BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 967

(Ano XII)

(18/07/2020)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2020

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA

Polícia judiciária: a modificação de paradigma
Ubiratan Rocha Fernandes, 05.

ARTIGOS

Bioética, biodireito e as controvérsias em torno da fecundação artificial post mortem
Alex Jordan Soares Monteiro Mamede, 08.

A violação de direitos fundamentais no exercício do poder punitivo do Estado como marca reveladora da crise
Marco André Simm de Faveri, 25.

Dentro e fora de um espaço social que foi novamente delimitado: a saúde sob o comando das leis e as leis sob o comando da precariedade
Luiz Fernando Cabeda, 43.

Direito trabalhista da mulher sobre a ótica das convenções da Organização Internacional do Trabalho
Maria Fernanda Pinho de Carvalho, 54.

A história da educação e a construção de metodologias ativas no mundo contemporâneo: o direito educacional e a didática para a efetividade do ensino-aprendizagem
Thiago dos Santos Rocha, 84.

A admissibilidade da interceptação telefônica como meio de prova no direito processual penal: situações de conflito com os direitos fundamentais do indivíduo, a partir do estudo de caso.
Gabriel Pithan de Fraga, 108.

Pensão avoenga: a responsabilidade subsidiária dos avós
Júlia Lombardi de Oliveira, 181.

Pacote anticrime e a inconstitucionalidade da execução provisória da pena após condenação em 1º grau pelo Tribunal do Júri
Rossana Santos Saboia, 189.

Mosaico acerca do Cotidiano de Professores LGBT's no Âmbito Escolar
Vanessa Andriani Maria, 215.

Democracia participativa e representativa
Joao Pedro Ribeiro de Morais, 225.

Responsabilidade civil dos profissionais de estética embelezadora no direito brasileiro
Godoberto dos Reis Santos Neto, 237.

A tipicidade penal do fracionamento de procedimento licitatório
Joaquim Leitão Júnior, 252.

A criminalização da homofobia: equiparação ao crime de racismo sob a ótica do Supremo Tribunal Federal—Análise da ADO nº 26
Janaina Moreira Maciel Arruda, 260.

A responsabilidade objetiva do empregador nos acidentes de trabalho
Fernanda Barreto Naves, 278.

Direito e responsabilidade do cidadão frente aos órgãos de segurança pública
Marcelo Mucio Lopes Oliveira, 293.

Seria o mundo apenas um sonho de deus? Realidade ou sonho? A essência da verdade e do direito perante o tribunal da consciência.
Flávio Cristiano Costa Oliveira, 311.

A função social dos tributos
Flavia Araujo Dutra, 329.

A oitiva de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual: uma análise da Lei nº 13.431/2017
Irely lorena alves de Abreu, 346.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O regime diferenciado de contratações e a busca da eficiência nas contratações públicas
Pedro Ribeiro de Sousa Santos Júnior, 370.

Liberdade na autonomia da vontade privada sobre o direito de disposição da herança e exclusão da obrigatoriedade dos herdeiros necessários
John Marquez Fontinele Oliveira, 393.

Homeschooling e Constituição Federal de 1988
Francisco Helder de Lima Freitas, 413.

O uso da biometria facial no transporte público brasileiro: três perspectivas jurídicas
Jayme Aparecido de Souza Junior, 421.

A imposição do regime de separação de bens no casamento dos maiores de 70 anos
Luis Alberto Marques Pinheiro, 450.

"A Sedução da Barbárie" em um país que verga sob a pandemia e a crise institucional
Luiz Fernando Cabeda, 467.

Violência no ambiente escolar: o professor vitima sem proteção
Claudineia de Andrade, 478.

A responsabilização civil do influenciador digital sob a ótica da legislação consumerista
Pamela Veloso Silva, 487.

Aspectos controversos da cobrança do imposto sobre a propriedade de veículos automotores - IPVA
Marcelo Kirk Maddy Lima, 511.

Impedimentos matrimoniais: a interferência da natureza moral no mundo jurídico
Bruna de Sousa Pereira, 526.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

POLÍCIA JUDICIÁRIA: A MODIFICAÇÃO DE PARADIGMA

UBIRATAN ROCHA FERNANDES: Mestrando em Direito Empresarial pela FUNIBER. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Unyleya. Delegado de Polícia do Estado de Pernambuco, onde atuou em investigações contra o Crime Organizado, i.e, Assaltos a Bancos, Corrupção de Chefes do Poder Executivo, Tráfico de Entorpecentes, etc. Detentor de cursos de inteligência financeira e operacional. Professor de Direito Processual Penal na Faculdade do Sertão do Pajéu - FASP.

O século XXI inverteu o giro da catraca no que concerne às ações e funções policiais e de sua importância frente à persecução criminal. E isso se deu de forma inusitada, pois nunca foi da essência de nossa política governamental o fortalecimento das investigações, haja vista a real possibilidade de estas desvendarem os ***buracos negros*** existentes na política nacional.

Para se ter uma noção da falta de cuidado com as forças de Segurança Pública, basta ver que a configuração das polícias através da CF/88 foi insignificante frente à complexidade de sua atuação, tanto que só há um artigo – art. 144 – falando sobre a segurança pública e neste artigo fala de uma lei regulamentadora que não existe até o presente momento. Tudo isso frente ao fato de a segurança pública não trazer votos, bem assim que só pobre era preso, resquícios de um conceito antiquado das funções do Direito Penal.

Junte-se a isso o fator cultural daqueles que exerciam tais funções, pois é sabido que fazer parte ***das polícias*** num passado recente era a ***última opção***, sendo tais funções escanteadas pela Sociedade e até mesmo pelos familiares sob os mais variados tipos de preconceitos. Discriminações estas catalisadas pelo nosso passado ditatorial que justificava e embasava o temor de um retorno ao *status a quo*, qual seja: o retorno ao ***Estado Policialesco.***

Como informado inicialmente, essa modificação se deu de forma inusitada ante a conduta de seus membros, visto que foi a instrução destes que adentraram nas forças de Segurança Pública que qualificou o quadro de atuação enérgica contra a criminalidade de alto nível, chamada comumente pelos doutrinadores de ***crimes do colarinho branco.***

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com efeito, as polícias, inicialmente a Polícia Federal, inverteram o ***giro da roda*** e deram tecnicismo às investigações, investigando crimes de corrupção – ativa e passiva – lavagem de dinheiro, peculato, evasão de divisas, dentre outros praticados por aqueles que sempre usaram da ignorância pública para desfaçatez de seus reais intentos: ***enriquece com dinheiro público.***

Tendo em vista essa mudança de postura, concursos para as forças de Segurança Pública foram se tornando mais qualificados, evento que enalteceu suas atribuições, enriqueceu seus quadros e, por fim, convergiu respeito para com outras instituições, *i.e.,* do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Neste diapasão, as investigações se transformaram e se tornaram o núcleo da persecução penal, onde os elementos de informações coletados em âmbito de Inquérito Policial se elevaram de importância, precipuamente ante a existência de provas não repetíveis, antecipadas e cautelares. O Inquérito Policial, que outrora atendia a sua premente característica de ***dispensabilidade***, se qualificou e agora atende as suas importantes características de procedimento ***preservador***, visto que a existência de um Inquérito Policial inibe a instauração de um processo penal infundado, temerário, que atente contra os direitos e garantias fundamentais elencados na nossa Constituição Federal, bem como de um procedimento ***preparatório***, haja vista ser Ele quem fornece elementos de informações para que o titular da ação penal ingresse em juízo, atendendo a ***justa causa;*** e, por fim, é o Inquérito Policial ***acautelador***, pois acautela meios e fontes de prova que poderiam desaparecer com o decurso do tempo.

Assim, analisando o antes e o depois do Inquérito Policial, nota-se que, após sua qualidade empreendida pelos novos membros, houve um verdadeiro giro de 360º, o evidenciando como fator preponderante para uma condenação, transmutando as prisões existentes neste momento de simples detenções espetaculares para prisões com um forte embasamento legal, probatório e, porque não dizer, condenatório!!!

Entrementes, conquanto a importância do Inquérito Policial e das Polícias Judiciárias no caminhar da história da humanidade, fato é que entraves burocráticos e desejos pessoais tentam limitar essa atuação imparcial desse procedimento, arguindo a inexistência de contraditório e da ampla defesa como formas dissimuladas de destratar as investigações, esquecendo-se os defensores desta tese de que outros direitos e garantias são e devem ser protegidos neste âmbito, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e criminal, *i.e.*, dos vários delitos apostos na nova lei de abuso de autoridade, lei 13.869/19.

Some-se a isso o fator de que, com a evolução do Inquérito Policial e das investigações, outras instituições criaram outras formas de procedimentos investigativos, certamente pelo fato de não deixar tamanha atribuição somente nas mãos de uma instituição, qual seja: As Polícias Judiciárias.

A evolução das investigações e da Polícia Judiciária é tamanha, que até o Supremo Tribunal Federal, em decisão histórica, abriu espaço para que os próprios juízes pudessem lavrar TCO, circunstância esta que quebra o ***princípio acusatório,*** adotado por nossa Constituição Federal e enfatizado no ***Pacote Anticrime,*** e abre espaço para que, num futuro próximo, o próprio Inquérito Policial seja iniciado por uma Autoridade Judiciária, abertura esta que já foi realizada nas investigações das ***Fake News.***

Tal decisão foi tomada em julgamento no plenário virtual da corte, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.807, impetrada pela Associação de Delegados de Polícia do Brasil (Adepol), que pretendia declarar a inconstitucionalidade do §3º do artigo 48 da Lei 11.343/2006, que confere ao juiz de Direito a prerrogativa de lavratura do TCO nas condutas do artigo 28 da mesma lei. Em seus votos, os magistrados, com exceção do ministro Marco Aurélio, acompanharam a relatora, ministra Carmen Lúcia, de que o TCO, nesta situação específica, pode ser elaborado tanto pela autoridade policial, especificamente o delegado de Polícia Judiciária, quanto pelo juiz de Direito.

Desses fatos, nota-se a evolução das funções de Polícia Judiciária no decorrer dessas duas últimas décadas, crescimento este verificado por outras instituições ao ponto de criar expectativas contraditórias, visto que, de um lado há a preocupação daqueles que sempre se aproveitaram da inoperância de suas instituições, principalmente a investigativa, para o atendimento de seus interesses sórdidos e, por outro lado, há um interesse atual e real da Sociedade como um todo, a qual fiscaliza, cobra e não aguenta mais ser enganada por seus representantes, jogando suas mais altas esperanças naqueles que atuam na persecução penal, dentre eles a Polícia Judiciária.

Enfim, com o desiderato em atender a esse clamor social por justiça e igualdade, é de premente necessidade uma reforma administrativa, onde às Polícias Judiciárias devem ser garantidas autonomia e inamovibilidade, pois, só assim, seus atuais membros podem iniciar, desenvolver e concluir investigações contra o ***Crime Organizado,*** delito este que vem aterrorizando o país de uma forma implosiva, como um câncer, tomando de conta suas mais variadas instituições.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BIOÉTICA, BIODIREITO E AS CONTROVÉRSIAS EM TORNO DA FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM

ALEX JORDAN SOARES MONTEIRO MAMEDE: Oficial de Justiça Avaliador Federal. Especialista em Direito Processual do Trabalho. Aluno Especial do Mestrado em Direito da UFPEL.

RESUMO: A Bioética é um ramo da ética compreendida como responsável por um arcabouço teórico capaz de problematizar as nuances filosóficas irradiadas pelos experimentos médicos e científicos na contemporaneidade. Ao passo que o Biodireito deverá sopesar as implicações sociais, jurídicas e axiológicas dos procedimentos médicos cada vez mais relevantes para a sociedade como, por exemplo, a Reprodução Humana Assistida (RHA). A forma repentina pela qual evoluíram as técnicas de RHA não permitiu a necessária elaboração legislativa para reger as descobertas biotecnológicas. Nesse ínterim, a RHA solapou a anacrônica compreensão da paternidade restrita ao aspecto biológico, dada a emergência do liame socioafetivo em detrimento do enlace biológico das relações familiares, facultada pelas inovadoras técnicas de RHA. A despeito das possibilidades trazidas pelas técnicas de RHA, a ausência de uma regulamentação jurídica desses procedimentos reveste essa nova seara de uma ampla insegurança jurídica, especialmente nos aspectos ligados à fecundação artificial homóloga *post mortem*. Outrossim, essa modalidade de fecundação coloca a criança – gerada desse processo – diante de uma séria insegurança, dada a indefinição jurídica no tocante ao reconhecimento dos seus direitos fundamentais basilares, a saber: direito ao estado de filiação e direito à herança.

Palavras-chave: Direito Civil; Dignidade da Pessoa Humana; Biotecnologia.

ABSTRACT: Bioethics is a branch of ethics understood as responsible for a theoretical framework able to question the philosophical nuances irradiated by medical and scientific experiments in contemporary times. The Biolaw must weigh the social, legal and axiological implications of medical procedures quite relevant to society as, for example, the Assisted Human Reproduction (AHR). The abrupt way in which the techniques of AHR developed did not allow the necessary preparation for legislation to govern biotechnological discoveries. Meanwhile, the AHR has undermined the anachronistic understanding of fatherhood attached to the biological aspect, given the emergence of socio-emotional bond rather than the biological link of family relationships, granted by the innovative techniques provided by AHR. In despite of the possibilities brought by the techniques of AHR, the absence of legal regulation of these procedures takes this new field to a large legal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

uncertainty, especially, in regard to homologous artificial fertilization *post-mortem*. Furthermore, this mode of fertilization puts children - generated within this process - before a serious insecurity, given the legal limbo considering the recognition of their basic fundamental rights, namely: the right to filiation status and inheritance rights.

Keywords: Civil Law; Dignity of the Human Person; Biotechnology.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. AS PREMISSAS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO: 2.1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO; 2.2. A BIOÉTICA E O BIODIREITO NO DIREITO BRASILEIRO. 3. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA E HETERÓLOGA. 4. AS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA FECUNDAÇÃO HOMÓLOGA *POST MORTEM.* 5. DEMAIS CONSIDERAÇÕES SOBRE A QUESTÃO SUCESSÓRIA. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute alguns aspectos conceituais da Bioética e do Biodireito, bem como apresenta fundamentos e pressupostos epistemológicos desses campos. Primeiramente, ressalte-se a importância da ética e do Direito no regramento da utilização das técnicas de RHA e das suas consequências no âmbito do Direito de Família e sucessório. Essa importância assume um destaque ainda maior quando é o caso do uso das técnicas de fertilização artificial homóloga *post mortem* e sua repercussão no campo da sucessão.

O Biodireito aponta para uma regulamentação das pesquisas biomédicas oriundas das inovações emergentes do "aumento do poder do homem sobre o próprio homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens". (BOBBIO, 1992, p.6). Ante a impossibilidade de um progresso científico pautado em princípios éticos autoevidentes, torna-se necessária a elaboração de uma categoria materializadora dos direitos humanos no tratamento dos conhecimentos e práticas médicas. Essas demandam uma atenção especial pois são capazes de "criar novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permitir novos remédios para as suas indigências". (BOBBIO, 1992, p.6).

A Bioética da responsabilidade nos conduz, também, a um diálogo perene para a construção da expressão democrática do conhecimento e dos seus valores norteadores. Por isso é imprescindível, por meio do aparato democrático, instaurar um diálogo em torno do silêncio eloquente da *des-regulamentação* das técnicas de RHA. Pois a ausência de debate e a desregulamentação podem favorecer a ideia perigosa do "*princípio de que tudo aquilo que não está proibido está permitido*,

deixando os cientistas da área da biomédica com grandes possibilidades de ação na área da embriologia e da engenharia genética". (DINIZ, 2010, p.628).

Por fim, procurar-se-á verificar no presente trabalho os impactos da fecundação homóloga *post mortem* no Direito de Família contemporâneo, até então assentado em padrões de reprodução essencialmente biológicos, sem preocupações com as repercussões de novos métodos biotecnológicos de reprodução. Além disso, buscar-se-á fornecer um panorama das técnicas de RHA e os seus avanços, bem como as novas ideias, conceitos e valores morais que passaram a orientar as relações de família.

2. AS PREMISSAS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

2.1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

Os moldes dinamizadores do século XX possibilitaram um progresso científico sem precedentes, o que influenciou na contínua evolução das práticas médicas que transformaram a forma como os homens e mulheres se relacionavam com a ciência.

Na década 70, os avanços tecnológicos demandaram a construção de um novo ramo da ética denominado como Bioética. O termo foi utilizado pela primeira vez nos Estados Unidos, pelo cientista Van Rensselder Potter, da Universidade de Winsconsin, em obra intitulada "Bioethics: bridge to the future", em 1971, que utilizou a expressão para referir-se a uma seara que problematiza os valores éticos pertinentes a fatores biológicos, com uma perspectiva mais ligada a aspectos ecológicos. (WIDER, 2007).

Ressalte-se, no entanto, que a instrumentalização do ser humano pelos médicos nazistas incentivou a formulação, em 1947, daquele que é considerado o primeiro documento da Bioética: o Código de Nuremberg. Este estabeleceu dez princípios que devem guiar qualquer experiência com seres humanos, são eles: consentimento voluntário do paciente; produção de resultados vantajosos para a sociedade; prévia utilização com animais; não ocorrência de sofrimento ou danos desnecessários; não ocorrência de morte ou invalidez permanente; grau de risco limitado à importância humanitária do problema; cuidados com a proteção da pessoa que se submete ao experimento; somente pessoas cientificamente qualificadas devem fazer as experiências; direito do paciente de se retirar da pesquisa; caso houver risco de dano, invalidez ou morte o procedimento deverá ser suspenso.

A função pedagógica da Bioética é a de passar precisamente dos princípios desprovidos de normatividade às leis e aos princípios jurídicos que servem de subsídio para o ramo jurídico conhecido Biodireito. A Bioética também resulta do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

encontro da ética com a biomedicina, sendo um ramo da ética que estuda as repercussões da biomedicina e tem o princípio da dignidade humana como valor nuclear, que dará conteúdo às normas pertinentes aos fatos bióticos advindos da biomedicina. (JÚNIOR, 2002).

O Biodireito surge nesse cenário histórico como uma disciplina em construção, que tem como escopo normatizar juridicamente as práticas científicas. Se a Bioética está ligada ao estudo da ética da virtude, podemos afirmar que o Biodireito estuda a ética do dever, dado que faz a contínua propositura de regras e princípios que delimitam os parâmetros de licitude indispensáveis para a vigilância de ações suscetíveis de ameaçar a dignidade humana. (WIDER, 2007).

Cabe destacar que os campos da Bioética e do Biodireito circundam temáticas com balizas epistemológicas próprias, mas o futuro de ambos está interligado. O primeiro fornece o substrato ético para que o segundo construa os parâmetros jurídicos para os procedimentos médicos. Observa-se que a Bioética e o Biodireito não objetivam inviabilizar o progresso científico, muito pelo contrário, essas duas searas do conhecimento humano visam otimizar um progresso científico a serviço da qualidade de vida.

2.2. A BIOÉTICA E O BIODIREITO NO DIREITO BRASILEIRO

A família no decorrer da história foi tida como uma instituição basilar para a organização da sociedade, sendo os vínculos paternais e maternais revestidos de significados ficcionais conferidos pelo senso comum e pela religião. Nesse cenário, as técnicas de RHA surgem como métodos capazes de superar algumas limitações biológicas tidas, até então, como barreiras intransigentes à reprodução do ser humano. E cabe ao Direito, compreendido aqui como fenômeno jurídico em seu sentido amplo, resolver as controvérsias decorrentes dessas novas condições de possibilidade para a reprodução humana.

Ocorre que o Direito se encontra na retaguarda das transformações sociais, ou seja, é necessário que situações sejam postas pela sociedade para que o Direito possa empreender algum tipo de regulamentação jurídica àquelas situações. Contudo, a celeridade dos progressos dos métodos de RHA impossibilitou um amadurecimento ético e jurídico da sociedade. Nesse processo, a Bioética ocupa um lugar de especial destaque pois medeia o diálogo sobre os limites éticos do progresso científico, para que não atente contra a dignidade humana por meio de um processo eugênico de coisificação do ser humano. Claro está que a permissão de uma pré-seleção sexual ou de qualquer outra característica biológica fundada, meramente, em fins eugênicos, traz sérias repercussões em termos de proteção da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

igualdade e da não-discriminação. Não é por menos que a Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina veda que as técnicas de RHA sejam utilizadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, salvo nos casos que se busca evitar doenças no possível descendente.

O princípio da dignidade da pessoa humana[1] – núcleo essencial do Estado Democrático de Direito – é responsável por uma profusão principiológica em nosso ordenamento jurídico, assim como precisa ser preconizado em qualquer procedimento reprodutivo a ser realizado. Conforme nota Moraes (1998, p.60-61):

> A dignidade 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 um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente 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.

Porém, o conceito de dignidade humana possui uma grande abstratividade, o que leva a um entendimento vago, impreciso e poroso de seu conteúdo, bem como tem ocorrido um abuso do seu emprego. Deve-se tomar cuidado com a utilização desse conceito, pois o seu uso incauto pode-lhe provocar uma anemia significativa. De modo, que não é incomum, no Brasil, as duas partes de determinada contenda invocar, a um só tempo, o princípio da dignidade da pessoa humana. Desse modo, cabe a Bioética clarificar, também, a palpitante pergunta: O que significa dignidade humana?

Logicamente, não se busca um conceito fechado, hermético e refratário da dignidade humana, mas necessitamos limitar a sua imensidão de indeterminações, paradoxos e demasiada polissemia[2]. No âmbito da Bioética – balizada pela ideia do consentimento livre e esclarecido dos pacientes - prevalece uma concepção de dignidade humana sob o enfoque da autonomia e da identidade, conforme explicita uma decisão paradigmática da Corte Constitucional da Colômbia[3] acerca da inconstitucionalidade da vedação da eutanásia:

> En Colombia, a la luz de la Constitución de 1991, es preciso resolver esta cuestión desde una perspectiva secular y pluralista, que respete la autonomía moral del individuo y las

> libertades y derechos que inspiran nuestro ordenamiento superior.
>
> La decisión, entonces, no puede darse al margen de los postulados superiores. El artículo 1 de la Constitución, por ejemplo, establece que el Estado colombiano está fundado en el respeto a la dignidad de la persona humana; esto significa que, como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión (COLOMBIA, 1997, p.9).

Apesar das controvérsias no campo da Bioética, o conceito de dignidade humana assume uma significação relacionada à autonomia e a identidade. Dessa maneira, depreendem-se desta orientação quatro elementos do conceito enquanto autonomia, a saber:

> Em síntese, tem se que um dos conteúdos atribuídos à expressão dignidade humana é a dignidade como autonomia, que, além de ser apresentado como o fundamento e a justificação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, é composto dos seguintes elementos: (a) a capacidade de autodeterminação; (b) as condições e as circunstâncias para florescimento da capacidade de autodeterminação; (c) a universalidade; (d) a inerência da dignidade ao ser humano (MARTEL, 2010, P.161-162).

