a violência são consideráveis para o combate à violência doméstica, sendo seu principal progresso a formação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM), com a capacidade de atuação cível e criminal.

Nesse aspecto, a Lei Maria da Penha determina um conjunto de medidas que ficarão sobre a responsabilidade das polícias civil e militar para a concretização das medidas emergenciais que objetivam a garantia da integridade física, moral e patrimonial da vítima.

De acordo com Dias (2015) afirma que a Lei Maria da Penha surgiu para consertar uma cruel realidade, onde a sua exacerbada inexistência de uma legislação própria que atuasse no combate a violência doméstica, e também pelo indevido tratamento que era dado a mulher quando se dirigia para a delegacia de polícia na busca por assistência.

O contexto social brasileiro é assinalado por ter hábito secular oriundos das civilizações que tinha em seu eixo uma dominação machista com grandes índices de violência doméstica, como uma de suas características. Reconhecendo essas práticas de uma sociedade díspares justificando a promoção de políticas públicas, dentre elas a própria origem da Lei Maria da Penha, para a promoção dos direitos imprescindíveis da mulher para que a dignidade humana, alcançando assim o mesmo patamar entre mulheres e homens.

Mesmo com os progressos nas esferas dos direitos das mulheres, etapas significativas da introdução das novais leis favorecendo a mulher, ainda desponta o Brasil como um país com altos índices de violência a contra mulher.

Diariamente o aumento de estatísticas de violência contra mulheres nos apresenta que um grande número de mulheres ainda é submetido a alguma forma de violência, dos mais diversas categorias como: estupros, assédios,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

tortura, violência psicológicas ou físicas, agressões domésticas, perseguições e na sua expressão mais grave, o feminicídio.

Em virtude dos fatos mencionados apresenta o Brasil em destaque no cenário mundial, ocupando o 5º país com a maior taxa de homicídio de mulheres. No ano de 2010 estava ocupando o 7º lugar, ou seja, apesar das medidas protetivas e punitivas, o índice cresceu (ONU, 2017).

Em uma segunda análise o Mapa da violência do ano de 2015 demonstra que mais de 106 mil mulheres brasileiras foram vitimas de assassinato no espaço de tempo de 33 anos. Ainda sobre esta ótica de informações sobre violência o Brasil registrou um total de 8 homicídios de mulheres ao dia durante o mês de março de 2016 a março de 2017, de acordo com levantamento feito pelos ministérios públicos estaduais. (ONU, 2017).

Durante o ano de 2017 foram aproximadamente 3 mil mulheres assassinadas, com elevado aumento de 8,8% referente aos anos anteriores. Mais de 50% dos casos cometidos são de cunho de familiares com cerca de 33% pelo atual parceiro ou o seu ex-parceiro, que é um número estarrecedor, desse modo existe de um medo permanente de nascer mulher em um país com altos índices de violência (ONU, 2017).

É notório que a população conhece e teme, os riscos inerentes pelo fato de ser mulher, nesse contexto o Estado brasileiro com a maior índice de mortalidade entre as mulheres é Estado de Roraima, com 11,4% mortes para cada 100 mil habitantes. Estes dados se relacionam com a perca da economia do Brasil perde aproximadamente de 1 bilhão por ano devido a agressão das mulheres em sua casa. No cenário das mulheres negras os números ampliaram em 54% na última década. Ao contrário das taxas de mulheres brancas que nesse período diminuiu em 9,8% no mesmo período de tempo. Nessas esferas as certidões de óbitos das vítimas, demonstram que a arma de fogo é o instrumento mais usado nos homicídios (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2019).

Cabe ressalvar que a política militar que objetiva impedir a violência doméstica e familiar, exerce um conjunto de ações articulado com as esferas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, além de atividades não governamentais como mecanismo de integração ao Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação.

As normas jurídicas brasileiras ainda que sobre a elaboração da Lei da Maria da Penha e Lei do Feminicídio está em constante aprimoramento para melhoras os instrumentos de prevenção, assistência às vítimas, com a incorporação de políticas públicas e punição mais severas para os agressores. Trazendo mais recursos para proteção da mulher em situação de violência doméstica e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

familiar, possibilitando uma assistência mais eficiente, resguardando os seus direitos fundamentais enquanto vítimas.

5.JULGADO FEMINICÍDIO NO STF

No habeas corpus nº 165.231, o Supremo Tribunal Federal (STF) na decisão do ministro Luís Roberto Barroso, declinou o provimento ao Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC), no qual a defesa de L.G.N., preso preventivamente sob acusação de assassinar a sua ex-esposa em Natal no Estado do Rio Grande do norte ano de 2017, solicitou a sua soltura.

> *PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FEMINICÍDIO. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA DECISÃO DE PRONÚNCIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. MODUS OPERANDI. PERICULOSIDADE DO AGENTE. AMEAÇA AOS FAMILIARES DA VÍTIMA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *A orientação do Tribunal é no sentido de que a periculosidade do agente, evidenciada pelo modus operandi, constitui fundamentação idônea para a decretação da custódia cautelar (v.g HC103.330, Rel. Luiz Fux, RHC 116.965, Relª Minª Cármen Lúcia, HC116.151, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).*
>
> *Diante do exposto, com base no art. 192, c/c o art. 312, ambos do RI/STF, nego provimento ao recurso ordinário em habeas corpus.*

O suspeito teve a prisão preventiva decretada pelo juízo da 3ª Vara de São Gonçalo do Amarante (RN) pela suposta prática de feminicídio. Tanto o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) negaram pedido da defesa para sua liberdade.

Durante o Recurso Ordinário em Habeas Corpus, a defesa alegou que não está suficientemente fundamentada a permanência da custódia, contudo a orientação do Supremo Tribunal Federal (STF) é na direção de que a periculosidade do agente, demonstrada pelo seu modo de agir, é embasamento válido para a decretação da custódia cautelar.

CONCLUSÃO

O feminicídio desenvolveu uma demonstração das mais profundas violência machista em decorrência das relações díspares de autoridade entre o sexo masculino e feminino, tendo como sustentação a garantia da integridade dos direitos das meninas e mulheres, que no decorrer da história vem sofrendo com inúmeros casos de violência.

Com a criação ações como medida para punir as violência foi criado a Lei Maria da Penha e mais recentemente a Lei do Feminicídio, pois sobre esta ótica a violência contra a mulher iniciou a ser punida e estudada, no entanto essas medidas são de sumas importância, pois sem elas a tipificação penal e muitos outros medidas governamentais que objetivam a diminuição da violência e discriminação contra o sexo feminino no Brasil não seriam elaborados, dispondo para as mulheres a acessibilidade no alcance das medidas protetivas ou para a assistência durante a reabilitação das vítimas de violência.

Contata-se que as distinções entre o homicídio e feminicídio pode ter caráter semelhantes, pois a finalidade dessa personalização tem como o cerne de que a nossa sociedade ainda nos moldes patriarcal, onde as mulheres quando submetidas a uns relacionamentos abusivos, à violência doméstica e a tratamentos violentos e desumanos, pelo fato de serem mulheres.

Note-se que a legislação ainda conta com muitas lacunas que precisam ser preenchidas, pois mesmo com rigorosidade que alguns casos são colocados ainda sim, ainda acontecem muitos casos diariamente de violências contra mulher.

Portanto, o princípio da lei de feminicídio é de fato uma garantia para todas as meninas e mulheres, pois será aplicada quando for cometido crime contra a mulher por motivos da condição de ser mulher, este preceito da lei do feminicídio é essencial no campo político, social e jurídico.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de et al. Sistema Penal e Violência de Gênero: análise sócio-jurídica da Lei 11.340/06. Sociedade e Estado. Brasília. UnB, 2008, 2008.

BANDEIRA. Lourdes. **Feminicídio**: a última etapa da violência contra a mulher. Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/feminicidio-a-ultima-etapado-ciclo-da-violencia-contra-a-mulher-por-lourdes-bandeira/. Acesso em: 26 out. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Bertrand Brasil, 2010.

BRASIL. Lei 11.340/2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 165.231. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Natal, Brasília, DF, 29 nov. 2018. Disponível em: https://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/FA7_manual_formata%C3%A7%C3%A3o_monografia_juridica_2ed.pdf. Acesso em: 12 jun. 2019.

CAMARGO, O. **Violência no Brasil, outro olhar. Brasil escola**, abr. 2016. Disponível em: <http://brasilescola.uol.com.br/sociologia/violencia-no-brasil.htm>. Acesso em: 8 maio 2016.

COMITÊ LATINO-AMERICANO E DO CARIBE PARA A DEFESA DOS DIREITOS DA MULHER (CLADEM). **Contribuciones al debate sobre la tipificación penal del feminicidio/femicidi**o. Lima: CLADEM; 2011.

CUNHA, B. M. **Violência contra a mulher, direito e patriarcado**: perspectivas de combate à violência de gênero. In: JORNADA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DE DIREITO DA UFPR, 16., 2016, Paraná. Anais... Paraná: UFPR, 2014. p. 149-170. Disponível em: http://www.direito.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2014/12/Artigo-B%C3%A1rbara-Cunha-classificado-em-7%C2%BA-lugar.pdf. Acesso em: 26 oout. 2019.

DIAS, Maria Berenice. A **Lei Maria da Penha na Justiça**. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2007.

____. **Lei Maria da penha**. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2015.

FONSECA, Maria Fernanda Soares. Et al. **O Feminicídio como uma manifestação das relações de poder entre os gêneros**. JURIS, Rio Grande, v. 28, n. 1, p. 49-65, 2018. Disponível em: https://periodicos.furg.br/juris/article/view/7680. Acesso em: 26 out. 2019.

GAYÓN, Mariana Berlanga. **Las Fronteras Del Concepto "Feminicidio**": Una lectura de los asesinatos de mujeres de américa latina. Fazendo Gênero 9: Diásporas, Diversidades, Deslocamentos. De 23 a 26 de agosto de 2010. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/202/ril_v51_n202_p59.pdf. Acesso em: 26 out. 2019.

GEBRIM, L. M.; BORGES, P. C. C. **Violência de gênero**: tipificar ou não o femicídio / feminicídio? Revista Informativa Legislativa. Brasília: n. 202, p. 59-75, 2014.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. **Resumo da lei**. 2019. Disponível em: http://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/resumo-da-lei-maria-da-penha.html. Acesso em: 26 out. 2019.

LAGARDE, Marcela y de los Ríos. **Del femicidio al feminicidio**. Desde el jardín de Freud. Bogotá, 2006. Disponível em: https://revistas.unal.edu.co/index.php/jardin/article/view/8343. Acesso em: 26 out. 2019.

MELLO, Adriana Ramos. **Feminicídio**: breves comentários à lei 13.104/15. Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 23, p. 47-100,2015.

MENEGHEL, Stela Nazareth et al. **Repercussões da Lei Maria da Penha no enfrentamento da violência de gênero**. Ciência & Saúde Coletiva, v. 18, p. 691-700, 2013.

MENEGHEL, Stela Nazareth; PORTELLA, Ana Paula. **Feminicídio**: conceitos, tipos e cenários. Ciência & Saúde Coletiva, v. 22, p. 3077-3086, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n9/1413-8123-csc-22-09-3077.pdf. Acesso em: 26 out. 2019.

MOSCARDINI, Maria Laura Bolonha. **Feminicídio e a lei 13.104/20**15: a necessidade da lei do feminicídio à promoção da igualdade material das mulheres. Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca, v. 1, n. 1, p. 45-64, 2016.

ONU. **Taxa de feminicídios no Brasil é a quinta maior do mundo; diretrizes nacionais buscam solução**. Disponível em: https://nacoesunidas.org/onu-feminicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/> Acesso em: 26 out. 2019.

PEREIRA, Elizangela.;PEREIRA, Daisymar. **Feminicídio no brasil**: estatísticas mostram que brasil é o quinto país que mais matam mulheres. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/62399/feminicidio-lei-n-13-104-de-9-de-marco-de-2015. Acesso em: 26 out. 2019.

PORFÍRIO, Francisco. **"Feminicídio"**; Brasil Escola. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/sociologia/feminicidio.htm. Acesso em 26 de outubro de 2019.

RUSSEL, Diana E. H. **The Origin And Importance Of The Term Femicide**. Dez. 2011. Disponível em: http://www.dianarussell.com/origin_of_femicide.html. Acessado em: 26 ou. 2019.

SANTI, Liliane Nascimento de; NAKANO, Ana Maria Spanó; LETTIERE, Angelina. **Percepção de mulheres em situação de violência sobre o suporte e apoio recebido em seu contexto social**. Texto & Contexto Enfermagem, v. 19, n. 3, p. 417-424, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/tce/v19n3/a02v19n3.pdf. Acesso em: 26 out. 2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Global and regional estimates of violence against women:** prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence [Internet]. Geneva: World Health Organization; 2013 [cited 2016 Jun 21]. Available from: Available from: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85239/1/9789241564625_eng.pd

---

[1] Orientador do Curso de Direito Centro Universitários FAMETRO.

www.conteudojuridico.com.br

DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL X MUNICIPALIZAÇÃO: A INVISIBILIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RUA

ITALO JOHNSON SILVA SOUSA:
Graduando do Curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

LUIZ JOSÉ ULISSES JUNIOR [1]

(Orientador)

RESUMO: O propósito deste trabalho visa analisar a temática referente à existência de crianças e adolescentes que sobrevivem nas ruas. Que de certa forma tem sido uma constante no cenário das cidades brasileiras. Analisar o princípio da municipalização e o da proteção integral face a invisibilidade de crianças e adolescentes em situação de rua no Brasil. Metodologicamente, este presente trabalho compõe-se de pesquisa bibliográfica com a abordagem dedutiva. A pesquisa bibliográfica foi realizada a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites. A finalidade de demonstrar os direitos inerentes às crianças e adolescentes em situação de rua, abordando os princípios da municipalização e da proteção integral, destacando a importância de sua aplicação. Neste sentido, conclui-se que de alguma forma tais princípios, com relação a essas crianças e adolescentes que se encontram em tal situação, suprem as necessidades e dão o suporte necessário e suficiente para retirá-las de tais situações sociais, acontece que muitas das vezes, por não se adequarem e até mesmo estarem acostumados a viverem naquela situação acabam retornando às ruas.

Palavras-chave: princípios; invisibilidade, situação de rua, crianças, adolescentes

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze the theme regarding the existence of children and adolescents who survive on the streets. Which in some ways has been a constant in the scenario of Brazilian cities. To analyze the principle of municipalization and full protection against the invisibility of street children and adolescents in Brazil. Methodologically, this paper consists of bibliographic research with the deductive approach. The bibliographic research was conducted from the survey of theoretical references already analyzed, and published by written and electronic means, such as books, scientific articles, web site pages. The purpose of demonstrating the inherent rights to street children and adolescents, addressing

the principles of municipalization and full protection, highlighting the importance of their application. In this sense, it is concluded that somehow these principles are lacking in relation to these children and adolescents who are in such a situation, not giving the necessary and sufficient support to remove them from such social situations.

Keywords: The principles, invisibility, street situation, children, teenagers

Sumário: 1 Introdução. 2 História da criança e adolescente em situação de rua 2.1 Criança e Adolescente. 2.2 Situação de rua. 3 Princípios. 3.1 Princípio da municipalização. 3.2 Princípio da proteção integral. 4 Legislação lei nº 8.069 13 de julho de 1990 e Constituição Federal de 1988. 5 Dos direitos fundamentais de Crianças e Adolescentes. 5.1 Do direito à vida. 5.2 Do direito à saúde. 5.3 Direito à alimentação. 5.4 Direito ao esporte e lazer. 5.5 Direito a dignidade. 5.6 Direito ao respeito. 6 O cotidiano de Crianças e Adolescentes em situação de rua e a rua como espaço de sobrevivência.7 Conclusão. 8 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A rua tem se tornado um local de moradia para muitas pessoas que desenvolvem vários tipos de atividades. Os "menores de rua", como foram designados por volta dos anos 1980, observando o conceito de Criança e Adolescente e a concepção acerca do fenômeno "situação de rua"

Conduzindo a problemática de verificar qual a eficácia do princípio da municipalização combinado com o da proteção integral nos casos de crianças e adolescentes em situação de rua no Brasil.

O foco, deste trabalho visa tratar das Crianças e Adolescentes que fazem parte dessas pessoas que tem a rua como vivência. Tendo como objetivos analisar tais princípios frente a invisibilidade das crianças e adolescentes em situação de rua; revisar a bibliografia a respeito do Estatuto da Criança e Adolescente, ressaltando a realidade da sociedade brasileira a respeito dos avanços da legislação em relação aos direitos relacionados as crianças e adolescentes, que é permeada por lacunas que comprometem a efetivação e garantias desses direitos, gerando condições de vida adversas às crianças e adolescentes.

2 HISTÓRIA DA CRIANÇA E ADOLESCENTE EM SITUAÇÃO DE RUA NO BRASIL

Na tentativa de entender o cotidiano das crianças e adolescentes em situação de crise pessoal e social no fim do século XIX e começo do século XX, é necessário observar os fatos significantes na história social do Brasil.

Crianças e jovens encontravam nas atividades de rua o caminho para lidar com a pobreza; assim "[...] o roubo, o furto, a prostituição e a mendicância tornavam-se instrumentos pelos quais estes menores proviam a própria sobrevivência e a de suas famílias" conforme Santos (2004). A condição em que se encontrava a maior parte da população pobre brasileira do século XX foi responsável pela ocupação dos espaços públicos urbanos, para o desenvolvimento de várias atividades lícitas ou ilícitas, passavam a vagar pelas ruas, tornando-se assim um incômodo para o Estado.

Na diligência de solver essa problemática, o Estado criou leis e políticas públicas de "atendimento" a estas pessoas e dentre as quais estavam as crianças e adolescentes em situação de perigo pessoal e social que também foram vítimas dos mecanismos de atendimento, intensos ou demandas executadas pelo Estado.

Conforme menciona Marcilio (2006, p.224), no século XIX era clara a distinção entre criança rica e criança pobre. A primeira era tida como ponto central da atuação do Estado e da educação, com o objetivo de prepará-la para dirigir a sociedade. A segunda, virtualmente inserida nas 'classes perigosas' era estigmatizada como 'menor', "[...] deveria ser objeto de controle especial, por se encontrar em tal posição meio a sociedade, de educação elementar e profissionalizante, que a preparasse para o mundo do trabalho'.

É importante destacar que o termo "menor" sempre foi usado de forma preconceituosa, para caracterizar as crianças e adolescentes pobres, criando uma clara distinção entre estas e as que detinham boa condição.

Em 1927, foi aprovado o Código de Menores (elaborado pelo jurista Mello Mattos em 1925), o qual visava ao atendimento aos "menores infratores e abandonados", ou seja, a todos os que estavam em situação irregular.

Art. 2º. Para efeito deste código, considera-se em situação irregular o menor: I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para prevê-las; II – vítima de maus-tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

eventual dos pais ou responsável; V – com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI – autor de infração penal. Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independente de ato judicial.

É nesse período que se inicia a fase denominada por Silva (1998) de "assistencial". O poder judiciário cria e regulamenta o juizado de menores e as instituições auxiliares, passando o Estado a ser o "[...] responsável legal pela tutela da criança órfã ou abandonada. Diminui sensivelmente os casos de abandono anônimo e a mortalidade dos expostos, mas acentua-se a tutela sobre o exposto até os 18 anos de idade". Situado o código em seu tempo histórico, devemos considerar que ele representou um grande avanço na garantia de direitos das crianças e adolescentes, rompendo com um modelo de violência anteriormente imposto.

Antes da criação do Código de Menores, a União Internacional já havia redigido um documento que ficou conhecido como Declaração de Genebra e que apontava os princípios básicos da proteção e cuidado à infância. É importante ressaltar que esse documento não é apenas um desejo da União, mas o resultado do clamor do povo por justiça.[2] Na prática, o Brasil não levou muito a sério tal documento e alguns princípios do Código de Menores, já que as medidas de atendimento às crianças e adolescentes pobres na maioria das vezes os constrangiam.

Os atos para a guarda da ordem pública, por conseguinte colocados em prática no estado de São Paulo, onde, em 1935, fora criado o Serviço Social de Assistência a Proteção do Menor (SAM). As crianças e adolescentes apreendidos nas ruas, por qualquer motivo, eram levados ao abrigo de triagem do serviço social de menores, onde eram reunidos por idades. O Estado passa a executar políticas higienistas, retirando das ruas não apenas os que estavam em situação de rua, mas todos que representassem uma ameaça à ordem que se pretendia estabelecer. Esta ação do Estado fez aumentar significativamente o número de crianças e adolescentes ditos abandonados, já que "estar na rua", por qualquer motivo era justificativa de abandono.

No que se refere a escola, esta era algo quase que inteiramente ocupado pela classe média, pois a mesma era um lugar onde se aprendia o recato com extensão familiar. Nelas as professoras se tornaram "tias", responsáveis pelo cumprimento das exigências do "estado padrasto" que se considerava responsável pela boa educação dos alunos, desviando o real objetivo da educação para o controle social.

No ano de 1964, em meio a pressões anarquistas, surgiu a Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBM), abrangendo todos os que tinham menos de 21 anos, independentemente da procedência de classe social. Porém, só eram chamados de "menores" os que vinham das famílias pobres. No mesmo ano, foi criada pelos governos estaduais a fundação Estadual para o Bem-Estar do Menor (FEBEM)[3], lugar, qualificado espaço educativo, apenas servia como espaço de correção reservado às crianças e adolescentes de classe pobre que precisavam ser educados por serem considerados inaptos à sociedade.

A "FEBEM" foi considerada casa de tortura e espancamento, e ao invés de apresentar um trabalho educativo apenas despertavam a ira dos que por ali passavam. (COSTA, 1999).

2.1 Criança e adolescente

O conceito de criança e de adolescente está previsto no artigo 2º do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA). Tal dispositivo estabelece uma importante divisão conceitual, com implicações práticas relevantes. Considera-se criança a pessoa com 12 (anos) incompletos, ou seja, aquela que ainda não completou. Por sua vez adolescente é aquele que conta 12 (doze) anos completos a 18 anos incompletos. O critério adotado pelo legislador é apenas cronológico, sem adentrar em distinções biológicas ou psicológicas acerca do alcance da puberdade ou do amadurecimento da pessoa.

A importância de estabelecer a idade para a criança e o adolescente está diretamente ligada ao desacato de direitos ocorridos desde as invasões portuguesas até a modernidade, onde o adulto por se considerar superior a tudo e a todos, acabava por transgredir os direitos destes. Uma das práticas mais comuns em acontecer esse desacato relaciona-se ao trabalho infantil, em que não há observância nenhuma das normas que definem a idade para exercerem tal atividade.

2.2 Situação de rua

A concepção do fato "situação de rua", a miséria e a pobreza não são ocorrências recentes. No decorrer da história da humanidade radicaliza-se a exclusão, e criam-se diversas vítimas da violência social. No mundo globalizado, a situação se agrava, pois não são apenas os sem tetos, os deficientes físicos ou mentais, os dependentes químicos etc. são diversas as pessoas que se qualificam aqui, por apresentarem estratégias de sobrevivências que só na rua conseguem encontrar. Desse modo, o universo de rua abrange trajetórias de vida das mais variadas experiências. Alguns encontram nela a forma de moradia; outros manejam os elementos que ela oferece,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

convertendo os descartes coletivos em ciclo econômico pessoal, para lidar com o mundo capitalista.

As crianças e adolescentes que ocupam esses espaços são popularmente denominadas "crianças de rua", expressão utilizada para caracterizar aqueles que estão em situação de rua. Por estarem na rua, pertenciam a ela, tornando-se responsabilidade do Estado que os incluía em uma Doutrina de Situação Irregular imposta pelo código de menores de 1979.

Logo a classificação do fenômeno "situação de rua" segue a óptica do estudo feito. Nesse sentido, é significativo pensar na identificação do sujeito em função da sua situação, na divergência das cenas urbanas: no encontro de pessoas que não são vistas, são esquecidas, consideradas invasoras do espaço público, que incomodam pelo lugar que ocupam.

O perfil das crianças e dos adolescentes em situação de rua só passou a ser estudado de forma sistemática no Brasil a partir da segunda metade da década de 1980. Parte da literatura costumava dividir as crianças e adolescentes em situação de rua de acordo com dois amplos perfis, considerando como um dos principais fatores em sua descrição a existência ou não de vinculação com a família. (RIZZINI, 2008).

O Fundo das Nações Unidas para Infância (UNICEF) [4] divide as crianças em dois grupos: crianças na rua e crianças de rua. A primeira considera as que vivem com a sua família, que podem ter habitação ou mesmo viver na rua, em terrenos baldios, prédios abandonados etc., mas passam muito do seu tempo na rua "trabalhando", voltando para as suas famílias ao fim do dia. As crianças de rua são aquelas que me permanecem maior tempo na rua, com pouco ou quase nenhum contato com a família (NEIVA-SILVA; KOLLER, 2002).

A criança e o adolescente sempre foram alvos de grandes discriminações por parte de toda a sociedade, a qual não se preocupava em respeitá-los, ou entendê-los, desconhecendo o fato de que os mesmos são pessoas ainda em desenvolvimento. Considera-se que a questão de crianças e adolescentes que se encontram nas ruas, muito provavelmente, envolve fatores e causalidades que acabam por mesclar considerações de várias abordagens.

A rua por si só leva a uma condição de vulnerabilidade social. No caso da população infanto-juvenil, Malvasi (2008) afirma que a vulnerabilidade está associada a determinados aspectos negativos, como exemplo: a falta de garantia dos direitos e oportunidades nas áreas de educação, saúde e proteção social, envolvimento com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

drogas e com situações de violência (doméstica e comunitária), a situação de rua, o trabalho infantil, dentre outras.

Buscar compreender o mundo que estas crianças e adolescentes em situação de rua vivem, importa num aprofundamento do seu cotidiano, em seus destinos e nas políticas públicas implementadas. Para tanto, é necessário introduzir a compreensão de programas e propostas governamentais no contexto político, econômico e social brasileiro, abarcando as interferências deste na ampliação ou diminuição do número de crianças e adolescentes em situação de rua.

3.PRINCIPIOS

3.1 Princípio da proteção integral

O princípio da proteção integral é o que fundamenta toda a redação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Tal princípio almeja proteger os direitos fundamentais para que o pleno desenvolvimento seja alcançado. Culmina-se no princípio da dignidade humana. É fundamental a compreensão do caráter principiológico adotado pelo ECA. A lei tem o objetivo de tutelar a criança e ao adolescente de forma ampla, não se limitando apenas a tratar de medidas repressivas contra seus atos infracionais. Pelo contrário, o ECA dispõe sobre direitos, formas de auxiliar sua família, tipificação de crimes praticados contra crianças e adolescentes. Enfim, por proteção integral deve-se compreender um conjunto amplo de mecanismos jurídicos voltados à tutela de criança e adolescente.

Para Cury e Garrido (2002), a proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a ideia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.

A doutrina da proteção integral foi uma revolução inovadora do direito infanto-juvenil. Sendo uma nova visão baseada nos direitos próprios e especiais das crianças e adolescentes, que, na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento necessitam de proteção diferenciada, especializada e integral.

O art. 1º está afinado com a vontade emanada da constituição federal de 1988 (CF/88), cujo o art. 227 determina que "é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, exploração, crueldade e opressão."

As violações de direitos estão entre as principais causas da invisibilidade de crianças em contextos de vulnerabilidade social. Embora não seja possível medir com precisão a amplitude de tais violações, alguns elementos contribuem para que as crianças desapareçam dentro de suas famílias e comunidades, tornando-se invisíveis para os governos e para a sociedade como um todo (UNICEF, 2006). Consideramos que o enfraquecimento dos vínculos familiares e comunitários, a proteção inadequada do Estado, a ausência da escola, o trabalho infantil, o envolvimento com o tráfico de drogas, e exploração sexual, entre outros elementos, tornam crianças e adolescentes em situação de rua um grupo particularmente suscetível à violação de direitos.

Condições socioeconômicas precárias e uma multiplicidade de fatores relacionados a essas condições acarretam problemas de natureza psicossocial, afetando a saúde física e mental dos indivíduos, podendo gerar, inclusive, seu afastamento de sua família e comunidade (SAWAIA, 1999; GOMES; PEREIRA, 2005; COUTO, 2012). A ida de crianças e adolescentes para as ruas frequentemente representa um sinal extremo e um pedido de socorro que antes não foi ouvido ou efetivamente reconhecido. Isso pode significar a não escuta das necessidades destes que, muitas vezes, acabam buscando na reprodução e na perpetuação da violência uma modalidade de inscrição social e, até mesmo, de firmar laços sociais e familiares fortemente fragilizados (QUINTANA; GONÇALVES, 2010). A inserção debilitada e subalternada, que inviabiliza as comunidades pobres, concede aos jovens todos os elementos necessários para reproduzir seu papel social. Por isso a ida para as ruas pode ser entendida como uma tentativa de criar outras possibilidades de vida e de indagar a sua realidade (VARGENS, 2011).

O direito ao desenvolvimento abarca não só um crescimento econômico, mas representa um processo multidimensional, com amplas mudanças no econômico, social, cultural, ambiental, educacional, de saúde e político de um país.

A Declaração das Nações Unidas sobre o direito ao desenvolvimento, de 1986, situa a pessoa humana como sujeito central do desenvolvimento e declara o direito ao desenvolvimento como um direito humano inalienável de toda pessoa humana e todos os povos.