Sob os comandos normativos dos saberes da Bioética, paulatinamente versados em documentos internacionais, o Brasil, em 1995 – visando preconizar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado constante no art.225[4] da nossa Carta Política – promulgou a lei n° 8.974/95 (Lei de Biossegurança). A lei regulamentava técnicas de engenharia genética, bem como autorizou a criação, pelo Poder Público, da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança. Posteriormente, a supracitada lei foi revogada pela lei 11.105/05, que foi objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) proposta pelo então Procurador-Geral da República Cláudio Lemos Fonteles. A ADIN tinha como alvo o art.5º[5], da lei 11.105/05 que, segundo o autor da ação, contrariava "a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado Democrático de Direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana".(BRASIL, 2008, p.2).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por maioria absoluta, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a compatibilidade do dispositivo da lei 11.105/05 com a Constituição, dada a sintonia entre o texto legal e o princípio da dignidade humana. Nesse sentido, é o voto do ministro Carlos Ayres Britto:

> Já diante de um embrião rigorosamente situado nos marcos do art. 5º da Lei de Biossegurança, o que se tem? Uma vida vegetativa que se antecipa a do cérebro. O cérebro ainda não chegou, a maternidade também não, nenhum dos dois vai chegar nunca, mas nem por isso algo oriundo da fusão do material coletado em dois seres humanos deixa de existir no interior de cilíndricos e congelados tubos de ensaio. Não deixa de existir pulsantemente (o ser das coisas é o movimento, assentou Heráclito), mas sem a menor possibilidade de caminhar na transformadora direção de uma pessoa natural. A única trilha que se lhe abre é a do desperdício do seu acreditado poder de recuperar a saúde e até salvar a vida de pessoas, agora sim, tão cerebradas quanto em carne e osso, músculos, sangue, nervos e cartilagens, a repartir com familiares, médicos e amigos as limitações, dores e desesperanças de uma vida que muitas vezes tem tudo para ser venturosa e que não é. (BRASIL, 2008, p. 62).

É preciso destacar que a liberdade de criação científica (art.5º, IX, C.F.) constitui-se como um direito fundamental resguardado pela Constituição Federal, mas tal direito deve se conciliar com outros comandos previstos no próprio texto constitucional, como, por exemplo, a vida (art. 5 º, caput); a integridade física (art. 5 º, III); a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país (art.225, §1º, II) e, sobretudo, o princípio da dignidade humana (art.1 º, III) (FERNANDES, 2005). De igual modo, a atuação médica e as pesquisas científicas devem estar pautadas pelos princípios da autonomia, da beneficência[6], da não-maleficência, da justiça[7], da qualidade de vida e da alteridade. (FERNANDES, 2005).

3. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA E HETERÓLOGA

O fascínio da sociedade pela reprodução humana é algo evidente, no mínimo, desde os primórdios da cultura grega, na qual já havia documentos e narrativas mitológicas em torno do tema. Segundo a mitologia grega, por exemplo, Perseu teria sido o primeiro homem "a nascer por meio de inseminação artificial, pois Zeus fecundara Danae, a filha de Aerísio, que fora enclausurada para não ter o filho que mataria o avô e usurparia o trono". (BARBOZA, 1993, p.32).

No decorrer da história, a humanidade tentou resolver o problema da infertilidade, mas somente[8] em 1978, por meio da técnica de *fertilização in vitro,* que se viabilizou o primeiro "bebê de proveta". No Brasil, o primeiro bebê nasceu na cidade de São José dos Pinhais no dia 7 de outubro de 1984. Desde então, a procura pelas técnicas de RHA aumenta exponencialmente em vários países. (SCALQUETE, 2010)

Cabe pontuar, aqui, a conceituação de infertilidade para fins médicos. De acordo com o Manual de Reprodução Humana da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, há infertilidade quando não ocorre gravidez em casal que mantenha relações sexuais frequentes durante o período fértil, sem proteção contraceptiva, por pelo menos 1 ano. Dessa maneira, normalmente a investigação do casal infértil inicia-se após pelo menos um ano de relações sexuais sem gravidez. E a análise do histórico clínico do paciente definirá a infertilidade como primária (paciente que nunca engravidou) ou secundária (engravidou uma vez, mesmo com outro parceiro). (FEBRASGO, 2011).

Também é justificável uma investigação antes de um ano nos casos de mulheres com mais de 35 anos, ciclos menstruais irregulares, história de doença inflamatória pélvica, diagnóstico ou suspeita de endometriose, cirurgias abdominais anteriores e problemas masculinos conhecidos. A infertilidade não é algo tão raro na sociedade e é um problema comum a ambos os gêneros. Afinal, um em cada seis casais tem problemas de infertilidade. Sendo relevante destacar que a infertilidade masculina como causa primária, ou associada, há em aproximadamente 50% desses casos. (FEBRASGO, 2011).

Após o diagnóstico pelo profissional médico da causa[9] da infertilidade, dever-se-á indicar a técnica de RHA mais adequada ao caso. Entre as técnicas mais correntemente utilizadas destacam-se: Inseminação Artificial Intrauterina; Fecundação *in vitro*; Transferência Intratubária de Gametas; Transferência Intratubária de Zigoto; Injeção Intracitoplasmática do Espermatozoide. Uma análise da frequência do uso das técnicas de RHA nos laboratórios ao redor do mundo demonstra que atualmente 70% dos procedimentos na Europa correspondem à Injeção Intracitoplasmática do Espermatozoide e 30%, à Fertilização *in vitro*. Em alguns países como Espanha e Turquia, a Injeção Intracitoplasmática do Espermatozoide é executada em mais de 80% dos casos. Já há evidências que, na maioria dos casos clínicos, a Fertilização *in vitro* é mais efetiva que a Injeção Intracitoplasmática do Espermatozoide, mas o custo é maior. (FEBRASGO, 2011, p.59).

A reprodução humana assistida pode ocorrer de forma homóloga ou heteróloga. Na primeira se dá a utilização dos materiais genéticos dos próprios

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

cônjuges; na segunda se utiliza, pelo menos, o material genético de um doador. Nessa situação cenário emerge uma inquietude: como lidar com o direito à herança da criança gerada – por fecundação artificial homóloga – com o material genético de um depositante falecido?

4. AS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA FECUNDAÇÃO HOMÓLOGA *POST MORTEM*

No Brasil, até a presente data, não há legislação específica a respeito da RHA. Tramitam no Congresso Nacional, há anos, diversos projetos a respeito do assunto, mas nenhum deles chegou a termo.

Vale lembrar que, embora não exista uma legislação específica acerca do tema, o CFM tenta trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos ao condicionar a reprodução assistida *post mortem* à autorização prévia específica do falecido para o uso do material biológico criopreservado. (Resolução nº. 2.168/17 do CFM). Ademais, também estabelece a Resolução que, no momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de falecimento de um deles ou de ambos.

Mesmo assim, saliente-se que a Resolução é uma norma ética de conduta médica para utilização das técnicas de RHA, e não uma norma jurídica, motivo porque a ausência de uma legislação específica faz com que a fecundação artificial *post mortem* gere controvérsias jurídicas ainda não pacificadas. É nessa linha que adverte SCALQUETTE (2010, p.74-75):

> No caso de se permitir a fecundação da mulher com sêmen congelado de seu marido, já falecido, estaremos diante da escolha entre duas soluções: ou diremos ao recém-nascido que seu direito à herança não existe visto que seu pai já faleceu e, em decorrência desse fato, poderemos ter filhos pobres de pais ricos; ou retornaremos os bens que poderiam já estar partilhados para que pudéssemos proceder à nova divisão, o que acabaria por causar uma enorme insegurança jurídica.

Sabemos que o direito à herança integra o rol de direitos fundamentais, devidamente expresso no art. 5º, XXX, da CF[10]. Contudo, em torno do art. 1.597[11], III, do CC, ainda circunda uma discussão palpitante, qual seja: a constatação – ou não – da possibilidade do direito à herança, presumido a partir da paternidade do cônjuge mesmo após a sua morte. O ponto controvertido surge no caso da não existência de uma autorização expressa do falecido permitindo a utilização de seu material genético pelo cônjuge.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A despeito da inquietude aduzida acima, no caso de a implantação ocorrer antes da morte do cônjuge, em regra, os direitos de herança do concebido estão protegidos legalmente. Porém, caso a implantação tenha sido efetuada pela viúva após a morte do ex-marido[12] é possível que o concebido não tenha o direito à herança respaldado pela lei, principalmente, se o detentor do material genético não ter concordado com tal prática por meio de testamento, instrumento público ou instrumento particular com firma reconhecida.

É bem verdade que art. 1.597, III, do CC, reconhece a presunção de paternidade do falecido se o concebido for gerado "por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido"(Art. 1.597, III, C.C.). Contudo, o texto normativo foi omisso no tocante a outros direitos fundamentais da criança, como é o caso do direito à herança. Tal situação poderá suscitar efeitos nocivos[13] à futura criança, podendo-a submeter a cenários de hipossuficiência, ainda que os seus irmãos – detentores de parcelas da herança – sejam demasiadamente ricos.

Claro está que a lacuna deixada pelo art. 1.597 do CC ensejou uma grande divergência doutrinária, fomentando uma maior discussão em torno de propostas legislativas que buscam dirimir a insegurança jurídica provocada pelo silêncio normativo. Destacam-se, nesse sentido, os seguintes projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional: Pl.n. 90/99; Pl.n. 2.855/97; Pl.n. 1.184/03.

O Projeto de lei n.90/99 determina o descarte do material genético dos depositantes e dos doadores logo após a sua morte, podendo punir, a quem utilizar os gametas do depositante ou doador falecido, com uma pena de um a três anos de reclusão. Além disso, no caso de uso ilegal de gameta oriundo de individuo falecido antes da fecundação, a criança não se beneficiará de efeitos patrimoniais e sucessórios em relação ao falecido.

Já o Projeto de lei n.2.855/97, em seu art.23 adverte que: "É vedado o reconhecimento da paternidade, ou qualquer relação jurídica, no caso de morte de esposo ou companheiro anterior à utilização médica de alguma técnica de RHA, ressalvados os casos de manifestação prévia e **expressa (grifo nosso)** do casal".

No Projeto de lei n.1.184/03[14], consta a determinação do descarte obrigatório do material genético do depositante, salvo se houve manifestação de sua vontade, expressa em documento de consentimento livre e esclarecido ou em testamento, possibilitando a utilização póstuma de seu material genético.

5. DEMAIS CONSIDERAÇÕES SOBRE A QUESTÃO SUCESSÓRIA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No que tange à fecundação homóloga artificial *post mortem,* perfilhamos na orientação que para fins sucessórios é fundamental a autorização do *de cujus* para que ocorra a utilização do seu sêmen após a sua morte, bem como que fixe um prazo de espera do nascimento dos filhos.

Na ausência de uma manifestação expressa do falecido, o filho gerado após a morte do falecido deverá ter o direito ao estado de filiação preconizado, por força do art. 227[15]; caput e §6º; da C.F. Não obstante, o reconhecimento do direito à herança não pode ficar sob os arbítrios imprevisíveis da vontade da viúva, sob pena de uma indefinição temporal afetar a partilha da herança e ferir a segurança jurídica.

Ademais, como poderíamos sair do impasse em que de um lado temos os herdeiros já nascidos ao tempo do falecimento do autor da herança; e do outro lado temos os seres não nascidos, mas presumidamente reconhecidos como filhos e que podem ter seus direitos limitados. Qual seria o prazo para que os direitos sucessórios dos filhos não concebidos ou não implantados – no caso de embriões criopreservados – sejam preservados? Pois os herdeiros já nascidos não podem ficar *ad infinitum* à espera do nascimento dos herdeiros que encontram-se criopreservados.

Uma possível resposta é a utilização do prazo do art.1.800, §4.º, do Código Civil, que prevê o prazo máximo de dois anos para concepção do filho de um terceiro que foi lembrado e beneficiado pelo testador, desde que, no momento da abertura da sucessão, as pessoas à concebê-lo estejam vivas. Observe: "art.1.800. (...) §4.º Se, decorridos **dois anos após a abertura da sucessão** (grifo nosso), não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos". Na hipótese desse artigo, o testador dá uma espécie de salto, passando por cima dos genitores, contemplando os filhos que estes tiverem, e se tiverem. Se os filhos, ainda não concebidos, não puderem mais ser concebidos, pela morte, por exemplo, da pessoa indicada, que iria gerá-los, a disposição testamentária é ineficaz. Os filhos, que poderiam ter vindo, não vieram, e é impossível que venham. Frustrou-se a expectativa. Os bens que seriam desses filhos passam aos herdeiros legítimos do testador, ao tempo da abertura da sucessão. (DINIZ, 2010).

No caso aduzido pelo exposto acima, "o herdeiro esperado" não é filho do *de cujus*. O que torna a ausência legislativa muita mais gravosa, pois a tutela sucessória dos potenciais filhos do autor da herança, a nosso ver, deveria ser mais abrangente que a tutela ao direito sucessório do potencial filho de um terceiro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Scalquette (2010), por sua vez, propõe uma solução por meio da aplicação dos dispositivos constantes na Lei de Biossegurança (lei n.º11.105/05). O art.5º desta lei que, conforme já foi visto teve a sua constitucionalidade corroborada pelo STF no ano de 2008, preleciona:

> Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem **3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento (grifo nosso).**

Os prazos previstos no art.5º da já referida lei refere-se à utilização dos embriões para pesquisas e terapias, ressaltando que os prazos valem para os embriões que já se encontravam congelados na data da publicação da supracitada lei. Para Scalquette (2010), o prazo de três anos é um limite temporal razoável para a decisão do cônjuge sobrevivente. Nessa linha de análise, é imprescindível que o depósito de material genético pelo cônjuge falecido - para uma posterior fecundação após a morte – tenha ocorrido de uma forma livre e esclarecida. Portanto, o prazo de três anos não é demasiadamente longo a ponto de prejudicar os herdeiros já existentes à época do falecimento, bem como "não é demasiadamente curto a ponto de forçar o possível genitor sobrevivente, ainda sob as dores do luto, a se submeter ao procedimento necessário para que a criança fosse gerada". (SCALQUETTE, 2010, p.215-216).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresenta-se como indispensável, a cada dia, disciplinar os limites das práticas médicas e científicas. Tal necessidade e as suas consequências representam o desejo de controle democrático do processo de inovação biotecnocientífica e dos seus parâmetros de licitude. A Bioética e o Biodireito não devem assumir um viés ultrapassado, hermético e estanque, em vez disso deverão nortear uma preocupação ecológico-cultural para com as transformações das condições de existência. O caráter transformador de repensar as dimensões éticas, ideológicas e simbólicas do progresso científico caracteriza a Bioética e o Biodireito como o reflexo do éthos da civilização biotecnológica do século XXI..

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No tocante às tecnologias reprodutivas, a maior preocupação foi a de instalá-las no Brasil, muito embora não tenha ocorrido a consolidação de um arcabouço jurídico capaz de regular todas as situações controvertidas. Outrossim, a falta de legislação específica sobre as técnicas de RHA implica na irrupção de vários problemas de cunho ético-sociais[16], como, por exemplo, a venda de material genético; a cessão onerosa de útero, a seleção eugênica de embriões, etc. O problema se agrava quando problematizarmos que a Lei 11.935/09 estabelece que os planos de assistência de saúde devem arcar com os custos do atendimento nos casos de planejamento familiar, estando incluído, efetivamente, as técnicas de reprodução humana assistida. Ampliando o uso de tais técnicas pela população.

O problema é agravado sobremaneira, como vimos, quando se discute os direitos fundamentais da criança gerada por meio de um processo de fecundação artificial homóloga *post mortem.* A ausência legislativa para disciplinar os prazos para a realização da fecundação e/ou implantação, a destinação do material genético do depositário falecido e os instrumentos necessários para a permissão – ou não – de uma fecundação artificial homóloga *post mortem* provoca nos meandros das relações de famílias danos incomensuráveis.

É por isso que insistimos na elaboração de uma legislação específica, pois o respaldo ético do CFM não é suficiente diante da propagação de um sério processo de mercantilização e privatização do patrimônio genético humano.

7. REFERÊNCIAS

ANDORNO, Roberto. **The paradoxical notion of human dignity**. Persona – Revista Electrónica de Derechos Existenciales, n.9, set. 2002. Disponível em: http://www.revistapersona.com.ar/Persona09/9Andorno.htm. Acesso em: 28 de mai. 2020.

AZEVEDO, Marco Antonio Oliveira de. **Bioética fundamental**. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2002.

BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. STF. **ADIN Nº. 3.510.0 – DF**. Rel.min. Carlos Britto, j. 29.05.08.

COLOMBIA. **Sentencia C 239/97. Demanda de Inconstitucionalid contra el artículo 326 del decreto 100 de 1980 – Código Penal.** Magistrado Ponente: dr.

Carlos Gaiviria Diaz. 20 de mayo de 1997. Disponível em: http://190.41.250.173/RIJ/BASES/dcp/c-239-97.pdf. Acesso em: 30 de jun. 2020.

CRUZ, Iveline Fonseca da. **Efeitos da Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: SRS Editora, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FEBRASGO. **Manual de Reprodução Humana da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia**. 2011. Disponível em: https://www.febrasgo.org.br/images/arquivos/manuais/Manuais_Novos/Manual_de_Reproducao_-Humana.pdf . Acesso em: 1 de jul. 2020.

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas Conseqüências nas Relações de Família**. Curitiba: Juruá, 2009.

JÚNIOR, Gualter de Souza Andrade. **O fato e a responsabilidade por prática biomédica: uma visão ontológica**. In: Sá, Maria de Fátima Freire de (Coord.). Biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MARTEL, L. C. V. M. **Direitos Fundamentais Indisponíveis – Os Limites e os Padrões de Consentimento para a Autolimitação do Direito Fundamental à Vida**. 2010. Tese(Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral – Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil – Doutrina e Jurisprudência, v.3 (Coleção Temas Jurídicos)**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MOREIRA, Manoel de Almeida. **Compêndio de reprodução humana**. Rio de Janeiro: Revinter, 2002.

SCALQUETTE, Ana Claúdia S. **Estatuto da Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

WIDER, Roberto. **Reprodução Assistida: Aspectos do Biodireito e da Bioética**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007.

NOTAS:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[1] Vale lembrar, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pela Resolução n° 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas também reconhece a dignidade da pessoa humana como valor inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da justiça, da liberdade e da paz no mundo.

[2] A busca de argumentos mais concisos, coerentes e íntegros correspondentes a dignidade humana visa fortalecer o conceito e, mormente, evitar o seu uso desmedido, inflacionário e significativamente anêmico. Principalmente nas práticas biomédicas, conforme nota. (ANDORNO, 2002).

[3] É preciso salientar que tal foi o posicionamento majoritário da Corte. Nos votos de dissidência a proposta de entender a dignidade humana como autonomia foi muito criticada. Ao defender a posição majoritária, foram mencionados julgados anteriores da Corte, nos quais a dignidade como autonomia foi a concepção prevalente (MARTEL, 2010, p.161).

[4] "Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente" (Art. 225; § 1º; incisos II e V).

[5] Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n º 9. 434, de 4 de fevereiro de 1997(Art. 5º, lei 11.105/05).

[6] A tradição hipocrática oriunda da Escola de Hipócrates, do século V a.C. Já arrematava que a Ética Médica baseia-se em dois deveres absolutos, considerados necessários e suficientes para determinar se o agir do médico é ou não correto e se não constitutivos da assim chamada deontologia médica. Trata-se dos deveres de não maleficência e de beneficência. (FERRAZ, 2009, p.26).

[7] Segundo o princípio da justiça, no tocante ao fornecimento dos serviços de saúde, independentemente da condição socioeconômica do paciente, não deverá ocorrer discriminação, dado que é dever do Estado fornecer os atendimentos médicos necessários à saúde do paciente, independente dos custos. Conforme reza o art. 196, da C.F.: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.".

[8] Acredita-se que o veterinário Ivanoff foi o precursor da técnica moderna da reprodução assistida, sendo o médico inglês John Hunter, responsável, em 1790, pela primeira realização, com sucesso, do procedimento. (SCALQUETE, 2010, p.57).

[9]As causas de esterilidade podem ser masculinas e femininas. As causas femininas são subdivididas em tuboperitoneal; uterina corporal; endócrina e, quando não se detecta a causa ela é denominada como causa idiopática. As causas masculinas decorrem, especialmente, da ausência ou diminuição da concentração de espermatozoides. Não se pode olvidar que, quando a causa da esterilidade é desconhecida, aspectos emocionais e ambientais devem ser considerados como possíveis responsáveis pelo problema. (SCALQUETTE, 2010, p.63-64).

[10] C.F.; art. 5º; inc. "XXX – É garantido o direito de herança".

[11] C.C./02; Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

[12] Nos termos do art. 1.571, inc. I, do Código Civil; a sociedade conjugal termina com o falecimento de um dos cônjuges, acabando-se assim o vínculo matrimonial.

[13] A situação nesse contexto é tão penosa para a criança que, evitando tais problemas, a legislação alemã pune com reclusão de até três anos quem realiza a fecundação de um óvulo com esperma de um homem falecido; e na Austrália, a lei n.30/90 determina que o filho gerado após o falecimento do cônjuge não será considerado filho do falecido. Na Espanha é vedada a inseminação após a morte e esclarece que, se realizada, só haverá vínculo de filiação se houver consentimento expresso do marido por instrumento público ou testamento. Nos Estados Unidos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

não há uma legislação única – porque cada Estado-membro apresenta sua própria; alguns são permissivos e outros, proibitivos. Contudo, encontrando dificuldade em um Estado, o casal poderá migrar para outro para realizar esse tipo de técnica (CRUZ, 2008, p.139). Na Inglaterra, a inseminação *post mortem* é permitida, mas não se garante o direito à sucessão, exceto se houver documento expresso nesse sentido; na França o consentimento para o tratamento de reprodução humana fica sem efeito se o homem vier a morrer. (DINIZ, 2010, p.576 – 577).

[14]No projeto de lei n.1.184/03, de autoria do Deputado Colbert Martins, que dispõe sobre reprodução assistida, foram apensados, por força das disposições regimentais, cinco proposições, a saber: Pl.n. 2.855/97; Pl.n. 4.665/01; Pl.n. 120/03; Pl.n. 1.135/03; Pl.n. 2.061/03.

[15]C.F./88; Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...)§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

[16] A revista Veja, edição 2.059, ano 41, n.18, de 07 de maio de 2008, p.140-143, traz reportagem com o seguinte título: "Gravidez a Soldo" que relata: No Brasil, o aluguel de uma barriga é permitido somente em caráter solidário. Ou seja, entre mulheres com algum vínculo afetivo e sem a presença de dinheiro. Assim determinam as normas dos conselhos regionais de medicina. Na prática, porém, a história é outra. Dos 170 centro brasileiros de medicina reprodutiva, 10% oferecem às clientes um cadastro de mulheres dispostas a locar o útero e receber por isso. As incubadoras humanas também podem ser facilmente encontradas na internet, em sites gratuitos de classificados "por motivos financeiros, estou disposta a alugar minha barriga para pessoas que queiram ter filhos e não podem", anuncia uma dona de casa do interior de São Paulo. (FERRAZ apud Veja, 2009, p.33).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO EXERCÍCIO DO PODER PUNITIVO DO ESTADO COMO MARCA REVELADORA DA CRISE

MARCO ANDRÉ SIMM DE FAVERI: Servidor da Justiça Federal Seção Judiciária do Rio Grande do Sul. Mestrando em Direito - Faculdade Meridional (IMED). Especialista em Processo Civil pela Universidade Internacional de Curitiba (UNINTER). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA).