Para Feitosa (2013, p.173-174), o direito ao desenvolvimento se situa no "universo maior dos direitos humanos, caracterizado como direito de povos e coletivamente, em privilegio da dimensão individual e social, nas relações que priorizam a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

dignidade humana". O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) do Brasil apresentou aumento em relação a 2013, mas ainda tem muito que evoluir acerca da extensão de garantias de direitos fundamentais, em especial o da educação. As evoluções nas três dimensões do índice (vida longa e saudável, educação e padrão de vida decente) mostram uma convergência rumo a uma maior harmonização do desenvolvimento humano no Brasil, ao longo dos anos, mas isso significa que estamos caminhando em passos lentos, visto que também não obtivemos grandes resultados na inserção social.

Por certo que a criança e o adolescente, para usufruírem adequadamente de todos os direitos que lhes são assegurados pela proteção integral, deverão contar com uma família, a qual, de preferência, deve constituir-se de seus pais biológicos, nos moldes estabelecidos em lei. Interessante notar que, pelo ECA, o melhor lugar para que o menor possa crescer adequadamente é no seio da família, e, preferencialmente, no seio de sua família.

Para Donizeti (2002), a família natural é a comunidade primeira da criança. Lá ela deve ser mantida, sempre que possível, mesmo apresentando carência financeira. Lá é o lugar onde devem ser cultivados e fortalecidos os sentimentos básicos de um crescimento sadio e harmonioso. Quando por algum motivo, essa família desintegra-se, colocando em risco a situação de crianças e adolescentes, surge então, a família substituta, que supletivamente, tornará possível sua integração social, evitando a institucionalização.

O menor não vive unicamente no seio de sua família, mas, ao contrário, uma vez nela, passa a conviver no seio da comunidade em que vive. Pensando nisso, o artigo 19 do ECA estabelece que "toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da família e, excepcionalmente em família substituta, **assegurada a convivência familiar e comunitária**, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes" (grifo nosso).

3.2 Princípio da Municipalização

A Constituição da República descentralizou e ampliou a política assistencial. Disciplinou a atribuição concorrente dos entes da federação, resguardando para a União competência para dispor sobre as normas gerais e coordenação de programas assistenciais.

Cabe aqui, iniciarmos, destacando que o princípio da prioridade absoluta visa garantir os direitos fundamentais das pessoas em desenvolvimento e, para tanto, requer participação efetiva da família, sociedade e do Poder Público. Assim, parte

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

da função se efetiva na adoção pelo Poder Executivo (União, Estados e Municípios) de políticas sociais que visem reduzir a crise social.

Art. 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento:

I - Políticas sociais básicas;

II - Políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que deles necessitem;

III - Serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão;

IV - Serviço de identificação e localização de pais, responsável, por crianças e adolescentes desaparecidos;

V - Proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente.

VI - Políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

VII - Campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente ao prever a descentralização das atividades por meio da municipalização do atendimento, dissipa a esfera de atuação, de coordenação e de execução das políticas e programas referentes a estes seres. Se antes tal esfera de atuação ficava concentrada nos órgãos da União e do Estado, em razão do ECA, passa a abranger também os municípios em virtude de estarem esses últimos mais próximos dos problemas a infância e a juventude.

A relevância do Poder Público local na legislação estatutária é facilmente verificável. O art. 88 elenca as diretrizes da política de atendimento determinando sua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

municipalização, criação de conselhos municipais dos direitos da criança, criação e manutenção de programas de atendimento com observância da descentralização político-administrativa. A municipalização, busca alcançar eficiência e eficácia na prática da doutrina da proteção integral.

Mostra-se indispensável tornar a municipalização real, exigindo que cada município instale seus conselhos – sendo essencial, nesse aspecto, a atuação do Ministério Público – fiscalizando a elaboração da lei, para que seja assegurada prioridade nos programas sociais e a destinação de recursos para programações culturais, esportivas e de lazer, voltadas para crianças e adolescentes.

Assim, para que se possa perceber as necessidades das crianças e dos adolescentes é necessário a municipalização do atendimento, para acolhimento das características específicas de cada região. Além de que, quanto mais próximo dos problemas existentes e com isso conhecendo as causas de realidade desses problemas será mais fácil resolvê-los.

Art. 88. São diretrizes da política de atendimento

I – Municipalização do atendimento (...)

Tal artigo, trata da descentralização somada com a aplicação das políticas assistenciais, simplificando assim a fiscalização das implementações e cumprimentos das metas determinadas nos programas do poder público por aqueles que se encontram mais próximos dos cidadãos, os municípios.

4 LEGISLAÇÃO LEI Nº 8.069 13 DE JULHO DE 1990 E CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os direitos fundamentais da criança e do adolescente são os próprios direitos de qualquer pessoa humana, assim como o direito à vida e a saúde, à educação e a liberdade, ao respeito e a dignidade, à convivência familiar e comunitária, à cultura, ao lazer e ao esporte, a profissionalização e a proteção no trabalho. Esses direitos são garantidos não tão-somente no art. 5º da Constituição Federal (CF), assim como no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

A Constituição Brasileira de 1988 e o Estatuto da Criança e do adolescente (Lei n. 8069/90) introduziram na cultura jurídica brasileira, um novo paradigma inspirado pela concepção de criança e do adolescente como verdadeiros sujeitos de direito, em condição peculiar de desenvolvimento. E, diferente é a contribuição absolvida acerca de fatos vividos em outros países para ampliação da proteção às crianças de rua, mas não menos importante.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Como esse segmento da sociedade não dispõe de meios próprios para autodefesa, o ECA tratou de introduzir a participação efetiva da família, comunidade, da sociedade e do próprio Estado, colocando-os como verdadeiros defensores desses direitos. Pela nova visão, a interpretação do estatuto deve ser feita sempre em benefício dos menores, havendo a prevalência dos seus interesses, no que diz respeito as condições peculiares de pessoas, ainda em desenvolvimento.

Em decorrência dessa condição peculiar, criou-se pelo ECA uma série de direitos afetos aos menores, o que se denominou de proteção integral, ora estudado, para que os mesmos tenham todas as condições para um desenvolvimento adequado, visando a sua perfeita formação.

5 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, trouxe uma série de direitos fundamentais a crianças e adolescentes, até então não instituídos, tratando em seu artigo 227 que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e jovem com absoluta prioridade o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de coloca-los a salvo de toda forma de negligencia, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 2019).

Desse modo, por tratar-se de direitos fundamentais e estarem contidos na Constituição da República Federativa do Brasil, não podem ser suprimidos do ordenamento. Sendo os direitos fundamentais presentes na CF/88, nada mais sensato que estes sejam protegidos de qualquer possível ataque jurídico, possibilitando o reconhecimento de cidadão.

Logo, é perfeitamente cabível afirmar que sem tais direitos, ou na eventualidade de sua supressão, "a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive" (SILVA, 2008).

É nesse sentido que o Estatuto da Criança e do Adolescente tratou de implantar medidas protetivas, e fortalecer direitos fundamentais de crianças e adolescentes já mencionados na CF/88, visando superar a cultura menorista e concretizar os princípios e diretrizes da proteção integral (CUSTODIO, 2009).

5.1 do direito à vida

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O ECA apresenta, da mesma forma que a nossa Carta Magna uma série de direitos fundamentais dos menores, dentre eles o da vida, que deve ser visto com a mesma amplitude. Num primeiro momento, ao falarmos em direito a vida, forçoso nos é adentrarmos, nas inúmeras formas de violação a essa garantia, o que nos leva ao campo da mortalidade infantil, a qual, infelizmente é um dos maiores problemas com que se defronta o Brasil.

5.2 do direito à saúde

Pela visão do ECA não basta darmos ao menor o direito à vida, uma vez que o ideal é que esse direito seja repleto de muita saúde, para melhor aproveitá-lo razão pela qual, dentre várias obrigações legais, estipulou-se o direito à saúde, contido no artigo 7º do ECA. Necessário se torna definirmos exatamente o que seria saúde, que é uma proteção ainda maior de crianças e adolescentes, colocando-os livres de problemas físicos, mentais e sociais. Interessante notarmos que no âmbito social a visão não é dar ao menor uma condição sociofinanceira diferenciada, ou seja, um padrão financeiro de vida elevado, mas, diferentemente dessa visão, o Estatuto prevê que o menor mesmo dentro de um padrão de vida baixo, médio ou alto, possa encontrar pleno suporte social, convivendo de forma harmônica e feliz entre os que o cercam.

O que importa para a lei estatutária, é que o menor se sinta bem no bairro onde mora, na escola e nos estudos religiosos que frequenta, enfim, em qualquer lugar junto à comunidade em que vive.

5.3 direito à alimentação

Vida, saúde e alimentação são direitos que estão intimamente ligados, posto que sem este último, a saúde estará fadada ao fracasso e, por certo, o mesmo caminho terá a vida. Vale aqui, falarmos, dessa consequência tão fatídica, pela ausência de alimentação adequada aos menores. Esses menores, necessitam de famílias fortes e em plenas condições de suprir-lhes todas as necessidades alimentares, as quais devem ser supridas, preferencialmente, pelo salário direto, o qual deveria ser condizente com a necessidade de cada família.

5.4 direito ao Esporte e Lazer

Quando analisamos o direito ao lazer, a imagem de uma esfera da sociedade é ainda pior. Ora, a ideia de muitos é que não seria justo dar aos menores, como um direito o lazer. É precisamente com a prática do lazer que a criança prospera muito mais, uma vez que exercita a mente, suas habilidades motoras, sua negligência, sua ideia das coisas mais suaves da vida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Esse direito, elencado aos menores, é de extrema importância, porque a criança, durante os seus primeiros anos de vida, aprende pela repetição, ou seja, durante práticas reiteradas de atos, o que pode ser plenamente alcançado quando dos hábitos de esporte e lazer, das simples brincadeiras, muitas delas repetitivas.

Logo a supressão desse direito dos menores seria o mesmo que fadá-los a uma disparidade emocional, ou ainda, privá-los de novos aprendizados, mesmo que de coisas simples, mas que sempre serão associados com outras ações do futuro.

5.5 direito a dignidade

Esse direito, amplamente consagrado pela nossa Carta Magna, encontra-se, da mesma forma, apresentado pelo ECA, em seu artigo 18, dando conta que "É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor".

5.6 direito ao Respeito

Juntamente com a dignidade encontramos o direito ao respeito, o qual da mesma forma, também está contido na previsão constitucional supracitada. Interessante notarmos que esse direito já vinha sendo amparado pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em que seu artigo 16 dispunha que "nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem atentados ilegais a sua honra e a sua reputação".

Pois bem, quando se menciona o direito ao respeito, tem-se que ter em mente que a ideia do legislador foi exatamente a manutenção plena da integridade da criança e do adolescente, abarcando o campo físico, psíquico e moral.

6 O COTIDIANO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RUA E A RUA COMO ESPAÇO DE SOBREVIVÊNCIA

Mesmo com a vigência do ECA, muitas crianças e adolescentes ainda convivem com a privação dos seus direitos básicos o que muitas vezes, os obriga a abandonar as atividades essenciais à sua faixa etária e considerar o status de adulto responsável pela sobrevivência pessoal e/ou familiar. Constata-se aqui uma situação de troca de direitos e é essa que vai persuadir o advento de táticas de sobrevivência e de mostrar a como lidar com a pobreza.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A rua deve ser entendida como espaços públicos urbanos de uso coletivo, onde o variado se encontra e se transforma. Nelas pessoas transitam com objetivos distintos: vão ao trabalho, compras, fazem exercícios físicos etc. As ruas também são ocupadas por pessoas que as utilizam para sobreviver. Dentre essas pessoas estão as crianças e adolescentes.

Estar nas ruas e ser abordado por uma criança ou adolescente malvestido que pede dinheiro ou comida já se tornou uma "coisa normal". Tentar compreender a conjuntura atual onde estas são vitimadas por ações ou omissões oriundas do Estado ou da sociedade civil, nos faz refletir sobre a condição em que vivemos.

Essa ocupação do espaço público urbano não se dá de forma inesperada, as crianças e adolescentes se aglomeram ou transitam por áreas que ofereçam dinheiro, abrigo, diversão e segurança.

O Estado que teria que garantir as condições básicas para a sobrevivência e igualdade social da população, não cumpre seu papel, estimulando uma separação entre discurso e prática.

CONCLUSÃO

O presente trabalho trouxe um breve histórico das crianças e adolescentes em situação de crise no Brasil, e movido pelo objetivo de tentar entender de que forma foram implantadas as políticas públicas centradas às essas crianças e adolescentes em situação de rua, trazendo inicialmente o conceito de criança e adolescente segundo o Estatuto da Criança e Adolescente e a concepção do Fato situação de rua.

Percebeu-se que na atualidade é muito comum nos depararmos com crianças e jovens em situação de crise social nos meios urbanos brasileiro, que muitas vezes se utilizam de meios ilícitos para prover a sua subsistência. Fizemos uma abordagem face aos princípios da Munipalização e o da Proteção Integral, demonstrando quais as políticas de atendimento que foram instaladas frente a essas crianças e jovens.

Foi demonstrado aqui todos os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto e por fim fora aduzido um pouco sobre o cotidiano dessas crianças e adolescentes em tal situação e a rua como meio de sobrevivência destes. E que mesmo com a implementação do ECA, a prática de táticas de sobrevivência continua frequente, levando, a cada dia, a essas crianças e jovens a irem às ruas, ocupando os espaços públicos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Neste sentido, conclui-se que de alguma forma tais princípios, com relação a essas crianças e adolescentes que se encontram em tal situação, suprem as necessidades e dão o suporte necessário e suficiente para retirá-las de tais situações sociais, acontece que muitas das vezes, por não se adequarem e até mesmo estarem acostumados a viverem naquela situação acabam retornando às ruas.

REFERÊNCIAS

Lei Federal n° 8069 de 13 de julho de 1990: **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília. Disponível em: acesso ....

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Distrito Federal: Senado, 1988.In:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 10/06/2014.

ARPINI, Dorian Mônica; QUINTANA, Alberto Manuel [e] GONÇALVES, Camila dos Santos.Relações familiares e violência em adolescentes em situação de rua. **Psicologia Argumento**, v. 28, n. 63, p. 325-336, 2010.

COSTA, Ana Paula Motta Costa. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais. Da invisibilidade à indiferença**. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2012.

DE ANDRADE, Fabio Santos. História social da criança e do adolescente em situação de risco no Brasil a partir dos marcos legais e do cotidiano. **EDUCA-Revista Multidisciplinar em Educação**, v. 3, n. 5, p. 44-62, 2016.

MARCÍLIO, Maria Luiza**. História social da criança abandonada**. São Paulo, Hucitec, 2006.

MALVASI, ONGs: vulnerabilidade juvenil e reconhecimento cultural: Eficácia simbólica e dilemas. **Interface Comunicação, Saúde e Educação**, v. 12, n. 26, p. 605-17, 2008.

MELO, Eduardo Rezende. **Criança e adolescentes em situação de rua: direitos humanos e justiça.** São Paulo: Malheiros, 2011.

NEIVA-SILVA, Lucas; KOLLER, Sílvia Helena. A rua como contexto de desenvolvimento. In: CARVALHO, Ana Maria Almeida; LORDELO, Eulina Da Rocha; KOLLER, Silva Helena (orgs.). **Infância brasileira e contextos de desenvolvimento**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2002a.