RESUMO: Este estudo tem por objeto averiguar se há uma crise de legitimidade do poder de punir do Estado, a partir da realidade carcerária brasileira, em que a hipótese visualizada é a confirmação da ilegitimidade. Para problematização da temática, utiliza do método dedutivo, por meio de revisão bibliográfica. Em primeiro momento, faz-se uma incursão ao discurso legitimador do Direito Penal moderno, em que são pontuados os aspectos da pretensa disposição de garantias aos cidadãos e das finalidades preventiva e ressocializadora da pena. Em seguida, a pesquisa caminha no sentido de investigar a preponderância dos caracteres retribucionista e segregador da prisão, ante o fato do sistema punitivo converte-se em estimulador de prática de delitos. Mais adiante, o trabalho apresenta a realidade de violações a direitos fundamentais nas casas prisionais, em afronta ao modelo de Estado de Direito. Ao final, confrontando a realidade das casas prisionais com o discurso que legitima o Direito Penal, a pesquisa conclui pela existência de profunda crise de legitimidade do poder punitivo do Estado.

Palavras-chave: Poder Punitivo do Estado; Pena de Prisão; Violação de Direitos Humanos; Crise de Legitimidade.

Sumário: 1. Introdução. 2. O discurso legitimador do direito penal moderno. 3. A preponderância dos aspectos retribucionista e segregador da pena de prisão. 4. A realidade violadora de direitos nas casas prisionais. 5. A crise de legitimidade do poder de punir do Estado. 6. Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

À longa data, a sociedade brasileira vive momento de inquietude acerca da realidade das casas prisionais. Essa preocupação diz respeito às condições, em geral, desumanas do cárcere, mas também gravita na seara da incapacidade de prevenir condutas criminosas e de ressocializar os encarcerados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A realidade carcerária brasileira (a exemplo de celas superlotadas e totalmente insalubres) desencadeia extrema violação de direitos dos aprisionados, o que, por lógico, confronta com o modelo de Estado de Direito fundado pela Constituição da República.

Além disso, tem-se observado que a pena de prisão não tem alcançado as promessas trazidas pelo Direito Penal moderno, a saber: prestar segurança aos cidadãos, incluindo a proteção aos direitos individuais frente às arbitrariedades estatais, bem assim prevenir condutas criminosas e reintegrar os infratores à sociedade.

Diante desse cenário, buscar-se-á, por meio do presente estudo, avaliar se está ocorrendo uma crise de legitimidade do poder de punir do Estado.

Para desenvolvimento da pesquisa, inicialmente, abordar-se-á o discurso legitimador do Direito Penal moderno, fundado na ideia de segurança jurídica aos cidadãos e de garantia de direitos, sem esquecer-se das finalidades da pena.

Adentrar-se-á na avaliação das tendências retribucionista e segregadora da prisão, especialmente, pelo fato de que o Estado continua a se utilizar do Direito Penal, criminalizando condutas e majorando penas, quando perceptível que o encarceramento não tem propiciado a prevenção de crimes e a ressocialização dos delinquentes.

Também no decorrer da explanação a realidade das casas prisionais brasileiras será trazida à tona. As mazelas do sistema penal, notadamente, vinculadas às violações de direitos fundamentais, emergirão como violadoras do modelo de Estado de Direito.

Por fim, far-se-á uma apreciação conjuntiva das violações de direitos dos indivíduos aprisionados com as promessas legitimadoras do Direito Penal moderno, quando, então, ficará demonstrado que efetivamente está-se diante de uma crise de legitimidade do poder de punir do Estado.

2 O DISCURSO LEGITIMIDADOR DO DIREITO PENAL MODERNO

No período medieval, a pena não tinha como função reconstruir a moral do Homem, atuava apenas visando a confirmar a fúria do Soberano e da Igreja em face daqueles que se insurgissem em oposição ao modelo ou se aventurassem a pensar de forma diversa. Estava-se em pleno período de Inquisição. A imposição da violência sobre o corpo persistiria até a Reforma dos Iluministas (BOSCHI, 2004).

O quadro de atrocidades e crueldades é vivenciado por longos séculos na Europa, alcançando o final da Idade Moderna. A execução de Damiens, ocorrida em 02 de março de 1757, na França, é representativa do molde de Direito Penal empregado na época:

> Damiens fora condenado, a 02 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde deveria ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras;[em seguida], na dita carroça, na praça de Grève, e sobre o patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo em enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento (FOUCAULT, 1987, p. 9).

Acerca desse modelo, Foucault (1987) refere que os suplícios ocorriam em praça pública, já que eram direcionados a servir de espetáculo de horror à população. Isso porque o Soberano buscava confirmar seu poder, empregando temor na coletividade, a qual, contraditoriamente, acabava aplaudindo na qualidade de expectadora.

Todavia, o quadro de horrores e medo, aos poucos foi causando repulsa na sociedade, encontrando eco no pensamento de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria. No ano de 1764, Beccaria publica a obra "Dos Delitos e das Penas".

Na mencionada obra, Beccaria externa seu sentimento de aversão:

> Quem não estremece de horror ao ver na história tantos tormentos atrozes e inúteis, inventados e empregados friamente por monstros que se davam o nome de sábios? Quem poderia deixar de tremer até o fundo da alma, ao ver os milhares de infelizes que o desespero força a retomar a vida selvagem, para escapar a males insuportáveis causados e tolerados por essas leis injustas, que sempre acorrentaram e ultrajaram a multidão, para favorecer unicamente um pequeno número de homens privilegiados? (BECCARIA, 2003, p. 48).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Beccaria (2003) refere que sanções impostas pelo Estado não podem servir apenas para atemorizar os indivíduos ante o Poder do Soberano. Devem isto sim ter proporcionalidade com o crime cometido e objetivar a recuperação do infrator da norma, nomeando uma função positiva às penas. Acerca da pena de morte, o autor revela a inutilidade para com a prevenção de delitos, ressaltando que privação de liberdade se mostraria mais eficaz como paga do infrator ao mal suportado pela sociedade.

Sob intervenção da obra de Beccaria, ocorreu verdadeira revolução da ciência punitiva, na medida em que seus ensinamentos foram seguidos por inúmeros juristas, dando origem à Escola Clássica e por que não dizer ao Direito Penal moderno. A pena capital foi abolida em grande parcela do continente europeu, e os castigos corporais e infamantes, de forma paulatina, acabaram cedendo espaço à prisão (GOMES NETO, 2000).

Malgrado a análise das diferentes escolas que se seguiram na teorização do Direito Penal não seja foco do presente trabalho, entende-se relevante apontar a Escola Clássica, tendo em vista que trouxe elementos ligados à necessidade de garantias aos cidadãos diante das arbitrariedades estatais, ponto com estreito vínculo com a temática aqui abordada.

Segundo Andrade (1997), a Escola Clássica trouxe a racionalidade para o direito punitivo, buscando proteger os indivíduos da atuação arbitrária do Estado. Baseou-se na legalidade, ocupando-se em descrever abstratamente as figuras dos crimes (fato-crime), para o fim de evitar as incertezas antes comuns no Direito Penal. Tão somente o legislador poderia estabelecer as figuras típicas e as penas respectivas, trazendo segurança jurídica à população.

Ademais, aos objetivos da presente pesquisa, faz-se salutar ainda focar os olhos sobre as teorias legitimadoras da pena. Desde o momento em que o Estado tomou para si o poder punitivo, nasceram teorias para explicar a necessidade da pena, servindo de justificação para o próprio direito/poder de punir do Estado. São três as teorias desenvolvidas: as teorias absolutistas ou retributivas, as teorias relativas ou utilitaristas e as teorias mistas ou ecléticas (BOSCHI, 2004).

Na lição de Cipriani (2005), as teorias retributivas têm sua gênese ligada ao modelo de Estado absolutista, em que a pena era justificada pela necessária aplicação de castigo por conta do delito cometido; o mal da pena como retribuição pelo mal causado pelo crime. Por outro lado, as teorias utilitaristas dão à sanção penal o encargo de prevenir o cometimento de delitos, servindo de meio de proteção dos bens jurídicos tutelados.

Nascem, portanto, as teorias utilitaristas como superação da mera retribuição. O cerne da proposta é a justificação da pena com base na sua capacidade de prevenir delitos. A prevenção alardeada dar-se-ia no âmbito daquele que foi infligido pela pena (prevenção especial), como também pelos demais integrantes da sociedade (prevenção geral) (BITENCOURT, 1993).

Ainda na ótica de Bitencourt (1993), sob a construção da prevenção geral, os cidadãos, confrontando os males trazidos pelo cumprimento da pena e os benefícios da prática do crime, em um juízo racional, optariam em não praticar o delito.

Outro foco é a prevenção especial, pautada na ideia de evitar o cometimento de novos crimes pelo infrator da norma. O cumprimento da pena é idealizado como meio de ressocialização do delinquente. Dois modelos são construídos: o da Escola Sociológica na Alemanha e o da Escola Positiva na Itália (CIPRIANI, 2005).

O primeiro, idealizado por Von List, reconhece que a pena é concebida com a finalidade de ressocializar, reeducando o infrator, para que possa regressar ao convívio social. Já o segundo, arquitetado por Enrico Ferri, é centrado na visão de delinquência ligada a razões biológicas e culturais, e, em virtude disso, estaria o delinquente predeterminado a praticar crimes, o que exigiria seu tratamento por meio da pena para reeducá-lo e reintegrá-lo à sociedade, porém, em caso de impossibilidade de ressocialização, ficaria o condenado no cárcere sem limite, como espécie de medida de segurança (CIPRIANI, 2005).

As teorias ecléticas ajustam partes das teorias retributivas e utilitarista, no entanto, com alguns limites. Cipriani (2005) expõe que a pena é justificada por sua finalidade preventiva, contudo, limitada pela retribuição de acordo com a culpabilidade do delinquente.

Ao que se vislumbra, então, o Direito Penal moderno aflora como ciência que busca dar garantia aos cidadãos de que não serão tolhidos em seus direitos pela ação arbitrária do Estado, ou seja, é intencionado a proporcionar segurança jurídica e proteção aos direitos fundamentais.

Na mesma marcha, o penalismo moderno busca legitimar a pena privativa de liberdade e, por consequência, o poder de punir do Estado através da noticiada capacidade em estabelecer a prevenção de delitos, geral e especial, pautando-se quanto à última na pretensa aptidão de ressocialização.

3 A PREPONDERÂNCIA DOS ASPECTOS RETRIBUCIONISTA E SEGREGADOR DA PENA DE PRISÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A pena de privação de liberdade surgiu como avanço no âmbito do Direito Penal, eis que veio em substituição às atrozes penas corporais, ordinariamente, empregadas na Idade Média até a Reforma Iluminista, isto é, ao tempo dos estados absolutistas. Porém, a prisão dos indivíduos infratores da lei passou a sofrer, ao longo do tempo, fortes críticas, mormente pelo fato de não alcançar objetivos para qual foi concebida: a prevenção de delitos e a reintegração do delinquente à sociedade.

As mazelas das casas prisionais não são exclusivas dos países subdesenvolvidos. Os atos ofensivos à dignidade humana apresentam-se por maus tratos, crueldade, ausência de privacidade, inclusive, abusos sexuais, principalmente daqueles recém chegados ao sistema prisional. Também por carências de atendimento de saúde geral e psiquiatria. Isso tudo revela-se como fator criminógeno, ou seja, essa gama de deficiências tem se mostrado como estimulante e propagadora de comportamentos criminosos, assim, sem capacidade de brecar a delinquência (BITENCOURT, 1993).

Gomes (2007, p. 352), da mesma forma, expressa o enorme fracasso da finalidade ressocializadora da pena de prisão:

> Não há dúvida de que a prisão, como instrumento de ressocialização, é um retumbante fracasso (não ressocializa, embrutece aqueles que nela ingressam, etc). [...] A prisão, dentre todas as entidades que formam o arquipélago punitivo, é, ademais, a que melhor reproduz a delinqüência: os altos índices de reincidência e o nascimento das facções organizadas dentro dos presídios facilmente atestam isso.

Dessa sorte, a atuação da intervenção do Direito Penal pela figura da prisão apresenta-se como estigmatizante da pessoa do delinquente, e, ao contrário de reduzir a criminalidade e ressocializar o infrator, consoante sua promessa, consolida verdadeiras carreiras criminosas (ANDRADE, 1997).

O sistema punitivo converte-se em estimulador para a prática de crimes, ao revés de prevenir condutas criminosas. A privação de liberdade, em verdade, tem originado a carreiras voltadas ao crime (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002).

Diante dessa inafastável realidade do ambiente prisional, cabe perguntar-se: a pena de prisão tem se prestado como mera retribuição ao delinquente e como meio de segregá-lo do meio social?

A respeito da investigação, Boschi (2004) explana que a sanção penal não pode ser direcionada simplesmente à finalidade de castigar, já que isso acarretaria o

indesejável risco do terrorismo da pena. A pena seria desfocada de propósitos éticos e legítimos, que são característicos da função ressocializadora da pena.

Esse viés retribucionista da sanção penal é negado pela Constituição Federal, emergindo dela o temor com a aplicação de penas cruéis, perpétuas e de morte (em tempo de paz). Ocorreu imposição de limites à atuação estatal no exercício do Poder Punitivo, mesmo que fosse gravíssimo o crime cometido pelo agente, eliminando o aspecto retributivo da pena (CANTERJI, 2008).

Entretanto, malgrado esse protecionismo trazido pela Constituição da República de 1988, o caráter retribucionista da pena privativa de liberdade tem se mostrado evidente. Isso porque os encarcerados estão sujeitos à privação de grande rol de direitos, que, teoricamente, continuam a integrar seu patrimônio subjetivo, mas são enterrados pela realidade das casas prisionais.

Os flagelos da privação de liberdade mostram-se como efetiva retribuição pela conduta delitiva. Dá-se ao criminoso o mal do crime com seu próprio mal, elevando a percepção no meio social de justiça feita. O criminoso apaga o delito cometido com seu sofrimento enquanto cumpre a pena no cárcere (BATISTA, 2002).

A pena necessita atender à tutela dos bens jurídicos eleitos pela sociedade como indispensáveis, atendendo ainda ao anseio social de combater a impunidade. Inafastável também sua capacidade de recuperar os condenados para o retorno à convivência social, isto é, a pena é programada a ressocializar (MASSON, 2010).

No entanto, Masson (2010, p. 529) verifica na pena de prisão seu viés principal de retribuição: "Não basta a retribuição pura e simples, pois, nada obstante a finalidade mista acolhida ao sistema penal brasileiro, a crise do sistema prisional transforma a pena em castigo e nada mais".

Consoante já esposado, o caráter de retribuição da pena não é aceito pelo sistema jurídico. A Constituição da República de 1988 o rechaça. Inobstante isso, as práticas executórias da pena enaltecem esse viés, uma vez que o delinquente é alvo de todo tipo de violência física e moral no ambiente carcerário.

Revela-se ainda importante avaliar outro ponto central da execução da pena, o qual merece olhar crítico da sociedade e, mormente, dos operadores do sistema jurídico. O aprisionamento daquele que comete o ilícito penal estaria ligado à pretensão de livrar-se da "ameaça" do delinquente enquanto perdurar a pena?

Em que pese o Direito Penal moderno esteja alicerçado na premissa de ressocialização dos indivíduos e na preservação dos direitos do delinquente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

(segurança jurídica), a práxis faz emergir o lado intimidatório e segregacionista da pena de prisão, os quais são ligados à imediatidade e populismo (SUXBERGER, 2006).

A segregação dos que delinquem aparece como modelo de salvação, especialmente, em tempos de crimes de maior repercussão midiática. Os legisladores, empurrados pela notoriedade, acabam criminalizando novas condutas e majorando penas, sem a necessária avaliação se isso é capaz de trazer resultados positivos à sociedade. Assim, a pena de prisão acaba sendo apresentada como a resposta adequada e indispensável, atuando o Direito Penal equivocadamente como *prima ratio* (SUXBERGER, 2006).

Verifica-se, pois, que a busca de uma solução rápida para o apelo social faz aflorar no Legislador a falsa percepção de que o caminho é o aprisionamento, na medida em que a ameaça do delinquente estaria sob controle. Amolda-se essa visão na ideia de que a segregação do infrator é suficiente para a sensação de segurança.

Sob a mesma ótica, há espaço para a compreensão de que a pena de prisão atualmente vive período de recrudescimento em reflexo à atuação populista do Legislador. Objetivando alcançar ou manter o apoio público, os representantes do povo, despojados muitas vezes de juízo crítico, utilizam-se da penalização para segregar ainda mais.

O caráter segregacionista da prisão tem foco na proteção da sociedade quanto ao cometimento de novos delitos em relação ao indivíduo recolhido ao cárcere. Contudo, reconhecendo como verdade que a prisão é provisória e, ademais, não ressocializa, o mal sofrido pelo encarcerado será à sociedade devolvido quando da soltura. A proteção, logo, tem prazo temporal limitado (CANTERJI, 2008).

As cifras negras também revelam a ilusão de segurança no tocante à segregação:

> [...] tendo em vista que apenas uma ínfima parte dos autores de condutas típicas é penalizada, existe, na sociedade, uma falsa idéia de que com o apenamento de pessoas estereotipadas haverá mais segurança. Tal idéia é falsa a partir do momento que a maior parte das pessoas que cometem infrações penais não são sequer investigadas (CANTERJI, 2008, p. 87).

Não parece haver dúvidas de que, na ausência de efetivo cumprimento dos fins propostos da pena de prisão, quais sejam, a prevenção de delitos e a ressocialização do infrator, os caracteres que se sobressaem são mesmo a retribuição e a segregação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A retribuição coloca-se como intento, ainda que velado, em devolver ao preso o mesmo (ou ainda pior) mal que ele causou à sociedade pela prática da conduta delitiva. A segregação apresenta-se como tentativa de manter o infrator longe da sociedade, recluso pelo tempo da pena, visando a atingir patamar de segurança, embora falso.

Ambos aspectos não são divulgados nem aceitos pelo discurso legitimador do Direito Penal. São mantidos nos "porões das masmorras". Entretanto, o dia a dia da práxis punitiva os revelam, tornando-os latentes.

4 A REALIDADE VIOLADORA DE DIREITOS NAS CASAS PRISIONAIS

Uma vez avaliadas as características da pena de prisão mais marcantes – a retribuição e a segregação do infrator do meio social -, a investigação caminha no sentido de verificação da realidade das casas prisionais e o quanto isso reflete na violação de direitos fundamentais do encarcerado.

Os indivíduos recolhidos à prisão em razão de condenação penal perdem temporariamente apenas o direito de liberdade. Estão, desse modo, impedidos de locomoção. O status de condenado não retira os demais direitos outorgados pelo contrato social, pois mantêm a condição de cidadãos (CARVALHO, 2003).

Muito embora os direitos fundamentais esculpidos na Constituição da República, os presos são alvo de violações tamanhas que acabam manchando a legitimidade do sistema punitivo.

De extrema relevância para identificação da realidade do sistema é a atividade de Mutirões Carcerários desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ desde o ano de 2008. São levantamentos a respeito da estrutura física, saneamento básico, lotação das casas prisionais, atendimento às demandas de saúde e educação, bem assim quanto ao tratamento empregado aos presos.

Extrai-se dos relatórios disponíveis no *site* do CNJ na *internet* que a realidade das casas prisionais é nada animadora. Presídios superlotados, celas fétidas e insalubres são algumas das particularidades encontradas.

A título de exemplo, pode-se relacionar a visita feita em casas prisionais do Estado do Espírito Santo, entre os dias 20 de outubro a 26 de novembro de 2010. No presídio de Novo Horizonte, cidade de Serra, o CNJ concluiu pela ocorrência de superlotação, sujeira e esgoto correndo a céu aberto, como também violações a direitos humanos (BRASIL, 2010).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O modelo prisional brasileiro também foi alvo de análise por Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI). Nos trabalhos da CPI do Sistema Carcerário desenvolvidos no final da década passada, os integrantes relataram as condições degradantes do Presídio Central de Porto Alegre:

> [...] Apelidada de "masmorra", a parte superior do presídio é o pior lugar visto pela CPI. Em buracos de 1 metro por 1,5 metro, dormindo em camas de cimento, os presos convivem em sujeira, mofo e mal cheiro insuportável. Paredes quebradas e celas sem portas, privadas imundas (a água só é liberada uma vez por dia), sacos e roupas pendurados por todo lado... uma visão dantesca, grotesca, surreal, absurda e desumana. Um descaso! Fios expostos em todas as paredes, grades enferrujadas, esgoto escorrendo pelas paredes, despejado no pátio. Sujeira e podridão fazem parte do cenário. A visão é tenebrosa. Nessa "masmorra do século 21" habitam 300 presos, mas nem um deles estava lá na hora: foram retirados e levados para o pátio antes da entrada dos membros da Comissão e os Deputados não puderam falar com os "moradores" de um dos piores e mais insalubres presídios diligenciados pela CPI (BRASIL, 2009, p. 170).

A situação desumana do Presídio Central de Porto Alegre também é confirmada por Mutirão Carcerário específico na unidade, realizado pelo CNJ no ano de 2014. Além da superlotação, a total precariedade do sistema de escoamento de esgoto extrapola os limites de humanidade:

> Nas várias visitas que este juiz fez, verificou-se que os pátios de banho de sol e visita, onde centenas de detentos inclusive recebem seus familiares em dia de visita, são depósitos de esgoto a céu aberto. Fezes dos sanitários usados pelas outras centenas de presos escorrem dos andares superiores pelas paredes, vindo a cair no pátio de visitas. [...] Nas celas de boa parte das galerias precisaram ser adaptadas garrafas de plástico para fazer passar o esgoto das celas superiores, por entre pias e camas. Boa parte do prédio está em ruínas. [...] De toda a situação precária do PCPA, a que mais chamou a atenção, com forte impacto e de difícil aceitação, é a precária condição sanitária do local. Não é admissível que no atual padrão de civilidade o Estado aceite a manutenção de seres

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> humanos em condições desumanas, vivendo entre fezes e esgoto (BRASIL, 2014, pp. 34/35).

Com olhos nas ilegalidades corriqueiras na execução da pena privativa de liberdade, Herkenhoff (1998) concluiu que são comuns as violações aos direitos humanos dos aprisionados e aos princípios constitucionais. A respeito, arrola exemplos:

> [...] a) a superlotação de celas das Casas de Detenção, Cadeias e demais estabelecimentos penais; os presos enjaulados em cômodos, colchões ou esteiras espalhadas no chão, um vaso turco coletivo, sujeira e mau cheiro, num absoluto desrespeito à dignidade humana; b) a ociosidade dos presos; c) a mistura, no mesmo presídio e na mesma cela, de condenados e pessoas presas preventivamente, bem como de primários e reincidentes; d) as violências sexuais e a homossexualidade forçada a que são submetidos os presos, como decorrência das condições sumamente desumanas do encarceramento; [...] i) dentro de todo esse quadro os esmagamento de princípios constitucionais e legais, como o da igualdade perante a lei, respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário, individualização da pena, direito do preso ao trabalho remunerado [...] (HERKENHOFF, 1998, p. 39-40).

Assim, a realidade prisional brasileira observada é violadora de direitos dos encarcerados. Há visível afronta ao direito à vida, à intimidade, à honra, à saúde, à integridade física e moral, enfim, a uma gama de direitos, situação que desumaniza o ambiente carcerário.

O exame da execução penal faz emergir um modelo cruel: o apenado, com a prolação da sentença condenatória, é inserido em um ambiente desprovido de garantias, e, por conta disso, a condenação criminal exsurge como se fosse uma declaração de não-cidadania, carimbando o apenado com um selo de apátrida (CARVALHO, 2003).

A desumanidade das casas prisionais, de modo geral, é um fato irrefragável, contudo, nem por isso tem sido preocupação duradoura da sociedade. A inquietude social quanto ao drama da realidade prisional apenas é latente quando ocorrem motins:

> Os motins carcerários são os fatos que mais dramaticamente evidenciam as deficiências da pena privativa de liberdade. É o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> acontecimento que causa maior impacto e que permite à sociedade tomar consciência, infelizmente, por pouco tempo, das condições desumanas em que a vida carcerária de desenvolve. O motim, uma erupção de violência e agressividade, que comove os cidadãos, serve para lembrar à comunidade que o encarceramento do delinquente serve apenas para postergar o problema. O motim rompe o muro de silêncio que a sociedade levanta ao redor do cárcere. Infelizmente, pouco depois de desaparecido o conflito carcerário, a sociedade volta a construir um muro de silêncio e indiferença [...] (BITENCOURT, 1993, p. 205).

Diante da realidade prisional, há um estado de negação da dignidade humana dos encarcerados. A afronta a direitos mais básicos do indivíduo colocam em xeque todo o sistema punitivo, a considerar que atuação legítima do Estado não pode estar manchada por tamanha inconstitucionalidade.

Nesse sentido, a verificação passará a ponderar se o não cumprimento das promessas do Direito Penal, especialmente, a prevenção de delitos e a reabilitação do preso, somada à incontroversa violação de direitos no ambiente prisional, são indicativos de uma profunda crise de legitimidade do poder de punir do Estado.

5 A CRISE DE LEGITIMIDADE DO PODER DE PUNIR DO ESTADO

O Estado Democrático de Direito, instituído no Brasil pela Constituição da República de 1988, caracteriza-se como pretenso garantidor dos direitos fundamentais. Tais direitos basilares, almejados e agregados ao longo dos tempos, mostram-se positivados no texto constitucional, e, assim, servem de base para toda a produção normativa (COPETTI, 2000).

Partindo dessa constatação, todo o ordenamento jurídico brasileiro demanda estar apoiado nos direitos fundamentais, inclusive, para não fugir do conteúdo de tratados internacionais ratificados pelo Brasil no âmbito dos direitos humanos. Então, as normas infraconstitucionais e, por conseguinte, a execução do texto legislativo na práxis, sob pena de inconstitucionalidade, necessariamente não podem se desvincular dos direitos fundamentais do indivíduo.

Dessa forma, é inaceitável que o poder punitivo estatal se distancie da manutenção dos direitos dos cidadãos recolhidos à prisão. Ao Ente Público incumbe a proteção de todos os cidadãos e os aprisionados certamente não foram banidos do contexto social, a ponto de lhes serem negados os direitos próprios de qualquer sujeito (BITENCOURT, 2003).

O sistema punitivo precisa observar e proteger os direitos dos cidadãos por ele alcançados. Nesse caminhar, a atividade criminal do Estado somente é legítima se os direitos fundamentais estiverem sendo acautelados durante a execução da pena, e esta estiver alicerçada na reintegração do indivíduo à sociedade. Esse é pensamento de Suxberger (2006, p. 131):

> A execução da pena somente se justifica se prosseguir a meta de servir exclusivamente a fins racionais e possibilitar a vida comum e sem perigos. Em outras palavras, a execução da pena deve ter como conteúdo reintegração do delinqüente à comunidade, mirar como escopo justamente uma execução ressocializadora, em que coincidam prévia e amplamente os direitos e deveres da coletividade e do particular.

O Direito Penal mostra-se inábil para promover a promessa das teorias legitimadoras, sabidamente a prevenção e a ressocialização; na mesma medida, afasta-se do compromisso de preservar os direitos dos infratores, em virtude da violência do sistema. Isso tudo autoriza concluir que o discurso jurídico-penal é inegavelmente falso, embora a falsidade não seja produto da má-fé, nem mesmo de conveniência daqueles que possuem a cátedra. Existe isto sim uma incapacidade de se substituir por outro discurso, haja vista a necessidade de defesa dos direitos das vítimas dos delitos (ZAFFARONI, 2001).

Nessa toada, a pena de prisão não seria em essência ilegítima, entretanto, estaria em crise por conta da ausência de atenção da sociedade e principalmente dos governantes:

> [...] fala-se de crise da prisão, mas não como algo derivado estritamente de sua essência, mas como resultado de uma deficiente atenção que a sociedade e, principalmente, os governantes têm dispensado ao problema penitenciário, que nos leva a exigir uma série de reformas, mais ou menos radicais, que permitam converter a pena privativa de liberdade em um meio efetivamente reabilitador (BITENCOURT,1993, p. 145)

A deslegitimação do discurso penal transcende os contornos teóricos, uma vez que alcança a consciência ética humanística. O grau de lesões, os castigos físicos, o ambiente cruel e desumano a que os delinquentes estão submetidos enquanto sob tutela do Estado expõem uma violência institucionalizada de impossível ocultação (COPETTI, 2000).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Na mesma linha, Ferrajoli (2006) externa que a atividade punitiva do Estado, ainda que esteja emoldurada por uma legalidade formal, não merece vigência, a considerar que os pilares do ordenamento jurídico são por ela desrespeitados. Isto é, os direitos fundamentais do homem são atacados pela ação punitiva, de modo que o sistema se apresenta conspurcado pela ilegitimidade.

Ao que se vê, então, o poder punitivo do Estado sofre de uma crise de legitimidade. A validade do Direito Penal é alicerçada na preservação dos direitos do infrator frente à sede de vingança (do Estado e da sociedade), sem se afastar das finalidades da pena (prevenção e reintegração). Porém, a percepção que advém da realidade das casas prisionais é de que a ação punitiva atua em sentido contrário àquele teorizado.

Nesse mesmo sentido, aponta-se que as teorias legitimadoras de prevenção geral e especial e também os princípios garantistas do moderno Estado de Direto são empiricamente falsificadas. E isso, por si só, é suficiente para comprovar que o sistema punitivo não obtém a eficácia anunciada pelo discurso que tenta o legitimar (ANDRADE, 1997).

Logicamente, não se cogita que esses sejam os únicos problemas que colocam em embaraço a legitimação do poder de punir do Estado. Há outras questões trazidas pela doutrina, mas que, por certo, não retiram a severa influência do ponto cerne da presente averiguação (a realidade carcerária) na deslegitimação.

A respeito, Zaffaroni (2001) aduz que a ilegitimidade não é circunstância do momento. Tem-se visto um problema estrutural dos sistemas punitivos como um todo, que teria como causas a seletividade, a violência intrínseca do sistema, a verticalização social, com desligamento das relações comunitárias (horizontais).

Mas fato é que o extenso rol de promessas descumpridas pela política criminal, desigualdades, injustiças, violações de direitos no ambiente prisional e ineficácia das funções da pena são suficientes a confirmar o fracassado projeto penal (ANDRADE, 1997).

Mesmo demonstrado o fracasso do sistema punitivo, ainda há movimentações no sentido de aplicá-lo com maior firmeza:

> O horizonte do final do século aparece assim marcado por reivindicações político-criminais contraditórias para o sistema penal. A reivindicação de sua redução e abandono convive com a de sua expansão; e se aquela primeira se faz acompanhar de um fortalecimento das garantias inexistentes, esta preconiza o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> próprio abandono de seu reconhecimento formal. Enquanto está demonstrada a debilidade dos potenciais garantidores do Direito Penal, continua se apostando neles (ANDRADE, 1997, p. 296).

Observa-se, dessa feita, que o Direito Penal moderno não é deslegitimado na sua substância, já que teoricamente objetiva proporcionar segurança aos cidadãos (inclusive, aos infratores), proteger bens jurídicos, bem como prevenir delitos e ressocializar infratores. Concebe a pena de prisão como meio de alcançar esse fins.

Não seria demais dizer que a pena de prisão acaba sendo um mal necessário. Diante de situações extremadas que exigem intervenção mais forte do Estado, a prisão apresenta-se como forma mais eficaz (último remédio) para dar sensação de segurança à sociedade, mormente frente a casos violentos que indiquem inviabilidade inicial de livre convivência social do agressor.

Contudo, a crise que afeta a legitimidade do poder punitivo do Estado está mais ligada à situação carcerária. É claro que há outros problemas. Já foram inclusive aqui referidos. Porém, as condições desumanas do cárcere, acrescidas da incapacidade em prevenir o cometimento de novos delitos, tampouco em reintegrar o delinquente à sociedade, são provas de que as promessas legitimadoras do Direito Penal moderno destoam da realidade.

A prisão tem sobremaneira violado direitos fundamentais, como bem se percebe ao focar os olhos sobre o sistema carcerário brasileiro. Também, e por parcela de culpa da mencionada violação, não apresenta capacidade de alcance das finalidades reveladas pela política criminal moderna: prevenir e ressocializar.

Logo, se a teoria legitimadora do Direito Penal está moldada em compromissos empiricamente longe de serem alcançados, por evidente que se revela uma profunda crise no poder de punir do Estado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legitimidade do poder punitivo do Estado pressupõe que o seu emprego coercitivo comtemple a preservação dos direitos fundamentais do infrator. Num Estado de Direito não há espaço para conceber a ideia de que o delinquente possa ser alvo de toda gama de violações de direitos, seja de ordem física ou moral.

Da mesma forma, não se pode reconhecer legítima a imposição do Direito Penal quando a pena não alcança as suas finalidades justificantes, ou seja, a promessa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de prevenir o cometimento de delitos e de ressocializar o infrator, reintegrando-o ao meio social.

Dentro dessa conjuntura, buscou-se demonstrar, a partir da realidade carcerária brasileira, que o exercício do poder punitivo do Estado vive uma grande crise de legitimidade, logrando-se êxito em confirmá-la.

Ao exame, evidenciou-se que os encarcerados têm negados seus direitos fundamentais no ambiente carcerário, especialmente, por conta da superlotação e do nefasto grau de insalubridade em que a pena é cumprida.

Confirmada também a incapacidade de prevenir condutas e ressocializar os delinquentes. Ao contrário do prometido, há indicativos suficientes para afirmar que a pena de prisão tem servido de formação de carreiras voltadas ao crime.

Percebeu-se ainda que sobressai o caráter retribucionista e segregador da pena de prisão, muito embora teoricamente vencidos desde os tempos dos governos absolutistas. A pena vem sendo aplicada como um mal, vazio e sem propósitos utilitários, visa a apenas retribuir o infrator pelo crime cometido e retirá-lo do ambiente social enquanto em execução.

Dessa feita, confirmou-se que o discurso legitimador do Direito Penal moderno é falseado pela realidade carcerária brasileira, situação que revela profunda crise no poder punitivo do Estado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas.** Tradução: Paulo M. Oliveira. 1ª. ed. Bauru: EDIPRO, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: Causas e Alternativas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Tratado de Direito Penal:** parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOSCHI, Jose Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. **Congresso Nacional**. Câmara dos Deputados. Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Brasil, 2009. Disponível em:<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 09 nov. 2019.

_____. **Conselho Nacional de Justiça**. Relatórios de Mutirões Carcerários. Brasil, 2010. Disponível em:< https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/espiritosanto.pdf>. Acesso em 09 nov. 2019

_____. **Conselho Nacional de Justiça**. Relatórios de Mutirões Carcerários. Brasil, 2014. Disponível em:< https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/Relat%C3%B3rio_Final_Pres%C3%ADdio_Central_23_05_14_FINAL.pdf>. Acesso em 09 nov. 2019

CANTERJI. Rafael Braude. **Política Criminal e Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias.** 2ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

CIPRIANI. Mário Luís Lírio. **Das Penas:** suas teorias e funções no moderno direito penal. Canoas: Editora ULBRA, 2005.

COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir:** nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal:** introdução e princípios fundamentais. Volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES NETO, Pedro Rates**. A Prisão e o Sistema Penitenciário**: uma visão histórica. Canoas: Editora ULBRA, 2000.

HERKENHOFF, João Batista. **Crime:** Tratamento sem prisão. 3.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado:** parte geral – volume 1. 3. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Legitimidade da Intervenção Penal.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____;PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro:** parte geral. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

DENTRO E FORA DE UM ESPAÇO SOCIAL QUE FOI NOVAMENTE DELIMITADO: A SAÚDE SOB O COMANDO DAS LEIS E AS LEIS SOB O COMANDO DA PRECARIEDADE

LUIZ FERNANDO CABEDA: Desembargador aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, com estágio na Escola Nacional da Magistratura da França, Seção Internacional, em Paris, e autor dos livros "A Justiça Agoniza" e "A Resistência da Verdade Jurídica".

O impacto da pandemia na vida dos povos trouxe questionamentos antigos ao desenvolvimento da civilização, como parecia projetado, e agora temos leis que governam para trás

1.

Aqui estamos nós, no Século XXI, tentando entendê-lo e nele dar às nossas vidas o que parecia ser um ***prosseguimento***, mas – com a pandemia persistente - revelou-se uma surpreendente ***expectativa de adaptação constante***, diante da qual os sinais de fadiga já se apresentam.

Apesar disso, como percebemos claramente, longe de ser uma nova visão de mundo, essa ***adaptação*** mostra-se apenas como uma noção clara de que algumas coisas essenciais à vida comum dos povos têm de ser ***reiniciadas***.

O reinício ficará marcado pelo luto e pela noção aguda de fragilidade do meio social diante de novas doenças contagiosas, pois o efeito biológico já é grande, mas não o único.

O modo como percebemos e reagimos à pandemia também revela a fragilidade, em termos civilizacionais, de conquistas que pareciam sólidas mas agora mal resistem a ondas de irracionalismo, de comandos absurdos e ao ressurgimento de práticas de ***hipostasia*** que já estavam desmoralizadas, porque nunca deram certo.

2.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Numa época em que a palavra ***contestação*** tinha algum sentido de fácil percepção, a banda de rock Titãs gravou uma canção com o chamado: ***Quem quer manter a ordem? Quem quer fazer desordem?***

Estávamos em 1987 e a nossa confusa Constituinte sugava as últimas energias de Ulysses Guimarães, entre proclamações libertárias, desarticulação política quanto a objetivos precisos e, por fim, o surgimento do "Centrão", grupo político fisiológico que persiste e que acabou sendo determinante para definir *o* ***Estado democrático de Direito***, esta expressão parnasiana que até hoje serve de diapasão para fixar o tom de todas as algaravias institucionais.

Obviamente, sem ajudar a resolvê-las, mas muito disponível para ser invocada de novo, com a mesma inutilidade de sempre.

Ela serve para abrigar os cantos dos pássaros mais desafinados de toga, ou o som da tuba dos fardados; os clarins dos possessos, imitando as trombetas que derrubaram as muralhas de Jericó, e os violinos sutis dos que roubam, pois mantendo os ouvidos ocupados com suaves melodias, que elevam os sonhos às alturas, distraem os olhos dos crimes que estão diante deles.

Em resumo, as perguntas dos Titãs não podem mais ser respondidas.

As respostas seriam decepcionantes, poderiam indicar – e certamente fariam isso – um sujeito indeterminado: *"eles", "os outros", "os de* sempre*", "os que não podem voltar"*, ou talvez *"os salvadores que não merecem ser salvos".*

Vários governos no mundo, inclusive o nosso, não governam com a ordem e até desencadeiam desordens sucessivas como um modo genuíno de ***governar provisoriamente***, não se sabe se inspirados no provérbio bíblico de que *"a cada dia basta o seu tormento".*

Putin tem o seu modelo de combinar assassinatos dos opositores com o apoio daqueles que são chamados na Rússia ex-soviética de "oligarcas" e dominam a economia do país. Recep Erdogan implantou outro modelo autoritário na Turquia, em que o poder é uno, com resultados também bons aos seus propósitos e os aiatolás estendem seu mando já por 41 anos, aprisionando a população da outrora gloriosa Pérsia em uma nova Idade Média.

Xi Jinping tenta modernizar a China, que até hoje ainda está elaborando o seu primeiro Código Civil, sem prejuízo de que o Laboratório de Wuhan continue a invadir a vida silvestre e, pesquisando novos vírus em morcegos, coloque o

mundo no limiar de pandemias futuras (Fonte: "Centenas de novos coronavírus são achados em morcegos na China", jorna El País, 05.06.2020).

Aproveitando a fraqueza reativa dos países e órgãos internacionais, diante da pandemia, XI Jinping fez o Congresso chinês revogar a autonomia local de Hong Kong, fixada em tratados internacionais, em matéria de segurança, por não admitir que ela continuasse a tolerar a reverência à data do massacre na Praça da Paz Celestial, em 1989, e outras formas críticas ao governo chinês, incluindo à sua falta de transparência quanto às origens da pandemia na cidade de Wuhan.

3.

O Século XXI começou com a marca - indelével no calendário e na História - dos atentados terroristas nos EUA em 2001.

A teoria conservadora de Samuel Huntington ("O Choque de Civilizações"), em voga desde o final do Século XX e recebida como uma nova página no relacionamento das nações, tornou-se de repente muito precária.

Não bastava mais, segundo preconizou o acadêmico americano, reservar as áreas de influência para civilizações determinadas, sem intervir nos seus modelos, pois isso poderia trazer – como trouxe – um aprofundamento das diferenças, até a franca incompatibilidade de convívio.

Também as projeções do economista francês Jacques Attali ("Uma Breve História do Futuro") sofreram um revés.

Seu livro era luminoso, em comparação com os vaticínios de *futuristas* e outros especuladores que produziram *best sellers* inúteis, quando não nocivos, pois tratava da continuidade, isto é, de um futuro pressentido de acordo com o que havia acontecido ao longo da História, ou seja, no passado documentado.

Ocorreu que, com não menor proporção de impacto, 2020 está sendo marcado pela pandemia do coronavírus, que veio a estabelecer uma ruptura com esse mesmo passado em proporção que ainda não havia sido vista em tempos de paz.

Desta exata época que estamos vivendo ficarão traumas inesquecíveis, destinos abortados, falta de reconhecimento do que um dia foi chamado de progresso, incertezas sobre o desenvolvimento da ciência e sobre a prosperidade compartilhada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Entre essas duas datas (2001 e 2020) ocorreu a *"Primavera Árabe"* que só resultou em novas distorções do poder político, não abalou a ditadura teocrática medieval dos aiatolás do Irã ou a realeza autocrática da Arábia (cuja sucessão já está programada para um príncipe assassino, que mandou matar e esquartejar o jornalista Jamal Khashoggi na embaixada na Turquia), mas também deixou a Líbia sem governo, desde que Muammar Al Kadaffi foi trucidado, e instalou no Egito mais uma ditadura militar que perdura, com as mesmas características da de Hosni Mubarack, depois da derrubada de um governo fundamentalista islâmico, o único que havia sido eleito sem fraude em toda a história do país, de Mohamed Morsi, que veio a morrer na prisão.

Ocorreram as segundas guerras do Iraque e do Afeganistão, teve fim o conflito de mais de dez anos no maior país da África, o Sudão, que restou dividido em dois, e a vizinha Somália continuou sem governo nenhum, sob gestões provisórias que não controlam o território e as facções que nele conflitam, em terra e mar, pois os somalianos vieram a restabelecer a pirataria na região do chamado "Chifre da África".

Foi fundado e afinal dissipado por uma guerra muito destruidora o Califado Islâmico, mas as forças que o combateram não puderam construir nenhuma hegemonia e a Síria hoje tem um governo títere mantido pela Rússia, o Iraque deve sua precária estabilidade unicamente ao aval e influência determinante do Irã, perdura a situação precária dos Curdos, a maior etnia sem território próprio no mundo, o Afeganistão será de novo entregue ao jugo dos talibãs e as populações desalojadas pela frustrada *"Primavera Árabe",* no norte da África e no Oriente Próximo, formaram a maior leva de emigrantes da história moderna.

Vagas de desesperados marcharam para a Europa assustada e chantageada pela Jordânia e Turquia, que os retém em alguma medida em campos de refugiados, sustentados pelos europeus.

Não obstante, famílias de outros refugiados somalianos e sudaneses, com mais sorte, que ganharam asilo nos EUA e se estabeleceram em Minneapolis, participaram ativamente dos protestos contra a morte de George Floyd, justificando que são discriminadas racialmente, pela indumentária, no trabalho e quanto ao exercício da religião islâmica, segundo declarações que deram e repercutiram pelo mundo.

Isto quer dizer que levaram os traumas de seus conflitos para dentro dos EUA, que as acolheu.

Enquanto isso acontece nos dias presentes, Ayann Hirsi Ali, a bela modelo somaliana refugiada, que chegou a ser eleita parlamentar na Holanda, foi jurada de morte pelo Islã e é a pessoa mais conhecida internacionalmente de seu país, peregrina pelo mundo tentando mostrar a brutalidade imperante na sua terra natal e os horrores do despotismo político, do patriarcalismo dos costumes e da fidelidade ao islamismo fundamentalista, que a levaram até à excisão (remoção ritual do clitóris).

4.

Então, como entender o que é governo?

Como relacionar o governo com a ordem?

Como identificar a desordem como uma revolta e uma ruptura com a ordem despótica, que os governos que *desordenam* e *desgovernam* mantém, porque corromperam o poder e eliminaram toda a forma de representação?

Por fim, como encontrar elementos de identificação – e até de nexo - entre representar e ser representado, se as eleições produzem resultados errados e que não podem ser corrigidos de imediato, se os partidos não oferecem opções aceitáveis e se há um reduto inexpugnável de manobras, financiamentos e tramoias concebidas por marqueteiros corruptos que fabricam uma ***ilusão de escolha***, que logo foge a qualquer reconhecimento quanto ao resultado?

5.

Em 2001 foi criado um dos *slogans* mais enganosos neste Século XXI, pródigo deles: *um outro mundo é possível*.

Tratava-se de um verdadeiro lema daqueles que viam todos os males – isto é, atribuiam um sentido diabólico – à globalização, de tal forma que fundaram o Forum Social Mundial, o qual acabou morrendo de inanição, depois de ser sediado em Porto Alegre por vários anos.

E o que aconteceu no Forum Social Mundial?

José Saramago foi censurado porque fez um discurso famoso, que está na Internet ("Da Justiça à Democracia, passando pelo sino"), criticando o corporativismo sindical.

Quando o Forum foi transferido para Mumbai (Bombaim), cidade que abriga a maior favela do mundo, lideranças dos chamados movimentos sociais brasileiros

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que lá estiveram, conhecedoras das favelas e dos acampamentos de sem-terra em nosso país, retornaram fazendo declarações abismais a respeito da miséria e desamparo indianos, comparados com os nossos.

E assustadas com seus próprios parâmetros de exigências, em nosso país, que até então consideravam "políticas".

Alguns também conheceram peculiaridades das populações pobres da África e a troca de informações foi simplesmente ***destrutiva dos conceitos*** que haviam adotado no ar, sem qualquer exame de circunstâncias e peculiaridades locais, como palavras de ordem bastante incentivadas por militantes eclesiásticos que se achavam em uma missão salvacionista do "povo de Deus".

A ilusão e o caráter enganoso do slogan, portanto, ficou fácil de identificar: ***não há um outro mundo possível. O que há são vários outros mundos possíveis, inclusive piores.***

A mentira fundamental contida no pressuposto reformista daqueles que diabolizaram a globalização (seguidamente chamando-a de ***neoliberalismo***, palavra que caiu em completo desuso) estava em pré-determinar uma condução do mundo para um estágio simplesmente ***desejado***, sem o exame analítico da realidade, das controvérsias, da História e – principalmente – de que um Século ***conflituoso*** começava, aberto a surpresas e descontroles governamentais, a movimentos erráticos de rebelião, a novos conflitos étnicos e religiosos que pareciam estar definitivamente submersos na era do Colonialismo.