[1] Orientador. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho. Doutorando. *E-mail*: ulissesjunioradv198@gmail.com

[2] Declaração de Genebra é uma associação criada em Londres, no ano de 1919, atuando na defesa dos direitos das crianças e adolescentes

[3] PNBM, criada em dezembro de 1964, reconheceu que o chamado problema do menor decorre da desagregação da família. FEBEM, criada com objetivo de recolher crianças e adolescentes e dar-lhes condições para se integrarem à sociedade.

[4] UNICEF é uma agencia das Nações Unidas que tem como objetivo promover a defesa dos direitos das crianças e adolescentes, ajudar a dar respostas as suas necessidades básicas e contribuir para o seu desenvolvimento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A EFICÁCIA DA INTERVENÇÃO PENAL AO MOMENTO ANTERIOR À PRODUÇÃO DO DANO AMBIENTAL

ELEN C. GUELLEN: Acadêmica de Direito da Faculdade Serra do Carmo. Estágio voluntário – Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

LILIANE DE MOURA BORGES[1]

(Orientadora)

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que a preservação, fiscalização e aplicação de sanções cabíveis ao infrator de crimes ambientais têm respaldo legal na Lei 9.605/1998 e de precedentes jurisprudenciais. Estas medidas judiciais foram necessárias devido ao vácuo jurídico na aplicação de penas a quem cometesse ato lesivo ao meio ambiente. Por isso dá importância da referida Lei, pois ela foi criada com o intuito de preencher esta lacuna. E, também, da relevância em manter a natureza em equilíbrio, para tanto cada órgão competente tem o dever de fiscalizar, quando necessária as medidas de precaução e prevenção impostas a possíveis infratores ambientais. Cabe, salientar que, o dever de fiscalizar é de todos (coletividade e Estado), garantindo que o bem tutelado - meio ambiente, seja usufruído por gerações futuras como se viveu outrora. No estudo sobre a eficácia da intervenção penal antes da ocorrência do ato lesivo ao meio ambiente, foi utilizado o método qualitativo-dedutivo com revisões bibliográficas, conceitos, finalidades, atitudes, pesquisas jurisprudenciais a fim de verificar se há efetiva aplicação da intervenção penal, no caso, antes de ocorrência do crime ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Lei 9.605/98; Entendimento jurisprudencial; Intervenção penal; Meio ambiente intacto;

ABSTRACT: The present work aims to demonstrate that the preservation, supervision and enforcement of sanctions applicable to the offender of environmental crimes have legal support in Law 9.605/1998 and precedent jurisprudence. These legal measures were necessary due to the legal vacuum in the application of penalties to those who committed an environmentally harmful act. That is why it gives importance to the referred Law, because it was created with the purpose of filling this gap. It is also important to keep nature in balance, so each competent body has the duty to supervise, when necessary, the precautionary and preventive measures imposed on potential environmental violators. It should be emphasized that the duty to supervise belongs to everyone (collectivity and state),

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ensuring that the protected good - the environment, will be enjoyed by future generations as once lived. In the study on the effectiveness of criminal intervention before the occurrence of the harmful act to the environment, we used the qualitative-deductive method with bibliographic reviews, concepts, purposes, attitudes, jurisprudential research in order to verify if there is effective application of criminal intervention in the case prior to the occurrence of the environmental crime.

KEYWORDS: Law 9.605/98; Jurisprudential understanding; Criminal intervention; Intact environment;

SUMÁRIO: Introdução. 1 Conceito de meio ambiente. 1.1 A garantia do meio ambiente equilibrado. 1.2 Lei dos crimes ambientais (9.605/1998). 2 Princípios da precaução e prevenção. 3 Intervenção penal no meio ambiente. 3.1 Intervenção penal antes de causar o dano ambiental. 4 Da fiscalização do órgão competente. 5 Considerações finais. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca informações sobre a eficácia na aplicação da intervenção penal a um momento anterior a produção do dano ambiental. Assim, se faz necessário fazer um parâmetro entre o artigo 54, § 3º da Lei 9.605/98 e o artigo 225 da Constituição Federal de 1988, entre outros dispositivos pertinentes de que venha colaborar com a análise em questão.

No Capítulo 1, valendo-se do estudo da Lei 6.938/81 que define a Política Nacional do Meio Ambiente, a Constituição Federal, doutrinas e a Lei 9.605/98 que trata dos Crimes Ambientais, foi abordado o conceito de meio ambiente e do quanto é importante mantê-lo equilibrado ou no seu estado *in natura*. Partindo desta premissa, entendeu ser necessário incluir garantias que viabilizassem de forma objetiva quais medidas deveriam ser adotadas para que não ocorresse desequilíbrio ao meio ambiente e que o dever de fiscalizar o cumprimento destas é do Estado em conjunto com a Coletividade. Caso haja descumprimento e venha o meio ambiente sofrer danos, será aplicada ao infrator a correspondente sanção.

Diante da importância em manter o meio ambiente equilibrado, no Capítulo 2, são mencionados dois princípios fundamentais quanto da aplicação de medidas que venham proteger o meio ambiente, quais sejam: precaução e prevenção.

Não sendo cumpridas as medidas supramencionadas, dá-se a possibilidade da intervenção penal antes que ocorra o ato danoso, esta abordagem está inserida no Capítulo 3. Ora, se o infrator recebeu notificação para que tomasse as medidas

necessárias e não o fez, esta intervenção é cabível sim. E, a fim de pacificar este entendimento, há vários julgados de Tribunais, assim como o Superior Tribunal de Justiça, da possibilidade de intervir penalmente num momento anterior à causa do dano ambiental, conforme o disposto no Artigo 54, § 3º, da Lei 9.605/1998.

Já o Capítulo 4, aborda as responsabilidades e competências dos que fiscalizam as medidas de precaução e prevenção impostas a um possível infrator e se as mesmas vêm sendo cumpridas.

A presente pesquisa utiliza o método qualitativo-dedutivo, conceitos, finalidades, atitudes a fim de verificar se há a efetiva aplicação da intervenção penal antes da produção do fato danoso ao meio ambiente.

1 CONCEITO DE MEIO AMBIENTE

Segundo o artigo 3º, inciso I, da Lei 6.938/81, entende-se por meio ambiente, um conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. O mencionado conceito faz uma abordagem ao aspecto natural do meio ambiente e não como um todo, pois o mesmo faz parte de um conjunto de elementos, que além do natural, engloba também, o artificial e o cultural.

Neste contexto, o legislador constituinte foi cuidadoso em dar interpretação mais extensiva ao conceito de meio ambiente, como se lê:

a) Natural, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, conforme preceitua o artigo 225, § 1ª da CRFB de 1988, e a Lei 6.938/81 em seu artigo 3º;

b) Artificial, é a interação do homem, ou seja, o que foi planejado pelo mesmo. É composto pelo espaço urbano (edificações) e por equipamentos públicos (praças, áreas verdes, ruas);

c) Cultural, também tem a ver com a interação do homem, mas neste caso ocorre a integração do patrimônio histórico, artístico, turístico e paisagístico. Previsto no artigo 216 da Constituição Federal de 1988;

d) Trabalho, é o espaço onde se exercem atividades laborais remuneradas ou não. Um complexo de bens imóveis ou móveis de uma empresa, onde é vital planejar meios que protejam a saúde e integridade física dos trabalhadores. Conforme artigo 200, inciso VIII da CRFB/88, compete ao SUS Sistema Único de Saúde colaborar na proteção ao meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com estas classificações há de observar que o conceito de meio ambiente é amplo e envolve fatores que integram o meio para que os indivíduos convivam de forma equilibrada.

Ainda há de ressaltar que, o meio ambiente é o lugar onde os seres vivos e não vivos habitam de forma harmônica, este deve ser protegido e resguardado de qualquer dano, por isso a importância em aplicar as normas possíveis para mantê-lo protegido.

Consoante ao exposto, Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2014, p.54) cita:

> Se a Política Nacional do Meio Ambiente protege a vida em todas as suas formas, e não é só o homem que possui vida, então todos que a possuem são tutelados e protegidos pelo direito ambiental, sendo certo que um bem, *ainda que não seja vivo,* pode ser ambiental, na medida que possa ser essencial à sadia qualidade de vida de outrem, em face do que determina o art. 225 da Constituição Federal (bem material ou mesmo imaterial).

Assim, para garantir que o meio permaneça *in natura* e não venha sofrer dano ambiental (que é aquela lesão que degrada, altera o equilíbrio ecológico, fazendo que o mesmo leve ano para se recuperar ou até mesmo provoque um dano irreparável ao sistema) faz-se necessário fiscalizar e aplicar as leis vigentes cabíveis.

1.1 A GARANTIA DO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

É dever do Estado e da coletividade defender e fiscalizar possíveis degradações ao meio ambiente, pois mantê-lo equilibrado é essencial para os que vivem no presente como para que futuras gerações possam usufruir também na mesma proporção de forma ecologicamente correta natural é um preceito fundamental previsto no artigo 225, caput da CRFB/88.

E, segundo Paulo Affonso Leme Machado (2016, p. 52/54):

> O Direito Ambiental é um Direito sistematizador, que faz a articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência concernentes aos elementos que integram o ambiente. Procura evitar o isolamento dos temas ambientais e sua abordagem antagônica. Não se trata mais de construir um Direito das águas, um Direito da fauna ou um Direito da biodiversidade. O Direito Ambiental não ignora o que cada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> matéria tem de específico, mas busca interligar estes temas com a argamassa da identidade dos instrumentos jurídicos de prevenção e de reparação, de informação, de monitoramento e de participação.

Esta abordagem demonstra a preocupação em ampliar os recursos de prevenção e reparação de forma ampla, interligando os meios para que sejam protegidos de futuros danos ambientais.

Então, garantir este equilíbrio ecológico é de suma importância e para atingir este objetivo foi necessário criar normas, com o intuito de resguardar o meio ambiente. Ademais, a possibilidade de aplicar sanções aos infratores também veio a somar nesta busca do ambiente preservado.

Está disposto no já mencionado artigo 225, em seus incisos, que é incumbido ao Estado assegurar e dar efetividade, informando e auxiliando a todos meios de como preservar, restaurar o meio ambiente, assim como, fiscalizar e controlar a produção de comércios que venham a degradar o sistema ecológico, promover a educação ambiental e, também proteger a fauna e a flora de práticas que coloquem em risco sua função ecológica.

No § 2º de tal artigo, busca-se impor aos que extraem recursos minerais a obrigação de recuperar o meio ambiente degradado, onde o órgão competente informa qual a solução a ser implementada.

Já o § 3º, diz que independente da obrigação de reparar os danos, os infratores – pessoas jurídicas ou físicas – estarão sujeitos a sanções penais e administrativas, quando ocorrer condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Mesmo havendo dispositivos na Carta Magna, no ordenamento jurídico brasileiro não havia normas que impusessem sanções específicas a quem cometesse crimes ambientais, por isso foi criada a Lei 9.605/1998. Assim, buscando com maior abrangência a "luta" diária em manter o meio ambiente equilibrado, a fim de que todos possam usufruí-lo de forma consciente, sabendo que, caso venha a causar algum dano sofrerá a sanção correspondente a sua infração.

1.2 LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS (9.605/1998)

Anteriormente ao ano de 1998, observava-se que as penalidades aos crimes ambientais eram aplicadas de forma "genérica", buscava-se em outras leis

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

enquadrar o ato ilícito praticado ao meio ambiente sendo encontrados muitos empecilhos nesta "lacuna" jurídica.

Diante dos fatos danosos ao meio ambiente cada vez mais presentes e a falta de punições corretas, em meados do ano de 1998 foi sancionada a Lei 9.605 que dispõe sobre a aplicabilidade de sanções penais e administrativas quando da ocorrência de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, averiguemos:

> Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.
>
> Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.
>
> Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.
>
> Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Os artigos supramencionados procuram estabelecer a responsabilidade penal pelo dano ambiental. Já no artigo 6º, fica estabelecido que ao detectar o dano e ao aplicar a sanção, deve a autoridade competente observar a gravidade do ato lesivo, os antecedentes do infrator e no caso de multa a situação econômica do mesmo.

E o artigo 7º, trata das penas restritivas de direito que por serem autônomas substituem as privativas de liberdade, quando:

> I - tratar-se de crime culposo ou for aplicada a pena privativa de liberdade inferior a quatro anos;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que a substituição seja suficiente para efeitos de reprovação e prevenção do crime.
>
> Parágrafo único. As penas restritivas de direitos a que se refere este artigo terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída.

Falando em penas restritivas de direito, estas foram elencadas no artigo 8º da mesma Lei, como prestar serviços à comunidade; interdição temporária de direitos; suspensão parcial ou total de atividades; prestação pecuniária e recolhimento domiciliar. E, ainda, dispõe sobre as situações que atenuam e agravam as penas, estas elencadas nos artigos 14 e 15, olhemos:

> Art. 14. São circunstâncias que **atenuam a pena**:
>
> I - baixo grau de instrução ou escolaridade do agente;
>
> II - arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea reparação do dano, ou limitação significativa da degradação ambiental causada;
>
> III - comunicação prévia pelo agente do perigo iminente de degradação ambiental;
>
> IV - colaboração com os agentes encarregados da vigilância e do controle ambiental. (g.n)
>
> Art. 15. São circunstâncias que **agravam a pena**, quando não constituem ou qualificam o crime:
>
> I - reincidência nos crimes de natureza ambiental;
>
> II - ter o agente cometido a infração:
>
> a) para obter vantagem pecuniária;
>
> b) coagindo outrem para a execução material da infração;
>
> c) afetando ou expondo a perigo, de maneira grave, a saúde pública ou o meio ambiente;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

d) concorrendo para danos à propriedade alheia;

e) atingindo áreas de unidades de conservação ou áreas sujeitas, por ato do Poder Público, a regime especial de uso;

f) atingindo áreas urbanas ou quaisquer assentamentos humanos;

g) em período de defeso à fauna;

h) em domingos ou feriados;

i) à noite;

j) em épocas de seca ou inundações;

l) no interior do espaço territorial especialmente protegido;

m) com o emprego de métodos cruéis para abate ou captura de animais;

n) mediante fraude ou abuso de confiança;

o) mediante abuso do direito de licença, permissão ou autorização ambiental;

p) no interesse de pessoa jurídica mantida, total ou parcialmente, por verbas públicas ou beneficiada por incentivos fiscais;

q) atingindo espécies ameaçadas, listadas em relatórios oficiais das autoridades competentes;

r) facilitada por funcionário público no exercício de suas funções. (g.n)

Fica clara a preocupação do legislador ao incluir os artigos supratranscritos, pois da mesma forma que a pena pode ser atenuada ela também pode ser agravada conforme o grau de lesividade praticada pelo agente infrator.