A noção de ***engajamento*** simplesmente havia mudado e, no entanto, o ***redentorismo***, o ***dirigismo***, o ***voluntarismo*** pareciam ser o único caminho certo para os teimosos, os militantes e os convertidos, afinal o Evangelho da Libertação e outras formas de ***salvacionismo*** haviam preparado o terreno desde o final do Século XX.

Por isso, também parecia adequado que se considerasse a nossa Constituição de 1988, um texto na verdade confuso, minucioso demais, fundindo preceitos com princípios, tecnicamente controvertido, sujeito a interpretações múltiplas em face de disposições contendo grande contrariedade entre si, alegórico em determinadas proclamações a ponto de submeter as regras constitucionais a uma hermenêutica que lembra a das escrituras religiosas, e – por fim – recheado de longas emendas que hoje somam a 106 – que essa Constituição pudesse ser um regime normativo aceitável para o regular funcionamento das instituições.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Especialmente em um país que precisava se transformar, por força mesmo da globalização, e continuar a se desenvolver.

As evidências abundantes apontavam que não; as crenças iludiam que sim. Esses "não" e "sim" marcaram nossa Lei Maior com uma ***ambivalência mortal***.

Se uma Lei Maior depende de infindáveis decifrações cabalísticas, a ponto de – até hoje – o STF não haver convencido a ninguém, nem a ele próprio (de uma forma pacificada), de que a prisão só pode ser realizada após o pronunciamento da suprema corte do país (situação ímpar no mundo todo, que não conhece essa regra), então é melhor que os "constitucionalistas" implantem logo as suas Madrassas, aquelas escolas de fundamentalismo islâmico em que as crianças são fanatizadas, pois Constituição passa a ser uma questão de fé.

6.

Hoje temos no Brasil um governo difícil de entender, porque não é adequado às características históricas do país, relacionadas com a multiplicidade étnica, miscigenação intensa, sincretismo ou espaços religiosos distintos e ao mesmo tempo compartilhados e, por fim, relacionamentos ***intensamente pessoalizados*** na vizinhança, na escola, no trabalho, no culto religioso, na participação política e até no crime.

Os méritos que os outros países atribuem aos brasileiros foram desaparecendo, pois – afinal – com tantas pessoas sendo diariamente ***desclassificadas*** como inimigos, infiéis, traidores e bandidos, como entender que possa haver um convívio com elas que não seja destrutivo?

O governo do Brasil também não se entende. Basta ver seus conflitos interiores e as mudanças de rumo produzidas até aqui, quando ainda não se completou sequer um ano e meio do mandato.

Algumas expressões chegaram a perder o sentido. O que quer dizer, por exemplo, ***governo militar***?

Já temos um governo militar.

A quantidade de membros das forças armadas em funções civis de direção da administração pública passa de duzentos, nos escalões mais elevados.

Os militares aceitam *missões* para as quais não estão minimamente qualificados, como é o caso do atual ministro da Saúde, que chegou a contar com o assessoramento estratégico para combate da pandemia de um empresário

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

enriquecido na área do ensino de idiomas, autor de um discurso anti-científico que o levou a um afastamento precoce, após seguidas entrevistas infelizes sobre infidelidade dos registros estaduais da doença e cômputo de óbitos.

Regime militar é outra expressão que perdeu o sentido histórico de comando das ações políticas pela predeterminação de fidelidades hierarquizadas, com o controle das ações estatais e a perseguição aos descontentes.

Atualmente tal regime se limitaria a empreender medidas que simulam uma "ordem" sob os desvarios de um presidente que se move por comportamentos obsessivos e, embora tenha bons *insights* relativos a fidelidades e traições no meio político, conduz o seu governo *ad modus belli* visando a inimigos que, em boa parte, são seus antigos aliados.

E por que o "regime militar" se submete a isso?

Porque é a única forma de permanecer no poder, dado o apelo populista do seu líder, que incorporou um ***ressentimento profundo***, arraigado em camadas amplas da população, pelos roubos e corrupção generalizada dos governos anteriores.

Sim, o governo atual só está investido na condução e no mando da República por suas características ***reativas*** ao estado de coisas anterior.

Hoje aquele que já foi apelidado de AiatOlavo de Carvalho, pelas certezas mutantes que sempre professou, da astrologia ao jornalismo, da análise política à filosofia clássica, antigo companheiro de pensão nos tempos de estudante de Ruy Falcão, ex-presidente do PT, amigo na juventude de José Dirceu, colocou um vídeo no YouTube deflagrando a derrubada do governo federal, desde sua gruta na Virgínia, com a autoridade de ***entidade mística***, um Zaratrusta moderno que substituiu o respeitável cajado pela ira, não menos santa, que se expressa pela escatologia, a qual – tanto quanto as ideias-mestras do guru, sejam elas quais forem – o governo brasileiro adotou como modelo, como se viu na reunião ministerial do dia 22.04,2020, certamente para comemorar a redescoberta do Brasil "profundo".

7.

Vivemos neste 2020 sem saber com algum grau de certeza se estamos sendo governados, do ponto de vista legal e administrativo, pois a cada dia tanto se abrem novos caminhos como novos abismos, de tal modo que parece - se estamos sendo governados - é pelo sortilégio.

Os rumos do país são imperscrutáveis e, embora isso seja verdade, não pode ser dito por que o '***vulgo sem poder***' tomaria essa palavra como mais uma manifestação da "elite", portanto discriminatória e odiosa, e o '***vulgo com poder***' como uma ofensa nova, preparatória de um golpe.

Nossa ***lux in tenebris*** não pode mais ser acendida por nós.

Perdemos os instrumentos para *esclarecer*, no seu sentido mais elementar.

Como escreveu Carlos Drummond de Andrade em "Também já fui Brasileiro", *"há uma hora em que os bares se fecham / e todas as* virtudes *se negam".*

Teremos chegados a esse momento, não alegórico, mas real?

A confiança na "Nova República" de Tancredo Neves, que acabou nas mãos (e nos pés) de José Sarney não nos inspirará de novo.

Não existe quem comande a "Passeata dos Cem Mil", a campanha pela "Constituinte", as "Diretas Já", a "Tortura Nunca Mais", a "Anistia ampla, geral e irrestrita"; não há mais quem comande e quem seja comandado a qualquer tipo de emancipação.

Há centenas de pessoas dispostas a conduzir à insensatez e à brutalidade, e outras milhares a serem conduzidas à parafernália dos cultos histéricos e de militâncias hoje chamadas de *supremacistas.*

Atualmente, há massas ignaras, inclusive ignaras quanto aos seus objetivos, como *descontentes desatinados* de todo o gênero, *identitários* que nunca praticaram a igualdade e se sentiriam desprezíveis e desvalorizados em seus 'méritos' caso se defrontassem com ela.

Há burocratas de vida burguesa que saúdam as manifestações de rua mas nunca estiveram nelas, no suor, no ruído, na refrega e no risco.

Há juízes 'solidários' que não judicam, senão por intermédio de funcionários, ou passam anos e anos a fio afastados da jurisdição, nem nunca foram solidários com seus colegas ou lutaram contra um só e único caso de injustiça em suas longas vidas.

Muitos são os *sites* eletrônicos que divulgam a advocacia como uma ***administração de negócios***, de modo que o caráter de ***equalização de interesses***, que essa profissão incorporava como objetivo de sua atuação no meio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

institucional, não passa hoje de uma ***miragem*** que só os desocupados ou aqueles que estão distanciados da refrega do dia-a-dia podem se dar ao diletantismo de ter. Isto quer dizer que milênios do sentido progressivo que foi adquirindo o ***ad vocatum*** acabaram sendo perdidos.

Há pessoas que se agregam a movimentos coletivos, quando nunca souberam o que é um ***coletivo*** (e nem mesmo poderiam sobreviver nele, em face da sua convulsão e embates interiores).

Há, por fim, demasiadas pessoas dispostas a atirar pedras, e efetivamente estão atirando contra o racismo e o nazismo, a autoridade e a falta de autoridade, o comunismo ou o sindicalismo, a globalização e a '*paroquialização*', a existência de terras e a falta de terras (ou de tetos, ou de comunidades, ou de vilas, ou de favelas), contra a humildade e a ostentação, o funk e o punk, e – por fim – a polícia e o criminoso, o preso e o solto, todos e "todas".

Até mesmo o ***abolicionismo*** no Brasil hoje é interpretado como uma farsa danosa, enquanto os episódios do ***descobrimento*** do Brasil e da América são apontados como desprezíveis e destruidoras conquistas europeias, a ***Independência*** como um contraditório pacto de submissão e a ***República*** como um arremedo farsesco que explorou o sentido do termo, mas só para corrompê-lo.

A lapidação é o grande impulso reprimido no Ocidente e renasce sempre que uma brecha se abre.

O ímpeto de jogar pedras é tanto maior quanto mais novas são as irrupções, e ainda mais furiosos quando os alvos abatidos são substituídos por outros.

Eis aí um impulso que somente o ***retorno do reprimido*** explica.

Talvez todos nós tenhamos que aprender de novo, enquanto este tempo da pandemia é um tempo morto e que mata, a nos reeducarmos para o que virá, pois nosso ***"depois"*** talvez (ou certamente) tenha pouco a ver com o **"antes".**

Para tanto, a grande lição vem de um mestre a quem o Brasil parece esquecido de honrar todos os dias, como devia. Mestre de cultura e sensibilidade que ainda pode ensinar ***a grande lição das coisas***, pois até chegamos a reconhecê-la e reverenciá-la muito bem por várias décadas no Século XX, antes de passarmos a apostar nos irracionalismos que nos empolgaram neste Século, João Cabral de Melo Neto:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A educação pela pedra

Uma educação pela pedra: por lições;
para aprender da pedra, freqüentá-la;
captar sua voz inenfática, impessoal
(pela de dicção ela começa as aulas).
A lição de moral, sua resistência fria
ao que flui e a fluir, a ser maleada;
a de poética, sua carnadura concreta;
a de economia, seu adensar-se compacta:
lições da pedra (de fora para dentro,
cartilha muda), para quem soletrá-la.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

DIREITO TRABALHISTA DA MULHER SOBRE A ÓTICA DAS CONVENÇÕES DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

MARIA FERNANDA PINHO DE CARVALHO:
Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário - UNINOVAFAPI

MARIANA AMORIM PEREIRA
(coautora)

Artigo de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário - UNINOVAFAPI, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientadora: Profª. Mestra DIONE CARDOSO DE ALCÂNTARA.

RESUMO: A inserção da mulher no mercado de trabalho foi uma tarefa árdua e complexa, e identifica-se a discrepância salarial, exploração e o preconceito no seu cotidiano. Desse modo, tornou-se incontestável a necessidade da criação de mecanismos de incentivo e proteção ao trabalho da mulher resultando em regulamentações legais por várias organizações nas esferas nacional e internacional. Dentre as organizações de áreas trabalhistas, ressalta-se a Organização Internacional do Trabalho (OIT) que atua na promoção de diretrizes universais e direitas fundamentais trabalhistas em condições de liberdade, de equidade, de segurança e de dignidade. A pesquisa objetivou analisar o direito trabalhista da mulher sob a ótica das convenções da OIT. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica com base em estudos de artigos, livros, legislação, doutrina e jurisprudência, entre outros autores que realizaram trabalhos pertinentes no assunto. Considera-se com este estudo que a OIT atua aplicando-se nas relações de trabalho por meio das Convenções e Recomendações. No total são 189 Convenções Internacionais do Trabalho, apenas 97 foram ratificadas, somente 82 estão ainda em vigor no ordenamento jurídico Brasileiro, sendo instituídas dez Convenções e quatro Recomendações específicas ao direito trabalhista da mulher. Destaca-se que o Brasil é signatário de cinco Convenções Internacionais, adotando no seu ordenamento jurídico medidas protetivas ao trabalho feminino. Ao mesmo tempo, acarretando carência nos paradigmas das Consolidações das Leis Trabalhistas, por não ratificarem as outras Convenções.

Palavras-chave: Direito Trabalhista. Mulher. OIT. Convenções. CLT.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ABSTRACT: The insertion of women in the labor market was an arduous and complex task, and the wage discrepancy, exploitation and prejudice in their daily lives are identified. In this way, the need to create mechanisms to encourage and protect the work of women has become undeniable, resulting in legal regulations by various organizations at the national and international levels. Among labor organizations, the International Labor Organization (ILO) stands out, which works to promote universal guidelines and fundamental labor rights under conditions of freedom, equity, security and dignity. The research aimed to analyze women's labor law from the perspective of ILO conventions. This is a bibliographic search based on studies of articles, books, legislation, doctrine and jurisprudence, among other authors who have carried out relevant works on the subject. With this study, it is considered that the ILO operates by applying itself in labor relations through Conventions and Recommendations. In total there are 189 International Labor Conventions, only 97 have been ratified, only 82 are still in force in the Brazilian legal system, with ten Conventions and four Recommendations specific to women's labor law being instituted. It is noteworthy that Brazil is a signatory to five International Conventions, adopting protective measures against female labor in its legal system. At the same time, resulting in a lack of paradigms in the Consolidations of Labor Laws, as they do not ratify the other Conventions.

Keywords: Labor Law. Woman. ILO. Conventions. CLT.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. MARCO HISTÓRICO DA INSERÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO. 3. PRINCÍPIOS E DIRETRIZES DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. 4. AS CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES DA OIT RELACIONADAS AO TRABALHO. 5. A SIGNAÇÃO DO BRASIL PERANTE AS CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES DO TRABALHO FEMININO DIANTE A OIT. 5.1 Convenções da OIT que são aplicadas. 5.2 Convenções da OIT não ratificadas. 5.3 Convenções da OIT não mais em vigor. 6.0 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7.0 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Desde o desenvolvimento da própria humanidade, a mulher sempre esteve submetida a uma situação de inferioridade em relação ao homem. Diante disso, nota-se que nos mais diversos segmentos da sociedade civil, a sua atuação sempre fora restrita as incumbências do lar, não possuindo o direito de estudar, votar, trabalhar e viajar sem autorização do pai ou marido.

Nesta perspectiva, salienta-se que o desempenho feminino em um âmbito coletivo sempre foi influenciado por parâmetros culturais e sociais que envolvem

desigualdade de gênero e, principalmente, a sua subjugação em relação ao sexo masculino. Assim, perpetuando a ideia que a mulher seria incapaz de exercer quaisquer atividades que não fossem relacionados ao ambiente doméstico ou que necessitasse de alguma formação acadêmica.

Neste contexto, fica evidente que a inserção da mulher no mercado de trabalho foi uma tarefa árdua e complexa, ocasionada por mudanças no curso da história. Destacando-se que, mesmo após a conquista de sua independência econômica, direitos e espaço na sociedade, é possível identificar a discrepância, a exploração e o preconceito no seu cotidiano.

No cenário laboral em que estão inseridas, é notória a desigualdade salarial, menores possibilidades de promoção, ascensão e oportunidades, além de enfrentar estereótipos de áreas profissionais que são predominantemente exercidas por homens. Ademais, a carência de mulheres em cargos de liderança no mercado de trabalho é frequente, oriunda da falsa e infundada concepção de que estas são menos capazes biológica e intelectualmente em relação aos homens.

Desse modo, tornou-se incontestável a necessidade da criação de mecanismos de incentivo e proteção ao trabalho da mulher, resultando em regulamentações legais por várias organizações nas esferas nacional e internacional. Dessa forma, por meio de convenções e tratados culminou a criação de leis e melhorias para a mulher no âmbito laboral na legislação trabalhista brasileira.

Dentre as organizações de áreas trabalhistas, ressalta-se a atuação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a qual é regida por pressupostos humanitários, políticos e econômicos, sendo fundamental para aplicação de normas internacionais de permanência do trabalho e do emprego, bem como melhorias nas condições laborais, proteção social, oportunidade de igualdade de gêneros.

A partir dessas considerações, elaborou-se o seguinte questionamento: Como o Brasil se posiciona acerca das Convenções e Recomendações da OIT aplicadas na Consolidação das Leis Trabalhista (CLT) referentes aos direitos trabalhistas das mulheres?

Considerando a temática discutida, a pesquisa tem como objetivo geral: Analisar o direito trabalhista da mulher sob a óptica das Convenções da OIT; e como objetivos específicos: descrever o desenvolvimento histórico do direito da mulher até a OIT; verificar se o Brasil é signatário de todas as Convenções e Recomendações da OIT no direito trabalhista da mulher; descrever as vantagens da aplicação das Convenções e Recomendações da OIT no direito do trabalho da mulher no Brasil;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

identificar as desvantagens da não adoção de algumas dessas convenções na legislação trabalhista Brasileira; e apontar as convenções que o Brasil não mais se integra.

A aproximação com a temática ocorreu na disciplina de Direito Trabalhista, a qual oportunizou aprendizado sobre os direitos da mulher, bem como permitiu refletir sobre a realidade da aplicação dos direitos no Brasil. Dessa forma, permitindo a apreensão de conhecimento acerca da temática em função das várias mudanças e avanços que ocorreram ao longo da história.

Assim, considera-se este estudo relevante, uma vez que possibilitará discussões sobre a OIT e sua relação com o Brasil, bem como refletir sobre o impacto que as Convenções e Recomendações da OIT ocasionaram no ordenamento jurídico trabalhista Brasileiro no âmbito do direito da mulher.

Para atingir o esclarecimento acerca da problematização apresentada neste artigo, será realizada uma Pesquisa Bibliográfica com base em estudos de artigos, livros, legislação, doutrina e jurisprudência, entre outros autores que realizaram trabalhos pertinentes no assunto.

Os resultados deste estudo serão apresentados em cinco capítulos, a saber: Marco Histórico da Inserção da Mulher no Mercado de Trabalho; Princípios e Diretrizes da OIT; As Convenções e Recomendações Relacionadas ao Trabalho; A Signação do Brasil perante as Convenções e Recomendações do Trabalho Feminino Diante a OIT.

2.MARCO HISTÓRICO DA INSERÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

Abordar a história das mulheres é expor acontecimentos importantes sobre o seu papel na sociedade, permitindo que passe a compreender a realidade na qual está inserida e, consequentemente, dando-lhe o poder de contestar as diferenças entre os gêneros presentes no cotidiano.

Desse modo, o processo de inserção da mulher no mercado de trabalho foi marcado por uma árdua luta contra alguns preconceitos, os quais inviabilizavam ou retardavam o acesso laboral, tais como costumes preestabelecidos, fatores culturais, morais e até mesmo religiosos, ou seja, argumentos para manter a subjugação e controle do sexo feminino.

A mulher se tornou algo aprisionado com a colocação principal na sua existência de servir ao seu marido por consequência da coação que sofria de todos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

(REED, 2008). Assim, deixando nítido o seu papel como indivíduo, sendo iniciado como filha aplicada e prendada até se tornar dona do lar, esposa exemplar e mãe amorosa, onde quaisquer que fossem seus desejos não eram relevantes se desviassem do seu papel principal. Enquanto os homens, no entanto, eram responsáveis como provedores do sustento da família, pois só estes detinham direitos civis, políticos e econômicos, ou seja, só eles poderiam votar, estudar e trabalhar.

Esse cenário muda a partir da segunda metade do século XVIII, na Inglaterra, por consequência da Revolução Industrial. Tal evento acarretou uma grande mudança social fundamental, alterando de forma irreconhecível a vida costumeira dos homens. De forma que permitiu às pessoas serem livres para encontrar ou criar novos estilos de vida a partir da ruptura dos antigos (HOBSBAWM, 2000).

Com isso, foi possível a troca do antiquado trabalho braçal humano, o qual era mais demorado e perigoso, por máquinas ágeis, as quais apresentavam maior eficiência para a produção. A partir desta, o mercado britânico começou a se desenvolver expandindo suas fronteiras comerciais, permitindo que o mesmo passasse a acumular mais capital, tudo isso graças ao seu maior mercado consumidor, tendo em vista seus produtos industrializados serem de melhor qualidade e em maior quantidade; bem como a sua influência para conseguir matéria prima. Esses fatores foram decisivos para, além da obtenção de renda, a criação de mais empregos e, assim, de mais trabalhadores.

Dessa forma, surgiu a primeira oportunidade para que as donas de casa se separassem do trabalho estritamente doméstico e se incorporassem ao mundo das fábricas, advinda da necessidade de auxiliar no sustento da família, em decorrência dos salários dos trabalhadores masculinos não serem suficientes para manter as condições de todos os seus dependentes. Essa situação é fruto da falta de direito e de amparo social conectada a ambição do patrão de auferir lucros ao máximo, o que repercutia na desvalorização da mão de obra fazendo com que todos da família trabalhassem, pois nas fábricas era necessário com urgência um operariado disciplinado, desse modo descobriu-se que era mais útil e fácil a contratação de empregados mais obedientes e baratos, ou seja, as mulheres e crianças (HOBSBAWM, 1977).

Em vista disso, os patrões preferiam a mão de obra feminina para desempenharem tais funções, fazendo que fosse monetariamente desvalorizada, uma vez que,pela extrema carência de recursos, aceitavam salários inferiores aos dos homens, trabalhando a mesma quantidade ou mais de horas que estes e, portanto, sendo altamente lucrativas para o seu empregador.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, argumenta Perrot (2005, p. 156):

> Relativamente recente, sem tradição, oprimida por uma dominação bicéfala em que o homem e o patrão se apoiam, o proletariado feminino oferece todas as características do exército industrial de reserva: emprego flutuante, sem qualificação, suas remunerações são inferiores a cerca da metade das remunerações dos homens. Para os operários, salário feminino representa sobre tudo um complemento, temporário, em maior ou menor grau. A mãe de família deixa de trabalhar e todas as monografias de famílias descrevem como crucial o tempo da maternidade ativa. A operária sofre uma dupla opressão: como mulher e como operária.

Neste contexto, foi alterado drasticamente o cotidiano das mulheres, já que estas passaram a exercer uma dupla jornada de trabalho, desempenhando, assim, o papel de donas de casas e de operárias. Apesar de continuarem com os afazeres domésticos, as operárias tiveram que abandonar o lar precocemente, pois eram serem chamadas ao trabalho dez a quinze dias depois do parto, diminuindo assim o tempo para amamentação dos filhos (TOLEDO, 2008).

Ademais, é perceptível que a mulher manteve seu valor diminuído, durante a Revolução Industrial. Como reflexo dessa afirmação, destacam-se os baixos salários, a alta quantidade de horas trabalhadas, variando de 14 a 16 horas por dia, e a insalubridade do ambiente laboral a qual está foi inserida. Além de enfrentar espancamentos e abusos sexuais, que contribuíam para instaurar o medo constante e, ao mesmo tempo, de reafirmar o homem na sua posição dominante (BOTTINI, 2013).

Outro período histórico decisivo na introdução da mulher no âmbito laboral se deu durante e após a eclosão das I e II Guerras Mundiais. Nesse momento histórico, a necessidade econômica fez confluir a afirmação de igualdade entre os sexos a partir da participação feminina na esfera do trabalho, tornando se mais valorizada do que nunca, já que a mão de obra masculina deveria ser liberada para lutar nas linhas de frente (ALVES,2007).

Nesse contexto, as mulheres passaram a assumir os negócios da família e a posição no mercado de trabalho, quando os homens foram recrutados para as frentes de batalhas (LESKINEN, 2004). Enquanto isso, a indústria e a economia não podiam parar sua produção, a fim de tentar suprir as necessidades geradas pela guerra. Então, as donas de casa, antes restritas aos afazeres domésticos e familiares,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

tiveram que tomar frente às atividades econômicas anteriormente exercidas apenas pelo sexo masculino.