Tendo observado o exposto acima e diante das circunstâncias que atenuam e agravam as penas, há de citar um fato interessante desta Lei que está inserido no artigo 54, § 3º:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:
>
> (...)
>
> § 3º **Incorre nas mesmas penas** previstas no parágrafo anterior **quem deixar de adotar,** quando assim o **exigir** a **autoridade competente, medidas de precaução** em **caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.** (g.n)

Dá-se a possibilidade de intervir penalmente caso haja risco de dano ambiental. As penas previstas para tal ato ilícito estão descritas no artigo 54, § 2º, da Lei em questão, qual seja, pena - reclusão de um a cinco anos.

Assim, é fundamental que as solicitações e orientações quanto às medidas de precaução e prevenção sejam cumpridas pelo indivíduo com o intuito de preservar o meio, mantendo o mesmo equilibrado ou com a menor incidência de danos – que caso ocorra, possam ser regeneradas de forma rápida e natural – e, caso não sejam adotadas as medidas impostas, à possibilidade de intervir penalmente antes do acontecimento do evento danoso.

2 PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E PREVENÇÃO

A aplicação destes princípios é de suma importância, pois se busca evitar possíveis ocorrências de danos no meio ambiente. Assim, sua aplicabilidade torna-se relevante diante, de alguns casos, da difícil recuperação da natureza no seu *status a quo*.

Em relação ao princípio da precaução, diz Paulo Affonso Leme Machado (2016, p.90):

> A implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza no planeta.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Verifica-se que, o princípio da precaução visa agir em casos de riscos ou de impactos desconhecidos. Então, este princípio sugere que o indivíduo busque antecipar os cuidados para que não ocorra o dano ambiental, assim, como, tenha cautela ao liberar uma atividade que não tenha uma certeza científica.

Já, em relação ao princípio da prevenção, diz Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2014, p.121/122):

> A prevenção e a preservação devem ser concretizadas por meio de uma *consciência ecológica*, a qual deve ser desenvolvida através de uma política de educação ambiental. [...]. Para tanto, observamos instrumentos como estudo prévio de impacto ambiental (EIA/RIMA), o manejo ecológico, o tombamento, as liminares, as sanções administrativas etc. [...]
>
> Além disso, a **efetiva prevenção** do dano deve-se também ao **papel exercido pelo Estado na punição correta do poluidor,** pois, dessa forma, ela **passa a ser um estimulante negativo contra a prática de agressões ao meio ambiente.** (g.n)

O princípio da prevenção vem aplicar uma medida que impeça a ocorrência do dano ao meio ambiente, isto quando são conhecidos cientificamente os casos de riscos ou impactos.

Os princípios supramencionados possuem alto grau de importância para a manutenção/equilíbrio do meio ambiente intacto ou que venha a causar o menor desequilíbrio possível em seu entorno, haja vista que qualquer interferência no seu habitat gera certa mudança, a qual torna instável o seu seguimento normal, ou seja, uma vez que a mão do homem age no meio, este sai de seu modo *in natura,* pois já houve interferência na interação da flora e fauna de determinado meio.

Como já mencionado, uma vez que o meio ambiente esteja sob influência de mudanças que podem levar a sofrer lesões significativas na transposição das formas de vida ali existentes, deve sim às autoridades competentes interferir na "continuação" dos atos geradores do dano. Com finalidade de preservar a natureza, orientando os envolvidos da possibilidade de poluição ou degradação do meio ambiente.

Aqui, também se pode falar dos atos de menor potencial ofensivo ao meio, pois se sabe que qualquer intromissão quando não gerenciado de forma correta pode gerar um prejuízo imensurável ao meio ambiente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por isso, a precaução e prevenção são medidas de suma importância para manter o equilíbrio ecológico, preservando quase na sua totalidade o meio em que esteja ocorrendo tal interferência. E, não sendo cumpridas é necessário intervir no procedimento em que os recursos ambientais estão sendo retirados ou usados no meio ambiente para que sejam protegidos, uma destas, é a intervenção penal como meio de garantir a preservação ecológica e de punir o infrator, como também, demonstrar a terceiros que se cometerem o crime ambiental tenham a certeza de que serão punidos.

3 INTERVENÇÃO PENAL NO MEIO AMBIENTE

Conforme já demonstrado no subitem 2.3 – LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS (9.605/1998), esta foi criada com o intuito de aplicar sanções aos poluidores para que haja diminuição de casos de dano ambiental.

3.1 INTERVENÇÃO PENAL ANTES DE CAUSAR O DANO AMBIENTAL

A possibilidade de intervir penalmente antes de ocorrência do dano ambiental tem respaldo legal no § 3º, do artigo 54, da Lei dos Crimes Ambientais nº 9.605/1998. Sendo notificado do possível dano ambiental para adotar medidas de precaução com o intuito de não haver impactos no meio ambiente, o agente que não tomar a devida cautela, pode ter aplicada a sua conduta, a intervenção penal como medida punitiva, com o propósito de tomar providências necessárias, garantindo, assim, a preservação da natureza, mantendo seu meio *in natura*. Desta forma, resguardando os direitos expressos no artigo 225, da Constituição Federal.

Neste sentido, há precedentes jurisprudenciais recentes. Vejamos:

> AGRAVOS REGIMENTAIS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **CRIME AMBIENTAL.** EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. **ART. 54, § 3º, DA LEI 9.605/98.** AUTORIA E MATERIALIDADE. REVISÃO. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTOS CONCRETOS. POSSIBILIDADE. AGRAVOS IMPROVIDOS. [...] **3. Enquanto o caput do art. 54 da Lei Ambiental traz crime material (resultado de poluição com danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora), seu § 3º trata do crime omissivo próprio (deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente) como perigo concreto**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> **(risco de dano ambiental grave ou irreversível). 4. A imputação dos autores não é do resultado de dano, mas de sua configuração concreta de perigo, efetivamente demonstrada - aliás, não só o perigo, como o próprio dano ambiental grave.** 5. Tendo as instâncias ordinárias, soberanas na análise das provas dos autos, **concluído que ambos os réus se omitiram por não adotarem medidas de precaução exigidas pela autoridade ambiental para evitar riscos de grave dano ao ambiente,** não há como rever essa conclusão na via eleita, ante o óbice da Súmula 7/STJ. [...] **8. A pena de multa aplicada à empresa se mostrou devidamente fundamentada pelo proporcional dano de poluição ambiental, uma vez que, mesmo ciente de que os dejetos oriundos do abate de animais estavam sendo despejados em igarapé, não cessou o abate, nem minimizou o dano, dando continuidade à linha de produção no intento de evitar prejuízo financeiro.** 9. Agravos regimentais improvidos.
>
> (STJ - AgRg no AREsp: 1341076 AC 2018/0201346-1, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 14/05/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/05/2019) (g.n)

Nesta, observa-se que embora os autores do dano tenham sido notificados pela autoridade competente os mesmos não cumpriram as medidas de precaução que lhes foram incumbidas, continuando com os dejetos que vieram a causar o dano ambiental e, assim, tendo sido necessário a intervenção penal que veio a condená-los.

A próxima jurisprudência também trata do não cumprimento das ordens emanadas do órgão ambiental estadual, observemos:

> PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. **CRIME AMBIENTAL.** DENÚNCIA. CONDUTA OMISSIVA DO DIRETOR-EXECUTIVO DA EMPRESA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PLANO DE POSSÍVEL CONSTRANGIMENTO ILEGAL. JUSTA CAUSA VERIFICADA. INÉPCIA. NÃO OCORRÊNCIA. CRIME FORMAL E DE PERIGO ABSTRATO. RECURSO DESPROVIDO. [...] **4. No caso em exame, a denúncia narra**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

as condutas omissivas dos acusados, que deixaram de cumprir as ordens emanadas do órgão ambiental estadual (INEA), no sentido de adotar medidas de controle para evitar o carreamento de contaminantes para os corpos d'água, especialmente para o rio Paraíba do Sul, **para a ampliação da área investigada, bem como para a proteção imediata da vida e da saúde pública dos moradores da região, as quais podem evitar danos graves e irreversíveis ao meio ambiente.** 5. Hipótese em que a denúncia descreve **a conduta do recorrente** que **"deixou reiterada e deliberadamente de adotar, quando assim o exigiu a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível, deixando de fazê-los por anos a fio",** o que **demonstra a conduta,** em tese, **ilícita do recorrente, a qual se amolda ao tipo penal tipificado no § 3º do art. 54 da Lei n. 9.605/1998,** razão pela qual não há falar em responsabilização objetiva, pelo fato de ele ocupar cargo de diretoria da empresa. **6. "De acordo com o entendimento deste Tribunal, a Lei de Crimes Ambientais deve ser interpretada à luz dos princípios do desenvolvimento sustentável e da prevenção, indicando o acerto da análise que a doutrina e a jurisprudência têm conferido à parte inicial do art. 54 da Lei n. 9.605/1998, de que a mera possibilidade de causar dano à saúde humana é idônea a configurar o crime de poluição, evidenciada sua natureza formal ou, ainda, de perigo abstrato"** (RHC 62.119/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 5/2/2016). 7. Nesse momento processual, **o delito em questão dispensa resultado naturalístico e a potencialidade de dano da atividade descrita na denúncia é suficiente para caracterizar o crime de poluição ambiental, independentemente de laudo específico para a comprovação do dano grave e irreversível ao meio ambiente.** 8. Recurso desprovido.

(STJ - RHC: 91358 RJ 2017/0285139-6, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 12/02/2019, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/03/2019) (g.n)

Nota-se que os acusados não tomaram as medidas necessárias para não causar a destruição do meio. Ainda, relata que, não há necessidade de provas específicas para comprovação do dano, como prevê o princípio da precaução – mero risco ou impactos desconhecidos – deve o agente buscar meios que antecipem a preservação da natureza.

A jurisprudência abaixo trata do não cumprimento do estabelecido no art. 54, § 3º da Lei 9.605/98, ou seja, da possibilidade de intervir penalmente antes que ocorra o dano ambiental.

> ACÓRDÃO EMENTA: **APELAÇÃO CRIMINAL CRIME AMBIENTAL - ART. 54, § 3º, DA LEI 9.605/98** PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA REJEITADA PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DA DEFESA REJEITADA - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DEFENSIVO ABSOLVIÇÃO IMPOSSIBILIDADE REDUÇÃO DA PENA NÃO CABIMENTO PENA FIXADA NOS TERMOS DO ARTIGO 6º, DA DE CRIMES AMBIENTAIS - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Preliminar de inépcia de denúncia: [...] **1. Conforme demonstrado pelos relatórios anexado aos autos e depoimentos prestados em juízo, resta comprovada com suficiência de provas da autoria e da materialidade, o crime previsto no artigo 54, § 3º, da Lei nº 9.605/98.** 2. Considerando que das circunstâncias previstas no artigo 6º da lei 9.605/98, duas foram desfavoráveis à recorrente, percebe-se que a magistrada sentenciante fixou a pena de forma bem ponderada, não havendo que se falar em redução da pena. 3. Recurso conhecido e improvido.
>
> (TJ-ES - APL: 00018496320068080045, Relator: FERNANDO ZARDINI ANTONIO, Data de Julgamento: 28/02/2018, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 06/03/2018) (g.n)

Fica provado que os acusados não podem alegar o desconhecimento do risco de causar dano ao meio ambiente, podendo sim haver a intervenção penal antes que um possível perigo venha causar o desequilíbrio ambiental.

As jurisprudências supramencionadas são no sentido de que, caso a parte notificada a cumprir medidas que viabilizasse prevenção do meio ambiente para que o mesmo não sofresse danos e não viesse a cumprir o regido nos princípios

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

da precaução e prevenção o indivíduo sofreria penalidades que podem ser impostas antes da ocorrência do ato danoso, conforme o disposto no artigo 54, § 3º da Lei 9.605/1998.

Pacificar este entendimento é um grande marco jurídico, pois é notória a divulgação em meios virtuais, jornalísticos, de vivência cotidiana, entre outros, que várias pessoas de forma desgovernada e sem entendimento de medidas preventivas e de precaução usufruem da natureza erroneamente, sendo que em alguns casos o dano é tão agressivo que impossibilita a total recuperação do meio.

E, assim, com a ciência de que a intervenção penal é possível antes de ocorrer o fato danoso e sendo divulgado e executado em vários momentos e situações pode ser que possíveis infratores ao tomar conhecimento destas aplicações venham a preservar o meio, usufruindo-o de forma correta.

4 DA FISCALIZAÇÃO DO ÓRGÃO COMPETENTE

Antes de adentrar na competência do órgão fiscalizador se faz relevante informar que a Lei 6.938/1981 – Plano Nacional do Meio Ambiente – regulamentada pelo Decreto 99.274/1990, instituiu o SISNAMA (Sistema Nacional de Meio Ambiente), o qual fica responsável pela proteção e fiscalização para que haja melhoria da qualidade ambiental. Este sistema é constituído pelos órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e pelas Fundações instituídas pelo Poder Público.

Tendo a criação do órgão, foi necessário instituir penas específicas aos infratores ambientais, como já mencionados nos subcapítulos 1.2 e 3.1, mas para que as sanções penais fossem aplicadas é primordial uma efetiva fiscalização. Assim, segundo artigo 70, § 1º, da Lei 9.605/1998, as autoridades competentes para lavrar o auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo, bem como de fiscalização são funcionários dos órgãos ambientais, no caso, o SISNAMA (Sistema Nacional de Meio Ambiente), agentes das Capitanias dos Portos e do Ministério da Marinha. Mas, também foi incluso no § 2º, do mesmo artigo, que sendo constatada a infração ambiental, qualquer pessoa pode apresentar uma representação junto às autoridades competentes dos órgãos ambientais citados.

E, para que o supervisionamento seja eficaz não havendo ocultações ou negligências por parte da autoridade ambiental foi integrado o § 3º, do mesmo artigo supramencionado que, se o responsável pela fiscalização tiver o conhecimento da infração e não promover imediatamente a apuração do processo administrativo próprio, responderá pena de corresponsabilidade. Então, esta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

previsão, de certa forma, vem acrescentar a importância do ato fiscalizatório, pois se o responsável não tomar as medidas cabíveis o mesmo será também penalizado. Inicialmente à apuração é por meio administrativo e como qualquer outra infração, têm-se assegurado o direito da ampla defesa e do contraditório, consoante ao artigo 70, § 4º, da Lei 9.605/98.

Não sendo cumpridas as medidas de prevenção e precaução imposta pelo órgão fiscalizador o infrator é denunciado pelos mesmos ao Ministério Público que é segundo o artigo 129, da Constituição Federal, responsável na instauração do inquérito policial a fim de proteger o meio ambiente.

Cabe ressaltar que a competência de fiscalizar não é somente do Estado, do órgão fiscalizador, mas sim da coletividade como um todo, pois, se um cidadão se deparar com qualquer tipo de poluição é seu dever denunciar tal ato, já que, o meio ambiente é um direito tutelado de todos os cidadãos, assim, como das futuras gerações.

Ademais, a Constituição Federal de 1988, também, citou no seu art. 23, incisos VI e VII, da CF/88, que é dever em conjunto da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios protegerem o meio ambiente combatendo qualquer tipo de poluição, preservando as florestas, a fauna e a flora, mantendo-os todos em equilíbrio.

Mas, verifica-se que, embora a fiscalização seja abrangente a todos, o órgão que ficou responsável para tanto, foi o SISNAMA[2]. Através deste, vem à competência de proceder às devidas notificações quanto às medidas cabíveis de precaução e prevenção, assim, como, proceder à efetiva fiscalização se estas medidas vêm sendo cumpridas. Pois, ao ser notificado sobre a possibilidade da ocorrência lesiva ao meio ambiente o infrator deve aplicar as medidas impostas a fim de resguardar o bem tutelado. E, para garantir o cumprimento destas, o responsável pela fiscalização, regularmente, deve visitar o local do incidente.

Atualmente vários casos de atos lesivos ao meio ambiente, como por exemplo, as explosões das barragens em Minas Gerais (Mariana e Brumadinho), sendo até hoje colhidos dejetos na natureza e, também, infelizmente, corpos humanos depois de meses da ruptura da barragem de Brumadinho. Outro fato é as queimadas desenfreadas ocorridas no Brasil, noticiadas diariamente nos meios televisivos, assim como, no meio virtual. Não bastante a estes fatos, na costa brasileira foram encontradas manchas de óleo, engajando todos na sua retirada para que houvesse menor dano possível ao meio, mas mesmo sendo retiradas, novamente retornavam aos locais que eram “limpos”, tornando-se um grande problema.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Acima foram mencionadas situações de grande repercussão nacional. Mas, também, não longe de nosso cotidiano, houve denúncias no meio virtual sobre a ocorrência de poluição no lago de Palmas-TO, onde esgotos estão sendo lançados no mesmo.

Recentemente o Ministério Público do Estado do Tocantins[3], por meio de seu site oficial publicou reportagens sobre a atuação do órgão nas investigações envolvendo práticas lesivas ao meio ambiente, onde, segundo o noticiado ofereceu "... denúncia criminal contra um fazendeiro, um engenheiro civil que o assessorou e dois servidores do Instituto Natureza do Tocantins (Naturatins). Eles teriam agido em conluio e viabilizado a emissão de Autorização para Exploração Florestal fraudulentas, que resultaram no desmatamento ilegal de aproximadamente 612 hectares de reservas legais". (sic)

Importante salientar que o crime ambiental supramencionado ocorreu em meados do ano de 2013 e a denúncia foi feita no ano vigente, ou seja, um lapso temporal relevante quanto à necessidade de agir na proteção do bem tutelado.

Outra publicação feita no site do Ministério Público do Estado do Tocantins[4] foi da instauração de "inquérito civil com o objetivo de apurar possível ilegalidade na celebração de um termo de compromisso em 2018 pelo Instituto Natureza do Tocantins (Naturatins), o qual autorizou a operação de barragens para represamento de água no rio Urubu". (sic)

Um dado divulgado no mês de novembro/2019 no site Coordenação de Observação de Terra, onde o projeto PRODES[5] – Monitoramento do Desmatamento da Floresta Amazônica Brasileira por Satélite apresentou que o Estado do Tocantins entre 2018 e 2019 apresentou uma redução no desmatamento de 16%. Mas ao pesquisar em outros sites há uma grande variedade de notícias informando do alto índice de desmatamento, no caso em tela, a redução foi realizada pelo órgão responsável pela monitoração.

Observa-se que, várias divergências e empecilhos são encontrados durante o processo fiscalizatório da preservação do meio ambiente, pode até haver o empenho de órgãos competentes para que atuem de forma célere e eficiente, mas infelizmente nem sempre a natureza possui tempo para esperar os trâmites necessários que homem impõe nas "papeladas burocráticas", um exemplo, é a denúncia oferecida no ano vigente pelo MPTO (acima mencionada), sendo que o crime de desmatamento ocorreu no ano de 2013.

Mas também, sabe-se das grandes demandas que o órgão possui o que dificulta o andamento do processo para o oferecimento da denúncia. E como, já foi mencionada, a natureza possui seu tempo, nem sempre se regenera num curto espaço de tempo, por vezes leva anos e anos tentando alcançar seu ápice natural.

Há, também, de ressaltar da importância da atuação do Ministério Público do Estado do Tocantins na fiscalização de funcionários que seriam responsáveis por supervisionar as concessões de licenças ambientais.

Percebe-se que, embora haja o empenho de órgãos competentes e normas que garantam a efetiva proteção ao meio ambiente, tanto da sociedade como do Estado, ambos não são tão eficientes no seu dever de protegê-los.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que antes da Lei 9.605/98 não havia uma norma específica para punir infratores de crimes ambientais e diante de tal lacuna jurídica ela foi criada com o intuito de preencher estes vácuos e era de se supor que a atuação fiscalizatória e punitiva seria aplicada frequentemente aos infratores. No entanto, o sistema Judiciário não é tão célere, mesmo havendo precedentes para a intervenção penal antes da ocorrência do dano ambiental. E, também, a fiscalização pelos órgãos competentes não são tão eficientes, já que em vários momentos observa-se a grande demanda de notícias envolvendo funcionários em conluio com terceiros que pretendem usar/extrair do meio ambiente recursos sem tomar as devidas providências necessárias.

Por isso dá importância do disposto no artigo 54, § 3º, da Lei 9.605/98, que diz, não adotada as medidas impostas para precaução em caso de risco grave ou irreparável ao meio, haveria a possibilidade de intervir penalmente antes do ato lesivo e, para dar uma maior efetividade jurídica há inúmeras jurisprudências neste sentido. Contudo, averigua-se que é pouco usada esta medida judicial.

Então, as fiscalizações por parte dos órgãos responsáveis são de suma importância, pois sendo adotadas as medidas impostas, o bem tutelado, no caso o meio ambiente, terá grande possibilidade de manter-se intacto ou com a incidência do menor dano possível no seu habitat natural. O ente fiscalizador ao observar que as medidas não vêm sendo cumpridas, deve levar a conhecimento do Ministério Público para que, o seu representante tome as devidas providências, qual seja a instauração de inquérito, requerendo a intervenção penal antes que os atos por parte dos denunciados venham a causar o dano ambiental.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Entretanto, mesmo havendo a consolidação de normas sobre o assunto no âmbito jurídico, verifica-se que há falhas quanto à preservação, precaução e fiscalização em manter o meio ambiente em equilíbrio por parte dos entes federativos como, também, da coletividade. Uma vez que, tendo a possibilidade da intervenção penal antes da ocorrência do fato danoso, esta é pouco utilizada, demonstrando que, embora, o meio jurídico dê respaldo legal, a sua eficácia não é plena.

Por oportuno, há de se ressaltar que o dever de manter o equilíbrio ambiental é de todos – da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e, também, da coletividade – conforme o disposto nos artigos 23 e 225 ambos da Constituição Federal. À vista disso, e, tendo conhecimento dos preceitos normativos, não há do que reclamar o infrator sobre as imputações de sanções cabíveis a cada fato gerador do ato lesivo ao meio ambiente.

À face do exposto, chega-se à conclusão de que a intervenção penal antes da incidência do dano ambiental não é tão eficaz como dispõe a Lei. Apesar de haver norma específica, bem como precedentes jurisprudenciais quanto sua aplicação ela não é por muitas vezes adotada quando, necessária.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS: **RHC 91358 RJ 2017/0285139-6**. Disponível em: ‹https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/682194607/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-91358-rj-2017-0285139-6/relatorio-e-voto-682194633?ref=serp›. Acesso em: 30/08/2019.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 29/08/2019.

BRASIL. **Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm> Acesso em: 29/08/2019.

BRASIL. PRODES – Coordenação-Geral de Observação da Terra. **Monitoramento do Desmatamento da Floresta Amazônica Brasileira por Satélite.** Disponível em: <http://www.obt.inpe.br/OBT/assuntos/programas/ amazonia/prodes>. Acesso em: 24/11/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: **AgRg no AREsp 1341076 AC 2018/0201346-1.** Disponível em: ‹https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/ 711045826/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-13410 76-ac-2018-0201346-1?ref=serp› Acesso em: 30/08/2019.

ESPIRÍTO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo TJ-ES – Apelação: **APL 0001849-63.2006.8.08.0045**. Disponível em: ‹https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559872922/apelacao-apl-18496320068080045›. Acesso em: 30/08/2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Págs. 54 e 121/122.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 24. ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. Págs. 52/53 e 90.

MARTINS, José Renato. **A utilização do direito penal na efetividade da tutela do meio ambiente em face da sociedade de risco**. Disponível em: ‹http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/051107.pdf›. Acesso em: 13/04/2019.

TOCANTINS. Ministério Público Estadual do Tocantins. **MPTO investiga possível irregularidade na concessão de licença ambiental para funcionamento de barragens.** Disponível em: < https://mpto.mp.br/portal/2019/11/22/mpto-investiga-possivel-irregularidade-na-concessao-de-licenca-ambiental-para-funcionamento-de-barragens>. Acesso em: 24/11/2019.

TOCANTINS. Ministério Público Estadual do Tocantins. **MPTO denuncia fazendeiro, engenheiro ambiental e servidores do Naturatins por crimes ambientais.** Disponível em: <https://mpto.mp.br/portal/2019/11/22/mpto-denuncia-fazendeiro-engenheiro-ambiental-e-servidores-do-naturatins-por-crimes-ambientais>. Acesso em: 24/11/2019.

[1] Liliane de Moura Borges. Mestre em Ciências Ambientais pela PUC GO, docente na Faculdade Serra do Carmo. Endereço eletrônico: prof.lilianeborges@fasec.edu.br

[2] O SISNAMA, segundo o artigo 6º, da Lei 6.938/1981, tem em sua estrutura: Órgão Superior, que é o Conselho de Governo; Órgão Consultivo e Deliberativo, que é o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA; Órgão Central, que é Ministério do Meio Ambiente – MMA; Órgão Executor, que é o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis – IBAMA; Órgãos Seccionais, que são os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental; Órgãos Locais, são os órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas respectivas jurisdições.

[3] Publicada no site: < https://mpto.mp.br/portal/2019/11/22/mpto-investiga-possivel-irregularidade-na-concessao-de-licenca-ambiental-para-funcionamento-de-barragens> em 22/11/2019.

[4] Publicada no site: < https://mpto.mp.br/portal/2019/11/22/mpto-investiga-possivel-irregularidade-na-concessao-de-licenca-ambiental-para-funcionamento-de-barragens> em 22/11/2019.

[5] Publicada do site: <http://www.obt.inpe.br/OBT/assuntos/programas/amazonia/prodes> dados atualizados em 18/11/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

ANDRÉIA AQUILES SIPRIANO DA SILVA ORTEGA: Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Aprovada nos concursos da Defensoria Pública do Estado de Pernambuco e de analista jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo. Advogada.

RESUMO: Este artigo visa trazer breves notas sobre o procedimento de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos humanos; Direito internacional; Tratados internacionais.

***ABSTRACT**: This article aims to provide brief notes on the procedure for incorporating international human rights treaties.*

***Key-words**: Human rights*; *Internacional law*; *International treaties*.

Sumário: 1. Introdução. 2. As teorias sobre a relação entre o direito interno e o direito internacional. 3. O procedimento de incorporação dos tratados internacionais. 4. O quórum diferenciado para a aprovação de tratados internacionais sobre direitos humanos. 5. O triplo *status* normativo dos tratados internacionais no direito brasileiro. 6. Conclusão.

1 Introdução.

O caráter especial dos direitos humanos faz com que haja certas peculiaridades no procedimento de incorporação ao direito doméstico dos pactos internacionais ratificados pelo Brasil que abordem a matéria.

Mas antes de adentrar em tais especifidades, convém verificar as teorias que tratam da relação entre o direito interno e o internacional e o procedimento previsto na Constituição Federal para a internalização dos tratados internacionais em geral.

Então, será vista a regra especial prevista na Constituição Federal para a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, inserida pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Por fim, serão analisadas as consequências dessa diferenciação no processo de internalização dos tratados de direitos humanos, que, como se verá, gozam

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de *status* normativo privilegiado em relação aos demais pactos internacionais celebrados pelo Brasil.

2 As teorias sobre a relação entre o direito interno e o direito internacional.

Há duas teorias que buscam explicar a relação entre o direito interno de um País e o direito internacional, quais sejam: a teoria monista e a teoria dualista.

A teoria monista tem como pressuposto a existência de um direito supranacional, no qual não há separação entre o direito interno e o internacional. O Direito é concebido como uma unidade.

Já os dualistas afirmam que o direito interno e o direito internacional são ordens autônomas, cada uma com o seu próprio campo de incidência: o direito interno regula os assuntos internos dos Estados; o internacional, as relações entre os Estados soberanos.

Consequentemente, para os adeptos da teoria dualista, é necessária a previsão de um procedimento formal pelo direito interno para a incorporação dos acordos internacionais firmados pelo País. Ou seja, o direito doméstico deve prever um mecanismo para a internalização do direito internacional.

Majoritariamente, a doutrina entende que a Constituição Federal brasileira optou pelo modelo dualista, pois delimita bem as duas ordens jurídicas (a interna e a internacional) e exige a edição de um ato normativo nacional para que os tratados ratificados produzam efeitos no âmbito interno[1].

O Supremo Tribunal Federal também já externou um posicionamento dualista, conforme fica claro no seguinte trecho extraído de um precedente[2]:

> A Constituição brasileira não consagrou, em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, nem o princípio do efeito direito, nem o postulado da aplicabilidade imediata.
>
> Isso significa, de *jure constituto*, que, enquanto não se concluir o ciclo de sua transposição para o direito interno, os tratados internacionais e os acordos de integração, além de não poderem ser invocados, desde logo, pelos particulares, no que se refere aos direitos e obrigações neles fundados (princípio do efeito direto), também não poderão ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

aplicados, imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro (princípio da aplicabilidade imediata).

Flávia Piovesan[3], porém, defende que a Carta de 1988 adotou um modelo misto, à medida que é monista quanto aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, que são incorporados automaticamente, por terem aplicabilidade imediata na esteira do disposto no artigo 5º, § 1º[4], e dualista para os demais acordos internacionais, por exigir uma sistemática de incorporação legislativa.

3 O procedimento de incorporação dos tratados internacionais.

O procedimento constitucional brasileiro para a incorporação de tratados internacionais é considerado um ato complexo porque demanda a congregação das vontades de dois Poderes, quais sejam, do Executivo e do Legislativo[5].

Essa sistemática revela um nítido propósito do constituinte de evitar a concentração do poder para celebrar os pactos internacionais nas mãos do Chefe de Estado, exigindo a participação do Parlamento, em evidente utilização do sistema do *checks and balances****[6]***.

O procedimento para incorporação de tratados internacionais pelo Brasil pode ser esquematizado em quatro fases: fase da assinatura; fase da aprovação congressual ou do decreto legislativo; fase da ratificação; fase do decreto presidencial ou do decreto de promulgação[7].