Diante disso, sendo incontestável que houve uma grande distinção das circunstâncias de trabalho que levaram as mulheres a saírem de suas casas na Revolução Industrial e nas guerras. Com uma nova perspectiva, de não apenas auxiliar, mas de suprir as necessidades básicas de sua família. Ademais, o déficit de mão de obra era mais uma variável a ser levada em conta, tendo em vista que nesses momentos era notória a relação desproporcional entre a quantidade de funcionários disponíveis para realizar suas funções na indústria e a necessidade do mercado consumidor a ser suprido.

Porém, tais transformações que influenciaram no cotidiano estrutural da coletividade, não lograram êxito sobre a relevância das mulheres diante a sociedade. De acordo com Nogueira (2001, p. 135-136):

> [...] a expansão das oportunidades de emprego durante e após a guerra não significou maior igualdade para as mulheres no trabalho; pelo contrário, existiram pressões contraditórias no que diz respeito à resposta das mulheres a essas oportunidades. Se, por um lado, as mulheres foram encorajadas a assumir os trabalhos que lhes eram oferecidos, por outro lado, eram bombardeadas com mensagens contraditórias, que acentuavam que seu verdadeiro lugar era em casa a tratar da família. O discurso típico dos anos 50, que referia os malefícios psicológicos que uma mulher casada e com filhos trabalhar fora de casa poderia provocar nos seus filhos constituiu uma mensagem de desencorajamento, provocando sentimento de culpa e ansiedade para as mulheres que assumiam múltiplos papéis.

Ao final das grandes guerras, os homens retornavam à sociedade, a qual fora deixada sob o cuidado, tanto na parte laboral quanto no âmbito familiar, das mulheres. Esse evento trouxe consigo os costumes construídos sob um viés paternalista mesmo após todos os esforços do sexo feminino em assumir, repentinamente, as responsabilidades de seus maridos. Outrossim, humilhadas e tratadas como peças substitutas para a indústria, as mulheres foram mais uma vez condicionadas aos trabalhos domésticos, fazendo com que sua presença no mercado de trabalho, que durante os períodos de guerra era disputada, passasse a ser desvalorizada já que tinham que ceder seus lugares nesse ambiente de volta aos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

homens, os quais se achavam os detentores dessa posição, denunciando, assim, as raízes culturais da desigualdade de gênero (ALVES, 2007).

Tais eventos históricos foram marcos decisivo para o início do protagonismo feminino no ramo de atividades trabalhistas. De tal forma que a luta por igualdade salarial, melhoria do ambiente de trabalho e maior respeito às mulheres foram aspectos que passaram a ser discutidos amplamente nos mais variados meios de comunicação, sendo uma condição que ainda persiste na coletividade.

Ademais, existem situações sociológicas ligadas às mulheres no mercado de trabalho que descendem de um sistema patriarcal antigo, como é o caso do fenômeno conhecido como "teto de vidro", o qual se caracteriza por ser uma atitude que, dentro de uma empresa, permite homens atingirem cargos mais altos, enquanto as mulheres são impedidas de conquistar essas patentes pelo mesmo motivo, como se tivesse um teto transparente impedindo que elas continuassem a progredir profissionalmente (COSTA; SARDENBERG, 2002).

O contexto social e trabalhista das mulheres demonstrou-se desigual e injusto com as mesmas, porém, esse cenário vem sendo modificado gradativamente, tentando criar um ambiente favorável e igual a ambos os gêneros. Tal fato consagra-se com órgãos como a OIT, que foram criados e desenvolvidos justamente para impedir que atitudes como esta sejam perpetuadas, já que tais pensamentos são um retrocesso a vasta conquista intelectual e humanitária da sociedade.

3.PRINCÍPIOS E DIRETRIZES DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

O Brasil como um dos países triunfantes na 1ª Guerra Mundial foi um dos Estados-Membros signatários do Tratado de Versalhes, e ao ratificar esse marcante pacto plurilateral, elaborado e aprovado pela Conferência da Paz de 1919, transformou-se em um membro fundador da OIT (SÜSSEKIND, 1986). Desta maneira, ela foi criada pela necessidade de definir como ficaria a situação pós-guerra, voltando-se todas as atenções para os problemas sociais, com ênfase na proteção do trabalho.

Como explica Süssekind (2000, p. 122):

> Por conseguinte, a OIT é uma pessoa jurídica de direito público internacional, de caráter permanente, constituída de Estados, que assumem, soberanamente, a obrigação de observar as normas constitucionais da entidade e das

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> convenções que ratificam, integrando o sistema das Nações Unidas como uma das suas agências especializadas. A composição tripartida da sua assembleia geral (Conferência Internacional do Trabalho), do Conselho de Administração e de quase todos os seus órgãos colegiados, nos quais têm assento, com direito a voz e voto, representantes de Governos e de organizações de trabalhadores e de empregadores, constitui uma das características marcantes da OIT e fator de relevo na formação do alto conceito que desfruta nos planos da cultura, da produção e do trabalho.

A OIT se diferencia de todas as outras organizações conhecidas, já que é a única cuja composição é tripartite, ou seja, sua composição é estruturada por entidades de trabalhadores, empregadores e governos. Sem contar pelo notável feito, de ter sido a primeira instituição a filiar-se à Organização das Nações Unidas (ONU), e ter recebido o prêmio Nobel da paz ao completar 50 anos de atuação e existência (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, [entre 2000 e 2017]).

Os países que fazem parte desta organização são nominados de Estados-membros, cujas representações são compostas por quatro integrantes: dois representantes do Governo respectivo, um dos empregadores e um dos empregados; de modo a dar caráter de equilibrar as suas decisões, deixando nítida a primordialidade de abranger a justiça social, sempre se baseando em pressupostos humanitários, políticos e econômicos (FRANCO FILHO; MAZZUOLI, 2016).

A OIT tem como objetivo de definir, promover as diretrizes universais e direitos fundamentais trabalhistas em condições de liberdade; de equidade; de segurança e de dignidade; criar maiores oportunidades de emprego; promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho decente e produtivo; melhorar a cobertura e a eficácia da proteção social para todos (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, [entre 2000 e 2017]).

De acordo com Süssekind (2000, p. 128-129):

> Essa nova filosofia da OIT, na esplêndida síntese de Valticos, apresenta as seguintes características: a) o objetivo da OIT não se restringe a melhorar as condições de trabalho, mas a melhorar a condição humana no seu conjunto;b) a OIT não procura unicamente a melhoria das condições materiais de existência. Ela dá ênfase tanto à luta contra a necessidade,

> visando o progresso material e à segurança econômica, como à defesa dos valores da liberdade – notadamente da liberdade de expressão e de associação – de dignidade e de igualdade – em particular da igualdade de oportunidades, independentemente da raça, da crença ou do sexo; c) a ação da Organização não se limita à proteção dos trabalhadores propriamente ditos, porquanto alcança o conjunto dos seres humanos nas suas relações com o trabalho;d) os textos fundamentais da OIT insistem na necessidade de um esforço concentrado, internacional e nacional, para promover o bem comum, isto é, para assegurar o bem-estar material e espiritual da;e) esses princípios de base da OIT sublinham que a ação para melhorar as condições sociais da humanidade, no sentido mais amplo do termo, não deve constituir um setor distinto das políticas nacionais ou da ação internacional, pois representa o próprio objeto dos programas econômicos e financeiros e que estes devem ser julgados por esse prisma. Afirma-se, assim, a primazia do social em toda planificação econômica e a finalidade social do desenvolvimento econômico.

Esses objetivos se aplicam nas relações de trabalho por meio das Convenções, das Recomendações que são instrumentos com o intuito de integrar a normativa da OIT. Estes dispositivos se diferenciam quanto sua aplicabilidade e efetividade. As Convenções possuem natureza tratado-lei, de tratado internacional, por elaborarem condições, regras, ou princípios de ordem geral, com intuito de reger certas relações internacionais, estipulando normas gerais de ação. Também, não correspondem a leis supranacionais, por não deterem de força de um Parlamento Universal com a capacidade de impor normas aos Estados. A aprovação da Convenção pela Conferência é o ato-regra. A ratificação pelo Estado-membro é o ato-condição (MARTINS, 2009).

As Recomendações são normas da OIT que não vieram a se tornar Convenções, por ausência de números de adesão. Elas não são ratificadas pelos Estados-membro, mas precisam passar pelas autoridades competentes no Direito interno. Dessa maneira, por conta da sua natureza complementar, elas passam a ter validade meramente como sugestões ao Estado, uma instrução, não sendo capaz de produzir direitos e obrigações, atuando como uma mera fonte material de Direito, servindo de inspiração para o legislador nacional tratar do seu conteúdo (MARTINS, 2009).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Como esclarece Franco Filho e Mazzuoli (2016, p.16) uma diferenciação mais clara sobre esses instrumentos:

> As Convenções são fonte formal, sendo tratados internacionais no seu sentido estrito (regidas, portanto, pelo Direito dos Tratados). Ou seja, são normas internacionais que requerem, no plano do Direito Interno dos Estados, todas as formalidades pertinentes para a entrada em vigor e aplicação. São, de modo geral, tratados abertos, porque os Estados que não são seus signatários originais a eles podem aderir. As Recomendações, por sua vez, são fontes materiais, servindo de inspiração para o legislador interno na criação de normas trabalhistas. Não se integram ao Direito Interno pela via da ratificação, não sendo sequer previamente aprovadas pelo Congresso Nacional, como são as convenções internacionais do trabalho.

Desta forma, observa-se que as Recomendações da OIT não precisam passar por nenhum processo para que sejam legalizadas, tendo em vista que funcionam como diretrizes para orientar os legisladores na elaboração de leis. De tal maneira, que as relações trabalhistas em seus países sejam regulamentadas, tendo assim aplicação direta e imediata sem precisar de nenhuma formalidade.

O Brasil como um dos membros fundadores da OIT, sempre teve sua representatividade nos planejamentos e negociações ao longo de sua história, ponderando os propósitos da Organização, tornou-se pioneiro na abertura de agendas subnacionais de trabalho e ademais projetos promovendo o trabalho decente e o desenvolvimento sustentável no país.

Outrossim, fica nítido a importância da OIT na atuação dos direitos fundamentais trabalhistas, para a ratificação e a aplicação na legislação trabalhista Brasileira, a qual tem como foco possibilitar igualdade de melhores condições e tratamento no local de trabalho. Com isso, dedicando-se com grupos excluídos em decorrência da discriminação, como as pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros (LGBTs), sobretudo mulheres e homens transexuais, e pessoas com deficiência. Contudo, o foco deste artigo será voltado às aplicações das convenções, das recomendações relacionadas diretamente ao trabalho feminino (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, [entre 2000 e 2017]).

4. AS CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES DA OIT RELACIONADAS AO TRABALHO

Sob a ótica da OIT, consagraram-se notoriedades nas realizações dos direitos trabalhistas das mulheres no âmbito laboral, sempre atentivo às mudanças sociais e políticas que aconteceram ao passar dos anos. No intuito de adequar seus direitos por meios de Convenções e Recomendações, os quais trazem consigo a garantia do cumprimento e efetividade de tais normas. Portanto, lutando contra as condições que impeçam ou que regridam a atuação destas na esfera trabalhista.

No mesmo ano do surgimento da OIT, realizou-se a Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho da Liga das Nações abordando sobre questões relativas a condições de trabalho, com a finalidade de estabelecer propostas sobre as primeiras Convenções redigidas como projeto de Convenção Internacional, podendo ser ratificadas pelos membros da OIT, em conformidade com as disposições da parte relativa ao Trabalho, do Tratado de Versalhes de 28 de junho de 1919 e do Tratado de Saint-Germain, de 10 de setembro de 1919(ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, [entre 2000 e 2017]).Em decorrência disto, as primeiras Convenções, simultânea com Recomendações complementares, relacionadas ao trabalho foram pensadas.

Cada uma das Convenções possui peculiaridades, aspectos necessários com natureza de direitos humanos e princípios a serem seguidos, que se ajustam conforme as especificidades, pelos países signatários, além de serem denominadas por numerações. Ao ratificar as Convenções a efetivar as disposições de fato e de direito contidas na norma, muito se tem visto, por conta das discussões em face das teorias do monismo e dualismo na esfera internacional, na qual o monismo pressupõe que o Direito Internacional e o Direito Interno são elementos de uma única ordem jurídica e, sendo assim, haveria uma norma hierarquicamente superior regendo este único ordenamento. De outro lado, temos o dualismo que admite a existência de duas ordens distintas: a interna e a externa, onde cada uma não se comunica com a outra (ARAÚJO; ANDREIUOLO, 1999).

No Brasil, a regra geral adotada é o monismo jurídico, entende-se que, a convenção ratificada integra o ordenamento jurídico positivo, revogando a legislação anterior incompatível com seu texto. Segundo Araújo; Andreiuolo (1999. p. 91):

> A incorporação dos tratados ao sistema interno brasileiro, equiparando-o à lei interna, transforma-os em uma lei nacional e, por conseguinte, extingue o conflito próprio da teoria monista, pois a regra vigente de revogação de lei anterior pela lei posterior é princípio assente no nosso sistema jurídico e aplicável ao ordenamento como um todo. Com isso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> também fica claro que os dois sistemas – o interno e o internacional — são separados, pois ocorre, muitas vezes, do Brasil continuar obrigado internacionalmente por dispositivo de tratado (posto que seu "parceiro" não foi comunicado da modificação) enquanto a legislação interna já o modificou.

Relacionado às Convenções, desde sua formação, os membros tripartites da OIT, desenvolveram no total 189 Convenções Internacionais de Trabalho e 206 Recomendações, abordando inúmeros temas trabalhistas como: proteção social, emprego, saúde, recursos humanos, segurança no trabalho, trabalho marítimo, entre outros.

Estes mecanismos visam sempre proporcionar a proteção ao trabalhador. Como alega Martinez, (2016, p. 154): "As normas internacionais são geralmente produzidas a partir da evidência de um problema transcendente e impactante envolvendo interlocutores sociais no âmbito das relações de trabalho''.

No Brasil, de 189 Convenções Internacionais do Trabalho, apenas 97 foram ratificadas, tornando-se necessária a adoção simultânea de Recomendações complementares com disposições mais detalhadas. Sendo que, destas Convenções ratificadas, somente 82 estão ainda em vigor no ordenamento jurídico brasileiro e apenas 24 Recomendações estão atuantes. O Quadro 1 apresenta a quantidade de Convenções Internacionais Trabalhistas que estão vigentes no Brasil.

Quadro 1- Convenções Internacionais Trabalhistas Vigentes no Brasil (1919 a 1987)

N°	CONVENÇÕES	ANO	VIGÊNCIA
6	Trabalho Noturno dos Menores na Indústria	*1919*	*26/04/1934*
11	Direito de Sindicalização na Agricultura	*1921*	*25/04/1957*
12	Indenização por Acidente do Trabalho na Agricultura	*1921*	*25/04/1957*
14	Repouso Semanal na Indústria	*1921*	*25/04/1957*

16	Exame Médico de Menores no Trabalho Marítimo	*1921*	*08/06/1936*
19	Igualdade de Tratamento	*1925*	*25/04/1957*
21	Inspeção dos Emigrantes a Bordo dos Navios	*1926*	*18/06/1965*
22	Contrato de Engajamento de Marinheiros	*1926*	*18/06/1965*
26	Métodos de Fixação de Salários Mínimos	*1928*	*25/04/1957*
29	Trabalho Forçado ou Obrigatório	*1930*	*25/04/1957*
42	Indenização por Enfermidade Profissional	*1934*	*08/06/1936*
45	Indenização por Enfermidade Profissional	*1935*	*22/09/1938*
53	Certificados de Capacidade dos Oficiais da Marinha Mercante	*1936*	*12/10/1938*
80	Revisão dos Artigos Finais	*1946*	*13/04/1948*
81	Inspeção do Trabalho na Indústria e no Comércio	*1947*	*11/10/1989*
88	Organização do Serviço de Emprego	*1948*	*25/04/1957*
89	Trabalho Noturno das Mulheres na Indústria	*1948*	*25/04/1957*
92	Alojamento de Tripulação a Bordo	*1949*	*08/06/1954*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

94	Cláusulas de Trabalho em Contratos com Órgãos Públicos	*1949*	*18/06/1965*
95	Proteção do Salário	*1949*	*25/04/1957*
97	Trabalhadores Migrantes	*1949*	*18/06/1965*
98	Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva	*1949*	*18/11/1952*
99	Métodos de Fixação de Salário Mínimo na Agricultura	*1951*	*25/04/1957*
100	Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor	*1951*	*25/04/1957*
102	Normas Mínimas da Seguridade Social	*1952*	*15/06/2009*
103	Amparo à Maternidade	1952	18/06/1965
104	Abolição das Sanções Penais no Trabalho Indígena	1955	18/06/1965
105	Abolição do Trabalho Forçado	1957	18/06/1965
106	Repouso Semanal no Comércio e nos Escritórios	1957	18/06/1965
111	Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação	1958	26/11/1965

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

113	Exame Médico dos Pescadores	1959	01/03/1965
115	Proteção Contra as Radiações	1960	05/09/1966
116	Revisão dos Artigos Finais	1961	05/09/1966
117	Objetivos e Normas Básicas da Política Social	1962	24/03/1969
118	Igualdade de Tratamento entre Nacionais e Estrangeiros em Previdência Social	1962	24/03/1969
119	Proteção das Máquinas	1963	16/04/1992
120	Higiene no Comércio e nos Escritórios	1964	24/03/1969
122	Política de Emprego	1964	24/03/1969
124	Exame Médico dos Adolescentes para o Trabalho Subterrâneo nas Minas	1965	21/08/1970
125	Certificados de Capacidade dos Pescadores	1966	21/08/1970
126	Alojamento a Bordo dos Navios de Pesca	1966	12/04/1994
127	Peso Máximo das Cargas	1967	21/08/1970
131	Fixação de Salários Mínimos, especialmente nos Países em Desenvolvimento	1970	04/05/1983
132	Férias Remuneradas	1970	23/09/1998

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

133	Alojamento a Bordo de Navios	1970	16/04/1992
134	Prevenção de Acidentes do Trabalho dos Marítimos	1970	25/07/1996
135	Proteção de Representantes de Trabalhadores	1971	18/05/1990
136	Proteção Contra os Riscos da Intoxicação pelo Benzeno	1971	24/03/1993
137	Trabalho Portuário	1973	12/08/1994
138	Idade Mínima para Admissão	1973	28/06/2001
139	Prevenção e Controle de Riscos Profissionais Causados por Substâncias ou Agentes Cancerígenos	1974	27/06/1990
140	Licença Remunerada para Estudos	1974	16/04/1992
141	Organizações de Trabalhadores Rurais	1975	27/09/1994
142	Desenvolvimento de Recursos Humanos	1975	24/11/1981
144	Consultas Tripartites sobre Normas Internacionais do Trabalho	1976	27/09/1994
145	Continuidade no Emprego do Marítimo	1976	18/05/1990
146	Relativa às Férias Anuais Pagas dos Marítimos	1976	24/09/1998

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

147	Normas Mínimas da Marinha Mercante	1976	17/01/1991
148	Contaminação do Ar, Ruído e Vibrações	1977	14/01/1982
151	Direito de Sindicalização e Relações de Trabalho na Administração Pública	1978	15/06/2010
152	Segurança e Higiene dos Trabalhos Portuários	1979	18/05/1990
154	Fomento à Negociação Coletiva	1981	10/07/1992
155	Segurança e Saúde dos Trabalhadores	1981	18/05/1992
159	Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes	1983	18/05/1990
160	Estatísticas do Trabalho	1985	02/07/199
161	Serviços de Saúde do Trabalho	1985	18/05/1990
162	Utilização do Amianto com Segurança	1986	18/05/1990
163	Bem-Estar dos Trabalhadores Marítimos no Mar e no Porto	1987	04/03/1997

Fonte:(OIT, [entre 2000 e 2017]).

5.A SIGNAÇÃO DO BRASIL PERANTE AS CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES DO TRABALHO FEMININO DIANTE A OIT

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Resgatando a problematização deste artigo, a OIT instituiu no total, dez Convenções e quatro Recomendações voltadas ao trabalho da mulher. No entanto, nem todas as Convenções são signatárias no ordenamento jurídico trabalhista, apenas as Recomendações. Todas com o propósito de promover a igualdade de oportunidades, proibindo as discriminações e as disparidades salariais entre os gêneros que exercem mesmo cargo, dando garantias às gestantes e parturientes, com isto melhorando a situação relativas a estas. Portanto, lutando contra as condições que impedem ou que restringem a atuação destas no âmbito laboral.

Este capitulo, para melhor compreensão e organização divide-se em três subtópicos. O primeiro trata-se sobre as Convenções da OIT que o Brasil se integra, com isso explicando as vantagens. O segundo é sobre as Convenções da OIT não ratificadas. E o terceiro e último as Convenções da OIT não mais em vigor. Abaixo se apresenta o quadro 2 com as Convenções Internacionais sobre o trabalho da mulher.

Quadro 2 - Convenções Internacionais sobre o trabalho da mulher

NÚMERO DAS CONVENÇÕES	RATIFICADAS	NÃO RATIFICADAS	NÃO MAIS EM VIGOR
3°			X
4°			X
41°			X
89°	X		
100°	X		
103°	X		
111°	X		
153°		X	
183°		X	
189°	X		

Fonte:(OIT, [entre 2000 e 2017]).

5.1 Convenções da OIT que são aplicadas

É importante frisar, novamente, que o Brasil teve sua representatividade ao longo dos anos dentro da organização. Com isso, fica claro sobre ser signatário destas Convenções. Porém, por disporem de natureza jurídica de tratado, as Conversões, para serem ratificadas neste país, devem-se submeter a um procedimento legal para sua integração. Desse modo, no Brasil, é com a publicação do Decreto, conforme o artigo 49, inc. I da Constituição Federal (CF) de 1988, que as Convenções passam a vigorar no ordenamento jurídico e gerar efeitos (BRASIL, 1988; MAGALHÃES, 2014).

A ratificação é um ato formal, na qual os Estados-membros têm o poder de decidir quais destas Convenções serão adotadas e incorporadas ao seu direito interno. Ao serem incorporadas, o Estado deve determinar todas as medidas necessárias para o efetivo cumprimento das disposições contidas nas convenções. Dessa maneira, quando houver situação de aparente conflito entre preceitos internacionais ratificados, no caso as Convenções da OIT e preceitos legais internos, sempre prevaleceram o princípio da norma mais favorável ao trabalhador (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2014).

Como foi visto sobre as Convenções da OIT relacionadas ao trabalho feminino, apenas cinco destas estão em vigor no Brasil. Dentre elas, encontram-se as Convenções a respeito: Trabalho Noturno das Mulheres na Indústria (n°89);Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor (n°100);Amparo à Maternidade (n°103);Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação(n°111);Convenção e Recomendação sobre Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos (n°189).

A Conversão de n° 89 versa a respeito das premissas do trabalho noturno das operárias no setor industrial, na qual foi aprovada na 31ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho em São Francisco, no ano 1948. Tal evento teve como propósito a proteção, uma vez que foram observadas as situações de vulnerabilidade, precariedade e insalubridade em que as mulheres foram condicionadas ao decorrer da história e nas fábricas (ARREAL; LÓPEZ, 2012). A temática da Convenção e suas premissas estão dispostas diretamente na CLT, no capítulo III e seção II. Logo, ressaltando-se a importância da necessidade de identificar e resguardar a discrepância e a exploração que as funcionárias passam no seu cotidiano (BRASIL, 1943).