Na fase da assinatura, o Presidente da República, que, na condição de Chefe de Estado, ostenta competência privativa para firmar acordos internacionais (artigo 84, inciso VIII, da Constituição Federal[8]), assina o texto do tratado negociado, manifestando sua predisposição em celebrá-lo futuramente.

É importante frisar que essa assinatura, por si só, não gera efeitos vinculantes, não passando de um aceite provisório e precário. É uma mera concordância do Estado com a forma e o conteúdo do acordo internacional[9].

Após a assinatura, o Presidente, quando e *se* reputar oportuno, encaminhará o texto para referendo do Congresso Nacional, que tem competência exclusiva para "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional" (artigo 49, inciso I, da Constituição da República).

Ao Congresso incumbirá, portanto, a aprovação do conteúdo do tratado por decreto legislativo, autorizando o Presidente a ratificá-lo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nessa fase de aprovação congressual, ambas as Casas Parlamentares votarão pela aprovação ou não do texto encaminhado pelo Presidente, primeiro a Câmara dos Deputados e, depois, o Senado Federal.

Caso aprovado o texto, com ou sem ressalvas[10], será expedido um decreto legislativo, que autorizará o Chefe de Estado a ratificar o tratado.

Na fase da ratificação, o Presidente da República poderá ratificar o tratado, também com ou sem reservas, comprometendo-se a sujeitar definitivamente o Estado aos seus termos.

Observe-se que, ainda que aprovado o tratado pelo Congresso, o Presidente não estará obrigado a ratificá-lo. Logo, cuida-se de ato discricionário.

Na última fase do procedimento de incorporação, o Presidente expedirá o decreto de promulgação, que será referendado pelo Ministro das Relações Exteriores (artigo 87, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal[11]), tornando válido o tratado no ordenamento interno.

4 O quórum diferenciado para a aprovação de tratados internacionais sobre direitos humanos.

Até a Emenda Constitucional nº 45/04, havia duas posições doutrinárias acerca do *status* dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo Brasil.

Alguns autores entendiam que os tratados de direitos humanos deveriam adentrar o ordenamento jurídico brasileiro com a roupagem de norma constitucional, tendo em vista que, nos termos no parágrafo segundo do artigo 5º do texto constitucional, "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"[12].

Para outros, com fundamento no princípio da soberania, qualquer tratado internacional, inclusive os que versassem sobre direitos humanos, só poderia ser incorporado como lei ordinária[13].

A Emenda Constitucional nº 45/04, conhecida como a "Reforma do Judiciário", buscou resolver essa controvérsia, ao incluir o parágrafo terceiro ao artigo 5º da Constituição, que dispõe que "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nacional, em dois turnos, por 3/5 (três quintos) dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

A partir de então, quando o texto do tratado for remetido ao Congresso, poder-se-á optar pela votação e aprovação com esse quórum, hipótese em que será equiparado às emendas à Constituição.

Atualmente, só há dois tratados internacionais de direitos humanos incorporados com esse quórum qualificado: a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, e promulgados pelo Decreto nº 6.949/09[14], e o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013, e promulgado pelo Decreto nº 9.522/18[15].

Ressalve-se que não há óbice para que o legislador constitucional submeta os tratados de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45/04 ao procedimento especial do artigo 5º, § 3º, da Constituição, a fim de lhes conferir *status* de emenda constitucional[16].

5 O triplo *status* normativo dos tratados internacionais no direito brasileiro.

Se é certo que, após a Emenda nº 45/04, os tratados e as convenções de direitos humanos submetidos ao processo especial de aprovação pelo Congresso Nacional tornam-se comparáveis às emendas constitucionais, passou a ser discutido o *status* normativo dos que foram ratificados sem o quórum especial.

Levada a questão ao Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, em que se discutia a possibilidade de prisão civil do devedor-fiduciante, chegou-se ao consenso de que esses tratados de direitos humanos não submetidos ao procedimento do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal não poderiam ser incorporados como simples leis ordinárias, por abordarem a especial matéria de direitos humanos, tampouco como normas constitucionais, por não terem sido aprovados pelo quórum qualificado[17].

Vale transcrever, aqui, um trecho do indigitado precedente[18]:

> (...) os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Na ocasião desse julgamento, também foi afastada a tese de que os tratados internacionais de direitos humanos teriam natureza supraconstitucional, considerando o princípio da supremacia formal e material da Constituição da República[19].

Então, a solução encontrada pelo Pretório Excelso foi um meio termo entre a lei ordinária e a norma constitucional: a incorporação como norma supralegal.

Logo, os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados sem o quórum constitucional qualificado, sejam os anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional nº 45/04, adentrarão o ordenamento jurídico pátrio como normas supralegais, acima da legislação ordinária e abaixo da Constituição Federal.

Em decorrência desse entendimento, a legislação infraconstitucional, para ser válida, tem que estar em harmonia não apenas com a Constituição, mas, também, com os tratados de direitos humanos.

Ou seja, há dois parâmetros de controle e de validação do direito ordinário, que são a Constituição Federal e o direito supralegal (tratados de direitos humanos aprovados sem o quórum qualificado do artigo 5º, § 3º, da Carta Magna).

André de Carvalho Ramos observa que:

> Ficou consagrada a *teoria do duplo estatuto* dos tratados de direitos humanos: natureza constitucional, para os aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º; natureza supralegal, para todos os demais, quer sejam anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional n. 45 e que tenham sido aprovados pelo rito comum (maioria simples, turno único em cada Casa do Congresso). (grifo do autor)[20]

Diante desse quadro, podemos concluir que, no Brasil, os tratados internacionais (em geral) podem ser recepcionados com um triplo *status* normativo.

Para visualizar esses *status*, adota-se a pirâmide de Kelsen.

Na base da pirâmide, estão os tratados internacionais incorporados pelo Brasil e que não veiculem matérias de direitos humanos. Quando incorporados, ganham o mesmo *status* de leis ordinárias.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em um nível acima, estão os tratados internacionais de direitos humanos incorporados sem o quórum qualificado do artigo 5º, § 3º, da Constituição, que entram no ordenamento brasileiro como normas supralegais.

No ápice da pirâmide, estão os tratados internacionais de direitos humanos incorporados com o quórum constitucional especial. Têm *status* de emendas constitucionais e funcionam como parâmetros de controle de constitucionalidade.

Marcelo Novelino e Dirlei da Cunha observam que "conforme a hierarquia, os tratados e convenções internacionais poderão servir, respectivamente, como parâmetro para controle de: I) constitucionalidade (por via principal ou incidental); II) supralegalidade (via incidental); ou III) legalidade."[21]

Nessa perspectiva, o controle de convencionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos pode ser feito tanto mediante ação direta, pelo Supremo Tribunal Federal, quando aprovados pelo quórum especial, quanto pelo modelo difuso, quando ostentarem o *status* normativo da supralegalidade[22].

6 Conclusão.

A integração dos acordos internacionais firmados pelo Brasil tem sido objeto de divergência doutrinária há muito tempo.

Duas foram as teorias desenvolvidas para explicar essa relação entre o direito interno e o internacional: a monista, que considera a existência de um Direito único, em que as normas internacionais estão no mesmo patamar hierárquico-normativo que as internas; a dualista, que separa as ordens jurídicas interna e internacional, delimitando o campo de atuação de cada uma e exigindo, por conseguinte, um procedimento legislativo para a incorporação dos tratados internacionais.

Prevalece o modelo dualista, também encampado pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, para que os instrumentos internacionais pactuados pelo País tenham validade no âmbito doméstico, é imprescindível a observância de um procedimento para incorporação, que requer a conjunção de vontades do Executivo e do Legislativo, razão pela qual a doutrina reputa-o como ato complexo.

No que tange aos tratados internacionais de direitos humanos, em razão da importância da matéria, a Constituição, após as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 45/04, previu um procedimento diferenciado, consistente em um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

quórum qualificado para sua aprovação (artigo 5º, § 3º), mediante o qual será alcançada a equiparação às emendas constitucionais.

Em consequência, surgiram indagações acerca do *status* normativo daqueles tratados de direitos humanos aprovados sem esse quórum especial: seriam equivalentes, também, às emendas constitucionais ou permaneceriam equiparados às leis ordinárias?

Buscando solucionar esse impasse, o Pretório Excelso, no julgamento do recurso extraordinário nº 466.343/SP, assinalou que esses pactos internacionais de direitos humanos ratificados sem o quórum constitucional especial não poderiam ser equiparados às emendas, nem poderiam ser vistos como meras leis ordinárias, mas teriam um grau normativo intermediário, qual seja, o da supralegalidade.

Assim, podemos concluir, que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil podem ter um triplo *status*: emenda constitucional ou norma supralegal, se tratarem de direitos humanos; lei ordinária, para os que veiculem as demais matérias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 nov. 2019.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF. Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 26 nov. 2019.

BRASIL. Decreto nº 9.522, de 8 de outubro de 2018. Promulga o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013. Brasília, DF. Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9522.htm. Acesso em: 30 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **CR 8.279 AgR/AT** – Argentina. Agravante: Coagulantes Argentinos S/A. Relator: Min. Celso de Mello, 17 jun. 1998. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324396. Acesso em: 30 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **RE nº 466.343/SP**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cézar Peluso, 3 dez. 2008. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444. Acesso em: 27 nov. 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para concursos. Doutrina, jurisprudência e questões de concursos**. 7ª edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro digital.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 14ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. Livro digital.

RAMOS, André Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro digital.

..... *et. al.* PETERKE, Steve (coord.). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. Livro digital. Disponível em: http://www.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes/. Acesso em: 1 dez. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Livro digital.

---

[1] RAMOS, André de Carvalho. *et. al.* PETERKE, Steve (coord.). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. Livro digital. p. 110. Disponível em: http://www.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes/. Acesso em: 1 dez. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **CR 8.279 AgR/AT** – Argentina. MERCOSUL. Carta rogatória passiva. Denegação de *exequatur*. Protocolo de medidas cautelares (Ouro Preto/MG). Inaplicabilidade, por razões de ordem circunstancial. Ato internacional CUJO CICLO DE INCORPORAÇÃO, AO DIREITO INTERNO DO BRASIL, AINDA NÃO SE ACHAVA CONCLUÍDO À DATA DA DECISÃO DENEGATÓRIA DO *EXEQUATUR*, PROFERIDA PELO Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relações entre o direito internacional, O DIREITO COMUNITÁRIO E O DIREITO NACIONAL DO Brasil. PRINCÍPIOS DO EFEITO DIRETO E DA APLICABILIDADE IMEDIATA. AUSÊNCIA DE SUA PREVISÃO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO. INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA GERAL DE RECEPÇÃO PLENA E AUTOMÁTICA DE ATOS INTERNACIONAIS, MESMO DAQUELES FUNDADOS EM TRATADOS DE INTEGRAÇÃO. Recurso de agravo improvido. Agravante: Coagulantes Argentinos S/A. Relator: Min. Celso de Mello, 17 jun. 1998. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324396. Acesso em: 30 nov. 2019.

[3] *In* **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 14ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. Livro digital. p. 94.

[4] Art. 5º (...) § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

[5] RAMOS, André Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro digital. p. 512.

[6] PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 72.

[7] RAMOS, André Carvalho. *Op. cit.* p. 512.

[8] Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

[9]PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 70.

[10] Segundo André de Carvalho Ramos (*op. cit.* p. 515), "como a Constituição é omissa quanto às emendas a textos de tratados, o Congresso Nacional brasileiro, utilizando a máxima *qui potest maius potest minus* (quem pode o mais, pode o menos), aceita aprovar tratados com emendas, que assumem a forma de 'ressalvas'."

[11] Art. 87. (...) Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: I – exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República.

[12] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 nov. 2019.

[13] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 564.

[14] BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF. Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 26 nov. 2019.

[15] BRASIL. Decreto nº 9.522, de 8 de outubro de 2018. Promulga o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013. Brasília, DF. Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9522.htm. Acesso em: 30 nov. 2019.

[16] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro digital. p. 571.

[17] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op. cit*. p. 564.

[18] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **RE nº 466.343/SP**. PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de *San* José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Cardoso Santos. Relator: Min. Cézar Peluso, 3 dez. 2008. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444. Acesso em: 27 nov. 2019.

[19]MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 559.

[20]*Op. cit.*, p. 530.

[21]MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 166.

[22] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Livro digital. p. 1.729.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER EM AMBIENTE DOMICILIAR

MICHELY SILVA LEAL: Bacharelanda do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo

RAMILLA MARIANE SILVA CAVALCANTE

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo o estudo da violência psicológica contra a mulher em ambiente domiciliar, por se tratar de uma modalidade mais silenciosa e de menor percepção, em que o agressor usa formas de coibir o desenvolvimento pessoal e profissional da mulher, causando sérios danos para a vida da vítima. A pesquisa foi feita com base em estudos sobre a evolução histórica e constitucional, em especial a criação da Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, que trouxe medidas para prevenir e coibir as violências sofridas por mulheres em ambientes domiciliar e familiar, possibilitando também o encorajamento de um número maior de mulheres realizando as denúncias. O tema é atual e de suma importância ao ordenamento jurídico e para a própria sociedade em geral, por atingir um índice muito alto de mulheres, garantindo que os agressores recebam as devidas punições e que as vítimas tenham um atendimento de qualidade.

PALAVRAS-CHAVE: Violência Psicológica Domiciliar; Lei Maria da Penha; Aspectos Constitucionais.

ABSTRACT: *This article aims to study the psychological violence against women in the home environment, as it is a quieter and less perceived modality, in which the aggressor uses ways to curb the personal and professional development of women, causing serious damage. for the life of the victim. The research was based on studies on the historical and constitutional evolution, especially the creation of Law 11,340 / 06, known as Maria da Penha Law, which brought measures to prevent and curb the violence suffered by women in home and family environments, also enabling the encouragement of more women to make complaints. The issue is current and of paramount importance to the legal system and to society itself, as it reaches a very high rate of women, ensuring that the perpetrators receive the appropriate punishments and that the victims have a quality care*

KEYWORDS: Home Psychological Violence; Maria da Penha Law; Constitutional Aspects

1. INTRODUÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O presente trabalho tratará da violência psicológica contra a mulher em ambiente domiciliar, predominando em pleno século XXI a ideia de que "em briga de marido e mulher ninguém mete a colher", um dito popular muito comum socialmente que revela inverdades toleradas pela população.

Com base em estudos da evolução histórica e constitucional, fica claro que a cultura de submissão das mulheres aos homens existe desde as antigas sociedades, e mesmo com o passar dos séculos ainda subsiste um tratamento diferenciado de desrespeito ao gênero feminino, fruto de uma sociedade ainda patriarcal.

O ordenamento jurídico teve um grande salto de evolução a partir da criação da Lei Maria da Penha, que foi criada para contribuir com o fim de qualquer tipo de violência, trazendo medidas protetivas urgentes que amparam as vítimas, tornando crime qualquer espécie de violência contra a mulher, inclusive a psicológica, ou seja, qualquer conduta que cause danos emocionais e a diminuição da autoestima da vítima.