Aprovada em Genebra no ano de 1951, a Convenção de nº 100 acompanhada de uma Recomendação com o mesmo título e de nº 90, tem grande marco para os direitos trabalhistas feministas, por se tratar da igualdade de remuneração para a mão-de-obra de homens e mulheres por trabalho de igual valor. Possuindo como princípio a igualdade, em que, os Estados-membros devem colaborar com as organizações de empregados e empregadores interessados para que de fato se efetive e se aplique por meio de legislação nacional, convenções coletivas, fixação de remuneração, ou uma combinação desses meios (SÜSSEKIND, 1998).

A ausência de justificativa para a diferença entre salários de trabalhadores de ambos os sexos passou a ser defendida e ingressou no nosso ordenamento jurídico (MARTINS, 2011). Esse ingresso encontra-se presente no inciso XXX do art. 7°da CF e também no art. 5° da CLT vedando diretamente a distinção de salários em virtude do sexo. Assim como no art. 377 da CLT aborda sobre medidas de proteção ao trabalho das mulheres (BRASIL, 1988; BRASIL, 1943).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Dessa forma, espera-se que as leis atuem como mecanismos de proteção, vedando e barrando tais atos discriminatórios, assim impedidos e garantindo a tutela ao direito da igualdade como assegura o inciso I, do art. 5° da CF (BRASIL, 1988). Permitindo as mulheres receberem a remuneração adequada pelo seu esforço, como qualquer trabalhador, pois salários inferiores pelo mesmo serviço prestado reforça e perpetua a ideia da inferioridade feminina, até mesmo a falta de qualidade no seu serviço, nos fazendo regredir ao passado.

Ao longo dos anos, cada vez mais, trabalhadoras ao redor do mundo precisaram continuar suas rotinas como empregadas, mesmo estando gestantes, surgindo a Convenção n° 103 voltada ao amparar a maternidade. Ressalta-se que gerar uma vida carrega consigo uma série de mudanças de ordem biológica, somática, social e psicológica na mulher, fazendo com que esta espere e solicite atitudes de zelo para auxiliar na sua vida. A proteção à maternidade e à infância, presentes nos termos do art.6° da CF (BRASIL, 1988; MARTINEZ, 2016).

Além desse artigo, há o art.201, inciso II da CF, que dispõe que a Previdência Social deve atender a defesa à maternidade (BRASIL, 1988). Bem como há esse resguardo as gestantes na CLT, seção V, do art. 391 ao 400 abordando sobre a temática (BRASIL, 1943).Assim, a Convenção nº 103 oferece a garantia à grávida de não ser demitida, apenas por esse acontecimento biológico que ocorre há centenas de anos na história da humanidade, e também lhe proporciona uma ajuda nessa fase da vida, na qual assume o papel de mãe e funcionária.

Em 1958, obteve-se aprovação da Convenção e Recomendação, ambas, de nº 111, que tem como disposição a discriminação em matéria de emprego e profissão. O objetivo da presente Convenção é o termo "discriminação", que envolve toda distinção, exclusão ou preferência fundada opinião política, cor, sexo, origem social, na raça, religião, ascendência nacional ou, que tenha por consequência descaracterizar a igualdade de oportunidade de emprego ou profissão (SÜSSEKIND, 1998). Sendo nítido que está relacionada ao trabalho feminino, mesmo de forma indireta, também ampliando a perspectiva de diversidade e garantia dos direitos fundamentais dos seres humanos. Acerca da discriminação contra a mulher, trouxe preceitos a CLT no capítulo III, seção I (BRASIL, 1943).

Direcionado ao trabalho doméstico, a Convenção n°189 e a Recomendação n° 201 da OIT, estabelecem que os trabalhadores domésticos tenham os mesmos direitos garantidos dos demais trabalhadores. No caso do Brasil, os mesmos direitos de trabalhadores celetistas, regidos pela CLT, como: direitos dignos de carteira de trabalho, jornada de trabalho e hora extra, 13º salário, férias remuneradas, Fundo de Garantia por Tempo Serviço (FGTS), seguro-desemprego, vale-transporte e abono salarial (BRASIL, 1943).

No entanto, mesmo com todas essas garantias, o trabalho doméstico continua sendo desvalorizado e é executado principalmente por mulheres, permanecendo a discriminação em relação às condições de emprego e trabalho, bem como outros abusos de direitos humanos.

A adesão destas Conversões resultou em vantagens ao ordenamento jurídico Brasileiro, e deve ser dada atenção a sua real efetivação na garantiados direitos humanos na relação de trabalho, principalmente nos casos específicos que foram analisados neste artigo sobre o trabalho da mulher. Considerando que todas estas Conversões se referem às medidas protetivas e orientadoras nas decisões tomadas pela justiça trabalhista. Estabelecendo assim, preceitos de igualdade e seguridade as mulheres, acima de tudo trabalhadoras, por ser uma das maiores vítimas de preconceito e subjugação da sociedade.

5.2 Convenções da OIT não ratificadas

Os Estados não são obrigados a ratificarem as Convenções, no entanto, a não aplicação gera a responsabilidade internacional do Estado, por precisarem submetê-las às autoridades competentes no prazo de um ano ou, excepcionalmente, em 18 meses. (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2014). Com essa afirmação, salienta-se acerca do posicionamento das duas Convenções Internacionais da OIT sobre o trabalho feminino não ratificadas na legislação brasileira, denominadas de Convenção Sobre a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Homens e Mulheres Trabalhadores: Trabalhadores com Encargos de Família (n°156); e Sobre a Proteção à Maternidade (n°183).

Levando em considerações à necessidade crucial de ajuste sobre a isonomia de oportunidades e de tratamento para homens e mulheres, como os estereótipos de gênero afetam a sua disponibilidade para o mercado de trabalho, por consequência dos encargos familiares, criou-se uma Convenção e Recomendação denominadas de nº156 e nº 165 (ESPEJOS, 2015).

Reconhecendo, o objetivo de assegurar o princípio da igualdade e possibilidade que estes trabalhadores, se prepararem para uma atividade econômica e nela ingressar, fornecendo assim melhores condições de trabalho e medidas de flexibilização de horário que visam satisfazer os interesses do empresariado. A ideia de flexibilidade teve como objetivo inicial facilitar a conciliação dos tempos pelo trabalhador, a quem o instituto visava beneficiar (ESPEJOS, 2015).

Entretanto, no Brasil, não houve ratificação da Convenção n° 156 e Recomendação n° 165. Tendo em vista, que tal Convenção foi apresentada em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2009 para a realização de audiência pública, solicitada no Congresso Nacional, com intuito debater a ratificação dessa Convenção, no fim acabou não sendo realizada (FERRITO, 2019).

Ficando nítido que a ausência da Convenção n° 156 e Recomendação n° 165 têm grande perda para legislação brasileira, não apenas pelo regulamento em si, mas pelos valores e conceitos como discriminação indireta e estereótipos de gênero.

A Convenção n° 103 foi revisada pela de n° 183, a fim de ampliar a extensão normativa da proteção à maternidade das trabalhadoras na economia formal. Além de, zelar pela proteção da saúde da gestante, estabelecendo em 14 semanas a durabilidade da licença da empregada, com possibilidade de prorrogação na hipótese de enfermidade ou complicação em decorrência do parto. Porém, a respeito de quanto à garantia de emprego e os custeios das prestações permaneceu as disposições da Convenção n° 103(BARROS,2016).

Em decorrência, da necessidade de permanecer vigilante e ativo para executar corretamente suas obrigações, a OIT realizou essa revisão, a fim de manter atualizada a Convenção, para não deixar sua atuação se tornar obsoleta. Por conta disso, a Convenção n° 183 não foi ratificada, visto que a sua aplicabilidade foi voltada a ser um incremento para Convenção n° 103.

5.3 Convenções da OIT não mais em vigor

Foram as pioneiras no campo da tutela dos direitos laborais das mulheres as Convenções de nº 3 e nº 4. A Convenção nº 3 trata da regulamentação do emprego da mulher antes e depois do parto, nela proíbe a mulher de trabalhar durante seis semanas após o parto, e resguarda o direito de deixar o seu trabalho, mediante a apresentação de um atestado médico que declare esperar o parto, provavelmente dentro em seis semanas. Além de prevê uma indenização a ser paga a mulher, a fim de auxiliar nos custeios da criança, enquanto ela estiver ausente. E quando retornar ao trabalho, lhes são asseguradas duas folgas de uma hora para amamentar a bebê.

Como especifica no artigo 3º da referida Convenção da OIT (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, [entre 2000 e 2017]):

> Em todos os estabelecimentos industriais ou comerciais, públicos ou privados, ou nas suas dependências, com excepção dos estabelecimentos onde só são empregados os membros de uma mesma família, uma mulhera) não será autorizada a trabalhar durante um período de seis semanas,

> depois do parto;b) terá o direito de deixar o seu trabalho, mediante a exibição de um atestado médico que declare esperar-se o parto, provavelmente dentro em seis semanas;c) receberá, durante todo o período em que permanecer ausente, em virtude dos parágrafos (a) e (b), uma indenização suficiente para a sua manutenção e a do filho, em boas condições de higiene; a referida indenização, cujo total exato será fixado pela autoridade competente em cada país, terá dotada pelos fundos públicos ou satisfeita por meio de um sistema de seguros. Terá direito, ainda, aos cuidados gratuitos de um médico ou de uma parteira. Nenhum erro, da parte do médico ou da parteira, no cálculo da data do parto, poderá impedir uma mulher de receber a indemnização, à qual tem direito a contar da data do atestado médico até aquela em que se produzir o parto;d) terá direito em todos os casos, si amamenta o filho, duas folgas de meia hora que lhe permitam o aleitamento.

Porém, tal Convenção não está mais em vigor no Brasil. Na qual, Ela foi denunciada como resultado da ratificação da Convenção nº 103 em 26 de julho de 1961. O doutrinador Nascimento; Nascimento explica (2014, p.105) que:

> Os Estados podem denunciar uma convenção adotada. Findo o prazo de duração da vigência, uma convenção pode ser denunciada por um Estado. Se não o fizer, opera-se a sua prorrogação automática, passando a vigorar por tempo indeterminado. A denúncia é o aviso prévio pelo qual o Estado comunica à OIT a sua disposição de não continuar aplicando as normas contidas na convenção.

A Convenção de nº 4 aborda sobre o trabalho noturno das operárias, e determina o que seria o período noturno e flexibiliza a sua compreensão se adequando aos costumes de cada país. Porém, veda independentemente da idade e do estado civil, não importando se for a estabelecimento público ou privado, a menos que seja de empresa em que todos os empregados fossem da mesma família. A Convenção de nº 41 também trata a respeito do mesmo conteúdo da anterior, sendo apenas adaptações de Conferencias Gerais da OIT, realizada em Genebra em 1934 e São Francisco em 1948, respectivamente. Entretanto, possuindo as mesmas exceções como mostra o artigo destas convenções (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, [entre 2000 e 2017]).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> a) em caso de força maior, quando em uma empresa se verificar uma interrupção de funcionamento impossível de prever e que não tenha caráter periódico;b) no caso em que o trabalho se aplicar seja a matérias primas, seja a matérias em elaboração, susceptíveis de muito rápida alteração quando isso se tornar necessário, afim de salvar, essas matérias, de perda inevitável.

A Lei nº 7855/89 extinguiu os artigos 379 e 380 da CLT, que discorriam sobre a proibição do trabalho feminino no período noturno. Diante disto, é permitido e pode ser em qualquer local, devendo-se observar as determinações do art. 73 da CLT quanto ao adicional noturno de 20% sobre a hora diurna, hora reduzida de 52 minutos e 30 segundos, compreendida entre as 22 e 5h. Desta forma, todas as regras que valem para o trabalho noturno realizado pelos homens se aplicam ao trabalho noturno realizado pelas mulheres, só em relação ao menor trabalhando, que é proibido(BRASIL, 1989; MARTINS,2012; BRASIL,1943).

Ressalta-se que ocorreram modificações nos costumes, leis, jurisprudências sobre o assunto ao longo dos anos, deixando claro que ambas as Convenções perderam seu vigor, em virtude de se tornarem ultrapassadas, por consequência disso foram denunciadas, sendo substituídas pela Convenção nº 89.

6.CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da temática sobre o conhecimento acerca da história dos direitos trabalhistas da mulher e a inserção destas no mercado de trabalho, observou-se que um grande marco histórico ocorreu durante a Revolução Industrial e as Grandes Guerras Mundiais que influenciaram em transformações, permitindo a introdução destas no ramo de atividades trabalhistas. Contudo, apesar de tais acontecimentos, constata-se que não se obteve êxito sobre as relevâncias do proletariado feminino. Com este preceito, surge a OIT, que direciona seus objetivos e fundamentos à proteção do trabalhador, enquadrando as atenções para os problemas sociais.

Ante o exposto, reflete-se a importância de abranger os direitos trabalhistas das mulheres no âmbito internacional e nacional, das medidas protetivas que visam proporcionar a proteção, evitando abusos ou arbitrariedades diante das desigualdades existentes na relação de emprego e sociedade, e a compreensão dos instrumentos normativos.

Destaca-se que a OIT atua nas relações laborais por meio das Convenções e Recomendações, as quais são instrumentos com o intuito de integrar a normativa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

da própria organização, trazendo benefícios para o ordenamento jurídico brasileiro, por meio da flexibilidade e adaptabilidade de acordo com a realidade brasileira, porém não apenas pela legislação em si, mas pelos valores que tem fundamentação e abrangência nos direitos humanos e apelo à justiça social.

Nas informações analisadas, verificou-se que a OIT possui 189 Convenções Internacionais do Trabalho, apenas 97 foram ratificadas, somente 82 estão ainda em vigor no ordenamento jurídico Brasileiro, sendo instituídas dez Convenções e quatro Recomendações específicas ao direito trabalhista da mulher. Destaca-se que o Brasil é signatário de cinco Convenções Internacionais, adotando no seu ordenamento jurídico medidas protetivas ao trabalho feminino.

Contudo, a não ratificação de Convenções e Recomendação, bem como a não elaboração de novos instrumentos normativos dificultam a integração das mulheres em condições de igualdade no mercado de trabalho, com isso fragilizando a CLT.

Consideram-se necessárias mudanças de postura na base da sociedade uma vez que se ponderem as questões históricas, fatores culturais e religiosos. Além da, necessidade de mais instrumentos normativos e protetivos sobre as relações trabalhistas no universo feminino, tanto no âmbito internacional como nacional, através da criação de mais Convenções e Recomendações.

Por fim, ressalta-se a importância de verificar a efetividade e aplicação destas Convenções no ordenamento jurídico trabalhista nacional e as Recomendações com função complementar de auxiliar os legisladores, tendo em vista que ainda há as diferenciações na inserção do homem e da mulher ao âmbito laboral, além da desigualdade salarial, discrepância e o preconceito presente no cotidiano da sociedade atual.

REFERÊNCIAS

ALVES, Branca Moreira. **O que é feminismo**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

ARAÚJO, Nadia de; ANDREIUOLO, Inês da Matta. **A internalização dos tratados no Brasil e os direitos humanos.** in: Boucaut, Carlos E. de A.; Araújo, Nadia de (orgs.). Os direitos humanos e o direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.p. 91

ARREAL, Juliana Figueiredo. LÓPEZ, Laura Cecilia. "Saúde da Mulher Trabalhadora de Turno Noturno".2012. **Rev. bras. saúde ocup**. vol.39 no.130 São Paulo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (Brasil). Anamatra; OIT (Brasil). **Cartilha do Direito Internacional do Trabalho em Quadrinhos**. Brasil: Marcos Vaz Produções, 2011/2012. Cartilha. Disponível em:https://www.anamatra.org.br/attachments/article/45/cartilha_direito_internacional_site_2012_portugues.pdf. Acesso em: 19 abr. 2020.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ªed. São Paulo: LTr, 2016.

BOTTINI, Lucia Mamus. **O trabalho da mulher nas fábricas durante a Revolução Industrial, na Inglaterra de 1780 a 1850**. Paraná, 2013.

BRASIL. Lei nº 7.855, de 24 de outubro de 1989.**Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, atualiza os valores das multas trabalhistas, amplia sua aplicação, institui o Programa de Desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho e dá outras providências.**Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7855.htm. Acesso em: 22 mar. 2020.

_____, [Consolidação das Leis Trabalhistas (1943)]. Decreto-Lei nº 5.452/43, de 1 de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, DF: Presidente da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. [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/ Constituiçao.htm. Acesso em: 1 mar. 2020.

_____. Poder Executivo, **Decreto nº. 423 de novembro de 1935.** Promulga quatro Projectos de Convenção, aprovados pela Organização Internacional do Trabalho, da Liga das Nações, por ocasião da Conferencia de Washington, convocada pela Governo dos Estados Unidos da America a 29 de outubro de 1919, pelo Brasil adoptados, a saber: Convenção relativa ao emprego das mulheres antes e depois do parto; Convenção relativa ao trabalho noctuno das mulheres; Convenção que fixa a idade mínima de admissão das crianças nos trabalhos industriaes; Convenção relativa ao trabalho nocturno das crianças na indústria. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_234869/lang--pt/index.htm. Acesso em: 24 abr. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

_____. Lei nº 7.855, de 24 de outubro de 1989.**Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, atualiza os valores das multas trabalhistas, amplia sua aplicação, institui o Programa de Desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho e dá outras providências.** Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7855.htm. Acesso em: 22 mar. 2020.

COSTA, Ana Alice Alcântara; SARDENBERG, Cecilia Maria Bacellar. **Feminismo, Ciência e Tecnologia**, Salvador, vol. 8, 2002.

ESPEJOS, Patrícia. **Verso uma riformulazione della violenza di genere nel posto di lavoro**. Alla riscoperta dei suoi contenuti. Tese de Doutorado Universidad Castilla La Mancha - Cuenca, 2015.

FERRITO, Bárbara. A falta que faz: Convenção n. 156, OIT, conciliação dos tempos e corresponsabilidade. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 8, n. 81, p. 73-85, ago. 2019.

FILHO, Georgenor de Sousa Franco; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Internacional do Trabalho: O Estado de arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil**. São Paulo: LTr, 2016.p. 16

HOBSBAWM, Eric J. **A Era Das Revoluções**. Rio de Janeiro: Paz e Terra S.A, 1997.

HOBSBAWN, E. J. **Da Revolução Industrial inglesa ao imperialismo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

LESKINEN, M.: **Educación una clave hacialaigualdad** , Revista Observatorio Social, núm. 5, 2004.

MAGALHAES, Luana Elainy Rocha. **O trabalho da mulher à luz da OIT**, 2014. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-124/o-trabalho-da-mulher-a-luz-da-oit/. Acesso em: 30 abr. 2020.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 7 ªed. São Paulo: Saraiva, 2016.p. 154

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25ªed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto, **Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, **Curso de Direito do Trabalho**, 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 105.

NOGUEIRA, Conceição. **Um novo olhar sobre as relações de gênero: feminismo e perspectivas críticas na psicologia social**. Ed.: Fundação Calouste Gulbenkian e Fundação para a Ciência e a Tecnologia. 2001. p. 135-136

OIT. Escritório Brasil, **Convenções não ratificadas**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_242947/lang--pt/index.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

OIT. Escritório Brasil, **Convenções ratificadas pelo Brasil**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/lang--pt/index.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

OIT. Escritório Brasil, **Recomendações**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_242958/lang--pt/index.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (Brasil). OIT Brasília. **Conheça a OIT**. In: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (Brasil). OIT Brasília. Conheça a OIT. [S. l.], [entre 2000 e 2017]. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/temas/normas/WCMS_235325/lang--pt/index.htm. Acesso em: 19 mar. 2020.

PERROT, M. **As mulheres ou o silêncio da história**. Bauru: EDUSC, 2005. p. 156.

REED, Evelyn. **Sexo contra sexo ou classe contra classe**. São Paulo: Editora Instituto José Luís e Rosa Sundermann, 2008.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **"Convenções da OIT"**. São Paulo: Ed. LTR, 1998.

SÜSSEKIND, Arnaldo, **Direito Internacional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.p. 122;128-129.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **O Brasil e a Organização Internacional do Trabalho**, 1986.

Disponívelem:https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/93665/009_sussekind.pdf?sequence=1. Acesso em: 17 abr. 2020.

TOLEDO, Cecília. **Mulheres: o Gênero nos Une, a Classe nos divide**. São Paulo: Sundermann, 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A HISTÓRIA DA EDUCAÇÃO E A CONSTRUÇÃO DE METODOLOGIAS ATIVAS NO MUNDO CONTEMPORÂNEO: O DIREITO EDUCACIONAL E A DIDÁTICA PARA A EFETIVIDADE DO ENSINO-APRENDIZAGEM

THIAGO DOS SANTOS ROCHA: Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. OAB-MA 10.117. Pós-graduado em Direito do Consumidor, Direito Constitucional Aplicado e em Direito Processual Civil pela Damásio Educacional. 1

Resumo: a história da humanidade observou diferentes processos educativos até que, na contemporaneidade, o direito à educação pudesse se afirmar como um direito fundamental social. A educação já sofreu influência da filosofia, já observou modelos militarizados e até mesmo encontrou na fé religiosa a sua razão de ser. Hoje, é possível afirmar que a educação tem um caráter emancipatório, formando o cidadão para o mercado de trabalho e para o exercício crítico de seus direitos e deveres. Para tal, a Didática, como ciência, foi desenvolvida com finalidade de efetividade do ensino-aprendizagem. E as novas metodologias ativas são a concretização dessa didática para a efetividade.

Palavras-chave: história da educação; didática; direito educacional; metodologias ativas.

Keywords: the history of humanity has observed diferent educational processes until the right to education could be considered a social right. Education has been influenced by philosophy, it has observed militarized models and has encountered in religious faith its fundamentals. Today, it may be asserted that education has an emancipatory meaning, preparing the citizen to job market and to critical practice of rights and responsabilities. For that, Didactics, as a science, has been developped with the objective of learning effectiveness. And the new active methodologies are the real achievement of such effectiveness.

[1] Autor dos livros "A violação do direito à saúde sob a perspectiva do erro médico" (Editora CRV, 2016) e "A aplicação do Código de defesa do consumidor à relação médico-paciente de cirurgia plástica" (Editora Lumen Juris, 2017). Atualmente é graduando do 2º período dos cursos de Publicidade e Propaganda e Letras – Língua Portuguesa (licenciatura) pela Universidade Estácio de Sá. Também é pós-graduando do curso de Comunicação Jurídica pelo Complexo Educacional Renato Saraiva.