Portanto, mesmo com toda a evolução da sociedade, ainda é comum pessoas a distinção de sexos, fazendo com que muitas mulheres não realizem a denúncia por medo ou vergonha, já que fica claro para a população o quão é comum a desigualdade sofrida por elas.

Nesse contexto é que se apresenta o presente artigo, que tem por objetivo traçar alguns pontos acerca dos danos causados pela violência psicológica praticada contra a mulher, analisando as suas causas e consequências, além das formas legais de proteção da mulher ofendida.

2. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

A cultura da mulher ser submissa ao homem vem de uma época medieval, onde as mulheres eram vistas somente para servir ao homem, cuidar dos afazeres domésticos e para gerar seus filhos, o homem era seu "dono", e com o passar dos séculos a mulher foi se tornando mais ativa na sociedade.

O Brasil sempre esteve dentro do sistema patriarcal, com uma grande predominância masculina, resultando em uma grande desigualdade entre os homens e as mulheres. Sendo um fator histórico e não biológico. Fazendo com que esses fatos sejam normais para a sociedade, passando assim de geração para geração, dificultando o progresso da igualdade entre ambos sexos.

Ao longo do tempo as Leis foram evoluindo, e com a Constituição Federal não poderia ser diferente, algumas outras Constituições consagraram o princípio da igualdade, de forma genérica, não proibindo expressamente a discriminação em função do gênero.

Com a Constituição de 1988, foram concedidos à mulher os mesmos direitos e obrigações do homem, abrangendo todos os âmbitos, sendo civil, trabalhista, a família, que trouxe em seu corpo um sistema mais humanizado, objetivando a isonomia e o respeito, a dignidade a vida, progredindo para a diminuição de discriminações e diferenças sofridas pelas mulheres.

Ao longo dos seus artigos, a Carta Magna de 1988 igualou homens e mulheres em direitos e obrigações, prevendo algumas proteções às mulheres, como licença maternidade, o serviço militar, aposentadoria, e espaço no mercado de trabalho, conforme artigos 5° e 7 ° da Constituição Federal 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:
>
> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
>
> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
>
> XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

Décadas se passaram e obtiveram-se resultados, as mulheres foram conquistando mais espaço na sociedade, direitos a participação em atividades políticas, econômicas e culturais, mesmo ainda sofrendo bastante com a desigualdade.

3. LEI MARIA DA PENHA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em resposta às incansáveis lutas e movimentos em defesa de mulheres, como a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Irradiar a violência contra a mulher, e a Convenção sobre a eliminação de Todas as formas de discriminação contra a mulher, em 22 de setembro de 2006, entrou em vigor a Lei n° 11.340/06, denominada Lei Maria da Penha, que tem como objetivo criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Devido ao grande índice de violência doméstica e familiar no Brasil, decisões precisaram ser tomadas para as vítimas receberem tratamento diferenciado, a teor dos direitos expressos previstos na Constituição Federal de 1988.

Além disso, a Lei Maria da Penha busca a efetividade das convenções internacionais legitimadas pelo Brasil. Segundo decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19, a Lei nº 11.340/06 não ofende o princípio da igualdade por se tratar de uma ação positiva, que tem como objetivo reparar as injustiças sofridas ao longo dos tempos pelas mulheres:

> Com a decisão, a Suprema Corte declarou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 19, ajuizada pela Presidência da República com objetivo de propiciar uma interpretação judicial uniforme dos dispositivos contidos nesta lei. A Presidência da República apontava a existência de conflitos na interpretação da lei, pois há diversos pronunciamentos judiciais declarando a constitucionalidade das normas objeto da ADC e outras que as reputam inconstitucionais.

De acordo com o estudante de direito Thiago Alex Silva Alves em seu artigo a Lei Maria da Penha Completo, retratou a história de agressões sofridas por Maria da Penha Fernandes, que começou em 1983, quando ela tinha 38 anos, e era mãe de 3 filhas, quando o seu marido Marco Antônio Heredia tentou matá-la pela primeira vez, com um tiro, deixando-a paraplégica, e logo na segunda tentativa ele tentou eletrocutá-la. A investigação contra Heredia começou no mesmo ano, mas a denuncia só foi recebida em 1984, e 8 anos depois ele foi condenado. Cumpriu pena de 2 anos e hoje está em liberdade.

Após as tentativas de homicídio sofridas por Maria da Penha, ela participou de diversas manifestações sociais contra a violência a mulher e a impunidade dos agressores, resultando na aprovação da lei, que trouxe um grande benefício para o ordenamento jurídico, considerando a quantidade exorbitante de vítimas.

Com o tempo a Lei precisou sofrer alguns ajustes dada a dificuldade que as mulheres sofrem para realizar a denúncia, por medo, por dependência financeira ou receio do que pode acontecer com os filhos, por falta de conhecimento ou até mesmo por incerteza da devida punição que o agressor irá receber.

Atualmente, qualquer pessoa que presencie a agressão pode efetuar a denúncia, sendo indicado à mulher efetuar a denuncia na primeira vez que ocorre a agressão, porque a falta da denuncia gera a certeza de impunidade para o agressor que cometerá o crime outras vezes, cada vez sendo pior e podendo chegar até ao homicídio. (Art. 1°, Lei 11.340/06):

> Art. 1o Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar;

Em 2019 completam-se 13 anos da sanção da Lei Maria da Penha, conforme o passar dos anos de vigência da Lei, ela passou por alterações, que vão desde a tipificação do crime de descumprimento de medida protetiva até mesmo do atendimento das vítimas.

Em 2017, foi sancionada a Lei nº 13.505/17, que acrescentou o artigo 10-A à Lei Maria da Penha e estabeleceu que mulheres vítimas de violência doméstica e familiar sejam atendidas por polícias e peritos preferencialmente do sexo feminino:

> Art. 10-A. É direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar o atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores - preferencialmente do sexo feminino - previamente capacitados.

Em 2018 foram sancionadas duas alterações, a primeira foi a Lei nº 13.827/19, que autoriza em casos de violência doméstica e familiar medidas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

preventivas de urgência, feitas por uma autoridade judicial ou policial para a vítima e/ou para os seus dependentes, a teor do art. 12-C, *in verbis*:

> Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:
>
> I - pela autoridade judicial;
>
> II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou
>
> III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

Já a segunda alteração foi promovida pela Lei 13.836/19, que nos casos de agressão doméstica ou familiar torna obrigatória a informação sobre a condição de pessoa com deficiência da mulher agredida, segundo previsto em seu art. 12, inciso IV, a seguir transcrito:

> Artigo 12 (...)
>
> IV - informação sobre a condição de a ofendida ser pessoa com deficiência e se da violência sofrida resultou deficiência ou agravamento de deficiência preexistente.

No dia 17 de setembro de 2019, o atual presidente sancionou a Lei n° 13.871/19, determinando que o agressor tenha a responsabilidade de ressarcir os custos relacionados aos serviços de saúde prestados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), e aos dispositivos de segurança utilizados por vítimas de violência doméstica e familiar, segundo previsto no art. 4º a seguir reproduzido:

> Artigo 4º Aquele que, por ação ou omissão, causar lesão, violência física, sexual ou psicológica e dano moral ou patrimonial a mulher fica obrigado a ressarcir todos os danos causados, inclusive ressarcir ao Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com a tabela SUS, os custos relativos aos serviços de saúde prestados para o total tratamento das vítimas em situação de violência

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> doméstica e familiar, recolhidos os recursos assim arrecadados ao Fundo de Saúde do ente federado responsável pelas unidades de saúde que prestarem os serviços.

Contudo, nota-se que após a criação da Lei 13.340/06 teve várias alterações para beneficiar vítimas de agressões, a fim de adequação para atender uma parte maior da população, tendo em vista que as alterações são necessárias para que isso aconteça, já que as necessidades da sociedade são alteradas regularmente.

3.1. VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA DOMICILIAR

A violência psicológica é uma das variações de violência expressa pela Lei Maria da Penha, traduzida como qualquer atitude que cause danos emocionais e em seu desenvolvimento pessoal, como a autoestima, relacionamentos amorosos, estudos e entre tudo que prejudique o desenvolvimento profissional e pessoal dessa mulher.

No caso da violência domiciliar, o agressor não precisa ser necessariamente o cônjuge, mas qualquer pessoa que integra um ambiente familiar em comum, podendo ser entre pais e filhos, marido e esposa, namorado e namorada, ou até genro e sogra. O agressor utiliza diversas formas de violência, que podem ser manifestadas como humilhação, ameaça, manipulação, privação de liberdade, privação financeira e tudo que causa o desequilíbrio emocional da vítima.

A Lei Maria da Penha traz ao longo dos seus artigos várias formas de agressão contra a mulher e em seu artigo 7°, II, trata da violência psicológica (Art. 7°, Lei 11.340/06):

> II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Conhecida também como "violência silenciosa", por muitas vezes não ser associada a existência de crime pela própria vítima, e por ser mais comum a associação de violência com violência física. Mas violência é declarada como toda forma de obrigar alguém a fazer algo indesejado, ou que cause constrangimento, interfira na liberdade e que cause danos na vida social da vítima.

Segundo Maria Amélia de Almeida Teles e Mônica de Melo (2002, pág. 15):

> Violência, em seu significado mais frequente, quer dizer uso da força física, psicológica ou intelectual para obrigar outra pessoa a fazer algo que não está com vontade; é constranger, é tolher a liberdade, é incomodar, e impedir a pessoa de manifestar seu desejo e sua vontade, sob pena de viver gravemente ameaçada ou até mesmo ser espancada. Lesionada ou morta. É um meio de coagir, de submeter outrem ao seu domínio, é uma violação dos direitos essenciais do ser humano

Na grande parte das vezes acontecem sem a percepção da vítima, por falta de conhecimento de que tal conduta está tipificada no ordenamento jurídico como crime, ou por simplesmente achar normais as atitudes do agressor.

Por ser uma forma de agressão mais silenciosa, que nem sempre é de fácil percepção por serem relacionadas com coisas comuns do dia a dia, e por não deixar marcas fisicamente visíveis, mas que causam bastante impacto na vida das vítimas, pode se manifestar de diversas formas, como distúrbios alimentares, a depressão e em vários casos o suicídio ou a sua tentativa.

Dado o grande número de vítimas, nota-se se que são mulheres de diferentes idades, raças e classes sociais, refletindo diretamente na vida social e emocional dessas mulheres. Toda mulher tem o direito de igualdade e de ser respeitada, e, além disso, o Estado e a própria sociedade precisam garantir que as vítimas desse abuso tenham todo o apoio necessário, para que possam sentir confiança para realizar a denúncia e o agressor receber a devida punição. Graças ao mecanismo criado pela Lei, essa luta vem ganhando forças, e ajudando milhares de mulheres a efetuarem a denúncia.

Dependência financeira, vergonha da agressão, preocupação com o futuro dos filhos, o desconhecimento das leis, o medo do agressor, são fatores que impedem em muitos casos a efetivação da denuncia. Após passar por todo esse processo, ainda existe mais um que é a comprovação do crime, porque, por

exemplo, da violência psicológica não deixam marcas visíveis, dificultando essa comprovação.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nas informações apresentadas nesse artigo, nota-se que esse movimento da violência contra a mulher vem de uma geração patriarcal que ainda predomina de certa forma na sociedade foi evoluindo, e a necessidade de criação de Leis que se adequassem a essa evolução foi surgindo. As Constituições Federais de 1946 e 1967, já traziam benefícios para as mulheres, mas a maior mudança veio na Constituição Federal de 1988, que trouxe o princípio da igualdade, concedendo os mesmos direitos e deveres para homens e mulheres.

Contudo, essa mudança na Constituição Federal não foi o suficiente, todavia que as mulheres ainda eram tratadas com subjugação. Convenções internacionais surgiram para a efetividade do direito a igualdade, mesmo assim não teve a eficácia necessária. Porém, nesse momento as mulheres já tinham ganhado voz, então surgiram manifestações sociais, para garantir o direito das mulheres, para a extirpação da violência e a impunibilidade dos agressores. Foi então que o ordenamento jurídico teve a maior mudança, que foi a sanção da Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha. A Lei reforça o princípio da igualdade, pois tem o objetivo a reparação das injustiças sofridas pelas mulheres.

Entretanto, com o passar dos anos surgiram novas necessidades e a lei precisou sofrer adequações. Tais essas que são de suma importância para que a Lei continue tendo eficácia e a sociedade em progresso maior. Com a atuação da Lei Maria da Penha, como já visto, compôs medidas de orientações legais, baseadas nos problemas existentes. A mudança na legislação. Foi significativa mas ainda insuficiente, tendo em vista que a violência psicológica ainda é uma área sem muito conhecimento, tratada com muita normalidade, portanto de difícil reconhecimento, mas que os danos causados são tão sérios como os da violência física.

A Lei tem seus benefícios, mas não é totalmente eficaz, já que o número de casos existentes ainda é muito, e a quantidade de mulheres que sofrem agressões e não efetuam a denuncia também são. Um grande avanço para a população em geral seria que todos tivessem acesso às informações necessárias para agir corretamente quando as agressões acontecem.

No entanto, o relato de um grande número de mulheres que não efetuam a denuncia é por medo: de serem mais expostas, da impunibilidade do agressor e tantas outras vulnerabilidades sociais. Uma porcentagem significativa dos profissionais que atendem as vítimas não são suficientemente preparados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

resultando na insegurança das mesmas, principalmente em vítimas de violência psicológica, já que não deixa marcas visíveis, precisando assim de uma atenção ainda mais complexa.

REFERÊNCIAS:

ALVES, Thiago Alex Silva. **A Lei Maria da Penha Completo.** Artigo científico. Publicado em 04/2018. Disponível em http://www.jus.com.br. Acesso em 02/12/2019.

BARBOSA, Andresa Wanderley de Gusmão; CAVALCANTE, Stela Valéria Soares de Faria. **A constitucionalidade da Lei Maria da Penha.** Artigo científico. publicado 11/07/2007. Disponível em http://www.jus.com.br. Acesso em 16/10/2019.

BRASIL, **ADC 19.** Ação Declaratória de Constitucionalidade 19. Dispõe de decisão do STF de constitucionalidade da Lei Maria da Penha. Disponível em http://www.stf.jus.br. Acesso em 23/11/2019.

BRASIL**, Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planato.gov.br . Acesso em 05/08/2019.

BRASIL**, Lei N° 11.340/06.** Lei Maria da Penha. Disponível em http://www.planato.gov.br Acesso em 05/08/2019.

BRASIL, **Lei N° 13.505/17.** Disponível em http://www.planato.gov.br. Dispõe de alterações da Lei Maria da Penha. Acesso em 17/10/2019.

BRASIL, **Lei N° 13.827/19**. Disponível em http://www.planato.gov.br. Dispõe de alterações da Lei Maria da Penha. Acesso em 17/10/2019.

BRASIL**, Lei N° 13.871/19**. Disponível em http://www.planato.gov.br. Dispõe de alterações da Lei Maria da Penha. Acesso em 23/11/2019.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de**. O que é violência contra a mulher:** editora Brasiliense, 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 936 de 14/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454