Keywords: history of education; didactics; right to education; active methodologies.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A EDUCAÇÃO NA GRÉCIA ANTIGA: A PAIDEIA E A INFLUÊNCIA DA FILOSOFIA. 3. A EDUCAÇÃO NA ERA MEDIEVAL: A PATRÍSTICA E A ESCOLÁSTICA. 4. A EDUCAÇÃO NO RENASCIMENTO: O HUMANISMO, A REFORMA E O PROJETO DE CATEQUESE DOS PADRES JESÚITAS NO BRASIL. 5. A EDUCAÇÃO NO ILUMINISMO: AS NOVAS PEDAGOGIAS DE PESTALOZZI, HERBART E FRÖBEL E OS EXEMPLOS EDUCACIONAIS DO REINO DE PORTUGAL E DO BRASIL NOS SÉCULOS XVIII E XIX. 6. A EDUCAÇÃO NO PERÍODO DA PRIMEIRA REPÚBLICA À DITADURA MILITAR NO BRASIL: POSITIVISMO, ESCOLANOVISMO E MOBRAL. 7. TENDÊNCIAS PEDAGÓGICAS CONTEMPORÂNEAS: METODOLOGIAS ATIVAS E DIDÁTICA PARA A EFETIVIDADE EDUCACIONAL. 8. CONCLUSÃO. 9. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo geral fazer um apanhado de todos os períodos considerados na linha da História, de modo a relacioná-los com a educação e a formação dos sujeitos e sociedades. Foram considerados os fatores reais de poder que influenciaram ou transformaram o Brasil e o mundo em termos educativos, tomando por base diálogos interétnicos ou mesmo comparações intertemporais que demonstraram influências recíprocas da educação entre povos diversos ou influências da educação em diferentes tempos. Com isso, chegou-se a uma análise do direito educacional propriamente dito.

Assim, se hoje se observam as novas técnicas de ensino-aprendizagem, pergunta-se: como foi possível fazer a concepção dessas técnicas? Por que pensar numa didática para a efetividade do ensino-aprendizagem? Como funcionou a educação no passado e para quem ela funcionou? Em eu medida uma ideologia, um governo ou uma religião opera a educação?

Comparar o sistema educacional de ontem com o atual tem uma importância de despertar o indivíduo para o pensamento reflexivo: a observação dos noticiários de televisão, dos movimentos sociais, das atuações políticas, das injustiças e da própria lógica do capitalismo exige do cidadão um posicionamento perante tais fatos, não se isentando de atuar, seja pela via do voto, seja pela opinião, pela escritura, pela ação social, pelo exercício do consumo consciente, etc. A educação emancipatória tem uma função que extrapola a preparação para o mercado de trabalho.

Se a *Paideia*, no mundo grego antigo, preparava o jovem segundo métodos como o da maiêutica ou o da dialética, o mundo contemporâneo observa novos mecanismos para estimular nos alunos do ensino básico ou do ensino superior

o interesse pelos estudos e a capacidade de autodesenvolvimento: são as denominadas metodologias ativas, sendo mencionadas como exemplos a *game-based learning*; a *peer instruction*, a *problem-based learning*; a *inquiry-based learning*; e a *case-based learning*.

O objetivo de tais metodologias é fazer uma integração entre a realidade do aluno e os objetivos educacionais, é possibilitar a visão do aluno como protagonista e uma posição horizontal entre discente e professor. O docente passa a ser mediador do processo de aprendizagem. É aquilo que se denominou nesta pesquisa de didática para a efetividade do ensino-aprendizagem.

Para a realização do presente trabalho, seguiu-se um procedimento de pesquisa bibliográfica, com reunião de livros e artigos científicos nas áreas de Direito, História e Educação. A pesquisa também foi conduzida segundo um critério qualitativo, com apresentação de posicionamentos pessoais e comparações doutrinárias. O método dedutivo foi colocado em prática, vez que foram observados os fatos históricos e deles foram sendo extraídas as consequências lógicas.

2. A EDUCAÇÃO NA GRÉCIA ANTIGA: A PAIDEIA E A INFLUÊNCIA DA FILOSOFIA

O processo de ensino-aprendizagem observou, ao longo do tempo, rupturas e transformações que implicaram a constituição e a modificação de sujeitos e sociedades. Em cada etapa da História da humanidade, foi possível a percepção de características peculiares dos métodos educativos segundo os contextos e a evolução dos sistemas morais, econômicos, políticos e culturais dos povos. Assim, a educação se vinculou diretamente aos fatos e aos fatores reais de poder.

Os modelos educacionais puderam ser verificados antes mesmo da época da praça pública na Grécia Antiga, mas ali houve um importante destaque: a denominada Ágora era um espaço onde as pessoas debatiam a política, a sociedade e demais temas que interessavam ao corpo coletivo. O sistema educativo grego – a *Paideia* – estava justamente intrincado a esse ambiente de trocas de informações e de conhecimento. A noção de permuta de ideias prevaleceu sobre um sentido de mera recepção automática de conteúdo.

E por que na Grécia Antiga foi possível o desenvolvimento de uma educação que não valorizou tanto a repetição/reprodução, mas sim a troca e o diálogo? Porque ali foi o palco de grandes expoentes da Filosofia. Exemplos foram Sócrates, que desenvolveu o método da maiêutica; Platão, que criou o Mito da Caverna como simbologia da busca da verdade e da caracterização de ignorância inerente ao ser humano; bem como Aristóteles, que desenvolveu o método peripatético e enxergou a educação como a formação do sujeito para a discussão de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

questões públicas e de Estado. A educação bebeu de fontes valiosas que contribuíram para todos os tempos.

Nesses termos, de acordo com a obra da autora Bortoloti, é possível afirmar acerca de Sócrates (2015, p. 65):

> Como sua mãe era parteira e seu pai um escultor, recebeu uma educação tradicional aprendendo a ler e a escrever a partir da obra do poeta Homero e conhecendo as doutrinas filosóficas precedentes e contemporâneas, tais como Parmênides Zenão e Heráclito (JAPIASSÚ, MARCONDES, 2006, p. 256) Sócrates participou do movimento de renovação cultural iniciado pelos sofistas e entre eles circulava com muita tranquilidade, todavia usava em seus diálogos com os cidadãos um método bastante diferente do utilizado pelos sofistas. Em primeiro lugar podemos destacar que Sócrates não cobrava nada, pois não intentava ensinar nada a ninguém mas sim conduzir o indivíduo a conclusões corretas. Para isso usava uma forma de dialogar que ficou conhecida como maiêutica. A maiêutica nada mais era do que a condução do interlocutor a desenvolver seu pensamento sobre uma questão que ele pensava conhecer, e, assim, reconhecer a contradição, o erro. A atividade maiêutica, segundo Sócrates tinha como finalidade trazer à luz as ideias que pré-existiam na mente de seus interlocutores. Era preciso que o interlocutor estivesse grávido de ideias gerais, as quais julgava conhecer.

Se Sócrates trabalhou com a implantação de uma dúvida e o reconhecimento de contradições em cima daquilo que se julgava conhecer, Platão desenvolveu o método dialético. Trouxe as ideias de *doxa* e *episteme* para a teoria do conhecimento. O primeiro termo se referia ao mundo dos sentidos, o local de meras impressões, enquanto o segundo designava o plano inteligível, onde se situava a verdade. O ser humano precisava se desvincular das meras impressões do mundo das percepções sensitivas.

Todas essas considerações evidenciaram uma busca da emancipação do homem e isso ficou muito presente do Mito da Caverna de Platão: a saída da ignorância custou caro ao indivíduo personagem da narrativa. Ao tentar ajudar seus companheiros por meio da comunicação da verdade, foi morto, e isso evidenciou a capacidade humana de permanência na ignorância. A alegoria serviu para evidenciar a dualidade entre a implantação da dúvida e o estímulo da busca de novos conceitos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A educação por meio de métodos emancipatórios e contestatórios, assim, foi colocada em prática desde a Grécia Antiga e veio aos dias atuais com sua função de crítica ao *status quo*. Colocou o indivíduo em seu papel de cidadão e de busca de soluções por uma realidade e um futuro melhor. Maiêutica e dialética foram, no passado, instrumentos de uma não aceitação simplória dos fatos – foram elementos de uma *Paideia* do esclarecimento.

Essa *Paideia* do esclarecimento só pôde ser observada a partir do momento em que, na pólis, a educação deixou de ser essencialmente militar. Esparta, por exemplo, formou, sobretudo, homens com habilidades para a guerra e mulheres com aptidão de gerar filhos sadios para o combate. Atenas observou realidade diferente. De acordo com Tôrres (2009, p. 295), "[...] A adoção de um modo de vida civil e não mais militar tinha com efeito transposto, e reduzido ao plano da competição esportiva, o ideal heroico". Foi essa construção cívica que deu à luz a noção de ética na pólis.

O autor mencionado colocou a questão dos esportes na pólis grega: a formação dos sujeitos na cidade-estado democrática tinha esse viés de preparo físico e constituição de narrativas de identidades que trabalhavam a figura do homem vitorioso. Aquele sujeito que se colocou em posição de destaque e isso pôde, inclusive, ser um discurso que perpassou o transcorrer do tempo e o contexto do próprio âmbito político para o ingresso da sociedade de consumo que se observou muitos anos depois. Quanto ao consumismo, foi excluída a noção de ética. Esse diálogo entre eras/milênios foi observado por Rocha (2017, p. 64):

> Desde a Idade Antiga, na Grécia, a preocupação com o corpo já exercia uma função importante nessa questão da identidade. Lessa e Rocha (2009, p. 156) destacam que na *polis* Atenas havia uma noção de "identidade política" que era buscada através da prática de esportes, de forma que os homens buscavam um padrão de beleza ou forma que se coadunasse com a ideia de ética. A educação era pautada na busca daquilo que era considerado como bom, e isso se dava por meio de "uma formação física de seus cidadãos, que se inicia na infância".
>
> Perceba-se que o discurso presente na *polis* é diferente daquele existente na sociedade de consumo: trata-se de uma valorização do corpo que está mais associada aos valores da cidade-estado, à noção daquilo que é bom para a comunidade e à valorização da força e honra como afirmações do herói

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> grego. O corpo, para o atleta grego, é símbolo de destaque e prestígio.
>
> Porém, há uma convergência de valores entre a sociedade de consumo e a sociedade ateniense que valoriza o corpo masculino: o discurso da vitória.

Importante lembrar: nem todos foram considerados cidadãos na Grécia Antiga, pois houve aqueles grupos marginalizados e escravizados. A esses, a cidadania não foi conferida. Eles não tiveram acesso à educação da mesma forma como os homens da elite, o que evidenciou a contradição da pólis grega, uma democracia de poucos. O constitucionalista Canotilho afirma:

> [...] Como se vê, na cidade grega uns são mais iguais do que outros; a igualdade dentro de um esquema organizatório profundamente desigual, onde, ao lado do homem livre e igual (os hoplitos machos) e de não-homens (os escravos), existia um espectro *ou continuum* social de indivíduos cuja característica comum era a de se situarem «entre a escravatura e a liberdade». A *polis* não era uma sociedade democrática, mas um «clube de homens adultos» [...] (CANOTILHO, 2008, p. 28).

Da mesma forma como parcela da população foi marginalizada da educação no passado, foi possível observar, no processo de evolução das sociedades, exclusões nas democracias. Isso se deu através de *apartheids* ou segregação, como ocorreu nos Estados Unidos, ou pela via de políticas públicas deficitárias, que não atenderam a contento aos direitos fundamentais dos cidadãos, gerando verdadeira situação de boicote das minorias. Esse diálogo intertemporal possibilitou, ao longo do tempo, a própria organização de movimentos sociais pela luta de direitos.

Conforme já mencionado, as noções de ética e estética estiveram diretamente associadas à educação helênica. A questão da formação física foi trabalhada desde a infância dos homens. A honra e a glória foram atingidas pela afirmação do corpo do atleta virtuoso (LESSA; ROCHA, 2009). A educação era voltada sobretudo para uma afirmação política e de elite.

Por último, de modo a fechar a educação na realidade grega, importante lembrar que aquela sociedade sucumbiu diante da Guerra do Peloponeso no século V a. C. Isso ocorreu porque Atenas perdeu a batalha para Esparta, e todos os ideais de virtude, democracia, homem vitorioso e educação voltada para a formação do sujeito cidadão foram esfacelados com a integração da cidade-estado à cosmopolis, ou seja, à subordinação à realeza dos macedônios (CANDIDO, 2009). Foi justamente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

naquele contexto que aconteceu o ingresso de Atenas na prática da corrupção (VIEIRA, 2009).

O diálogo interétnico entre Esparta e Atenas foi destrutivo e o legado que deixou para sociedade atual – a ideia de oferecimento de "presentes" troca de favores – contrapôs totalmente a ética construída pelo ideal de virtude ateniense. Mesmo assim, a contribuição do modelo de educação grego para o mundo e, mais especificamente, para o Brasil, deu-se no sentido de busca de metodologias de ensino e aprendizagem que não se basearam apenas num paradigma de relação vertical entre professor e aluno. Não se retirou a importância do método repetitivo, vez que cabível para o ensino de matérias como matemática, mas o diálogo e a emancipação foram muito presentes em obras de autores das vertentes mais recentes da pedagogia progressista.

3. A EDUCAÇÃO NA ERA MEDIEVAL: A PATRÍSTICA E A ESCOLÁSTICA

A educação na era medieval trouxe uma característica bastante marcante: a presença do cristianismo como religião indissociável e que se desdobrou em duas correntes conduzidas pelos padres da Igreja Católica, que são a Patrística e a Escolástica. A primeira escola esteve vinculada ao neoplatonismo, enquanto a segunda se manteve ligada ao neoaristotelismo. Os grandes expoentes da época foram Agostinho de Hipona e São Tomás de Aquino.

Bortoloti (2015, p. 90) menciona que a Patrística tenta "[...] conciliar o cristianismo com o pensamento pagão [...]". E isso se deu para que fossem contrapostas as denominadas heresias, de forma a converter aqueles que não seguiam a fé católica. Veja-se que aqui já existe uma espécie de manifestação de discriminação no que concerne àquilo que é diferente, com relação ao que não atende aos interesses do fator real de poder em evidência.

Essa educação de caráter fundamentalmente religioso foi discriminatória, igualmente, com relação às mulheres. É dizer: colocou-as em posição de submissão não só com relação ao corpo, mas também no que toca ao conhecimento, pois a elas era limitado o direito de leitura e escritura. Nesses termos, a religião atuou como dispositivo de biopoder, como forma de imposição disciplinar e regulação da construção de subjetividade (MORAIS, 2017). Rocha (2017, p. 65) afirma:

> Fazendo um salto para a Idade Média, considere-se agora o corpo feminino. Abrantes (2009, p. 147) menciona que aquele era um contexto em que "os teólogos e filósofos consideravam que o corpo da mulher deveria se manter casto ou, no máximo, usado para a procriação, sendo negado o prazer sexual". Diante

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

disso, não havia uma preocupação com as formas do corpo como há na presente sociedade de consumo, vez que a mulher deveria dar ao marido os seus filhos e dedicar-se a Deus.

Esses foram apenas alguns exemplos que demonstram como houve construções discursivas diversas ao longo do tempo que influenciaram as pessoas com relação ao corpo, de acordo com os valores e a cultura.

Atualmente, poder-se-ia dizer que nem todas as pessoas estariam imbuídas de um verdadeiro egoísmo, no sentido de fazerem prevalecer o "ter" sobre o "ser", mas elas simplesmente já incorporaram o discurso da sociedade em que estão vivendo, que não é o de viver segundo a simplicidade, mas sim de busca de padrões estéticos cada vez mais aperfeiçoados, seja por meio de cirurgias plásticas, seja através de academias de ginástica ou cosméticos que incorporam a mais alta tecnologia – é o viver segundo as regras do dono da casa, que é o mercado global, que utiliza a publicidade como instrumento de difusão das novas subjetividades.

A condição de submissão e repressão secular da mulher por meio da educação e da moral gerou, posteriormente, contestações e movimentos feministas já no século XIX. O corpo casto e a ideia de sexo frágil e perigoso pelo pecado original deram lugar, nos anos 1900, à autonomia sobre os direitos reprodutivos, ao direito de voto, à igualdade de tratamento perante os homens. As mulheres buscaram na dignidade da pessoa humana e nas teorias feministas os discursos necessários à superação da desigualdade de gênero.

Conforme já mencionado, no plano educacional, houve o desenvolvimento de duas filosofias durante o período medieval. Uma ainda na Alta Idade Média, a Patrística, de embasamento neoplatônico, que teve como expoente Agostinho de Hipona; e outra já na Baixa Idade Média, que foi a Escolástica, de embasamento neoaristotélico. Foi justamente nesse contexto dos medievos e na vigência das ideias de Santo Agostinho que foram lecionadas as chamadas sete artes liberais – *trivium* e *quadrivium*. Eram as artes que formavam o sujeito para aquilo que veio de Deus – o *trivium* – e para aquilo que era técnica do homem – o *quadrivium*.

Importante lembrar que a criança, no período medieval, foi considerada um adulto em miniatura. Não houve uma real preocupação com o seu desenvolvimento psicológico enquanto sujeito, mas havia, sim, um tratamento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

segundo a ideia de que a figura de um mestre era importante para a condução da alma em Cristo. A Patrística dava a instrução para o atingimento da salvação divina em Deus pela palavra da Bíblia.

Bortoloti (2015, p. 87) assim se refere à criança do período medieval:

> Nos mosteiros, as crianças eram educadas por todos os seus membros até aos quinze anos de idade, educação que, da mesma forma como ocorria na Antiguidade, era marcada por repreensões e castigos. Todavia, não devemos compreender esses castigos como puro sadismo pedagógico, mas como um reflexo da ideologia teocêntrica do período, pois os castigos eram frequentes nas práticas religiosas do período.
>
> Portanto, o sentimento de infância oscilou durante o período medieval entre o igualitarismo, confiante nos valores mais propriamente humanos dos Evangelhos, o pessimismo da mensagem paulina e a ideia de criança como ser produtivo, como herdeiro, merecendo espaço e tornado alguém que 'promete' para o mercado.

Posteriormente, com a reforma carolíngia, ocorreu a influência da cultura e da religião islâmica sobre os valores da Europa. Houve recuperação dos textos aristotélicos – neoaristotelismo –, uma vez que os árabes conservaram esse conhecimento e o repassaram aos povos europeus, passando a vigorar a Escolástica de São Tomás de Aquino. Foi um tempo de influência da minúscula carolíngia, uma nova forma de escrita, e também ocorreu uma incipiente maneira de se buscar o divino, que não foi mais através da figura do mestre, mas sim da busca interna.

Como a educação dos muçulmanos era baseada numa bipartição entre escola elementar e escola superior, foi ali que esteve presente o berço daquilo que hoje se conhece por universidade. As mesquitas lecionavam a instrução básica, enquanto as denominadas Casas de Cultura se dedicavam a estudos mais avançados. O período da Escolástica foi de intensa troca cultural, comercial e movimentação urbana, de forma que foram criadas escolas citadinas e as universidades nos grandes centros.

O diálogo interétnico não acarretou a superação dos valores religiosos, mas implicou a convivência com novas tendências educativas e a preservação da própria cultura grega clássica, que foi repassada dos islâmicos aos cristãos. Nesses termos, a influência de formação de sujeitos da Idade Média que se verificou no passado e que foi transposta para o presente foi a divisão do ensino em categorias,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ou seja, um ensino superior lecionado em universidades e outro lecionado nas escolas descentralizadas. Mas foi apenas posteriormente, com a figura do Estado, que surgiram as escolas oficiais previstas em lei.

4. A EDUCAÇÃO NO RENASCIMENTO: O HUMANISMO, A REFORMA E O PROJETO DE CATEQUESE DOS PADRES JESÚITAS NO BRASIL

A teoria contratualista de Hobbes fundamentou o poder dos reis e a institucionalização de Estados, com a derrocada do feudalismo, sendo de destaque, também, a obra *O Príncipe* de Maquiavel. Foi nesse período que aconteceu a institucionalização da figura da escola oficial prevista em lei, aquela que prepara o sujeito segundo os próprios interesses estatais. Com isso, um maior número de pessoas teve acesso ao conhecimento.

Em artigo publicado na Revista Vozes dos Vales, Petean (2012, p. 5) caracterizou muito bem o período do Renascimento e da Era Moderna:

> O mundo moderno que estava nascendo nos séculos XV e XVI valorizou a autonomia do sujeito que passou a ser visto como leitor e autor do conhecimento. O sujeito deixou de ser um mero produto de Deus e passou a ser responsável pelo conhecimento. A nascente ciência moderna de caráter empírico passou a valorizar o saber baseado na experiência sensível do indivíduo. O empirismo recusou todo saber que estivesse à margem ou anterior à experiência, negando, assim, o saber baseado nos escritos dos grandes homens do passado. Portanto, a valorização da experiência e a observação da natureza caracterizavam o mundo moderno que estava nascendo. A ciência buscou, na experimentação e na observação, as raízes do saber sobre o cosmos. Negou a tradição, vista como o reino do obscurantismo e do erro. Negou o saber dos grandes doutos da igreja e duvidou da "palavra revelada". Ciência e crítica ideológica estavam juntas neste projeto de construção das bases de um novo saber. Era o nascer do saber empírico e experimental.

A Modernidade foi o palco de desenvolvimento do humanismo. Num primeiro momento, essa palavra significou a dedicação a estudos dos clássicos e das letras, mas posteriormente designou as filosofias centradas na figura do ser humano. No prefácio da obra Princípios Humanistas Constitucionais: reflexões sobre o humanismo do século XXI, Silva (2010, p. 7) aduz:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> [...] o humanismo não designa uma doutrina unitária, pois como observa Ferrater Mora, o termo designa o movimento que, na Renascença, se voltou para os estudos das línguas e dos autores clássicos, chamado *humanismo renascentista*, mas também as tendências filosóficas que põem em relevo 'um ideal humano' [...].

Dessa forma, o humanismo foi pautado na secularização da cultura e do saber, foi baseado no afastamento com relação à religião e na valorização da razão. O diálogo intertemporal no que tange ao humanismo observou imensas contribuições para a sociedade atual. Essas relevantes marcas se fazem presentes no Direito e nas ciências humanas em geral. Um exemplo foi o desenvolvimento, já na época do Renascimento, da ideia de colocação do homem como o centro dos valores e das decisões, não mais prevalecendo a religião, e isso deu origem ao princípio *pro homine*, ou seja, a aplicação em prática de uma norma jurídica mais favorável ao ser humano, aquela capaz de melhor resguardar direitos fundamentais (ROCHA, 2010).

Um exemplo que poderia ser mencionado concerne ao próprio direito à educação, atualmente resguardado na Constituição Federal brasileira, o qual deve prevalecer sobre questões de orçamento público. Ou seja: há uma prioridade da educação sobre a reserva do possível, em se tratando de direitos fundamentais considerados mínimos existenciais, tais como o ensino fundamental. Dessa forma, um magistrado poderá dar uma sentença obrigando um município a construir uma escola ou a realizar concurso público para nomeação de professores da rede municipal.

No entanto, o humanismo não extinguiu a religião. No século XVI, que foi justamente aquele das grandes navegações, argumento e ideologia cristãos ainda se faziam presentes. Tanto é que, no caso das expedições portuguesas enviadas ao Brasil após o ano de 1500, o objetivo era a catequese de índios para reafirmação do poder da Igreja e imposição de uma educação baseada no *trivium* e *quadrivium* aos nativos. Essa educação também seguiu um modelo denominado inaciano, ou seja, aquele concebido por Inácio de Loyola.

O diálogo interétnico entre portugueses e índios permitiu uma troca: a aquisição da língua portuguesa e formação religiosa cristã pelos naturais do Brasil e aprendizado da língua tupi pelos padres da Igreja. Ocorre que esse contato se deu na base do etnocentrismo: foi uma discriminação cultural, uma vez que um indivíduo ou grupo se achou superior ao outro. Em nenhum momento a cultura nativa pôde ser considerada inferior à do homem branco europeu e o que ocorreu foi, mais uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

vez, um mecanismo de biopoder, artifício da Igreja Católica sobre outros povos para a mantença de sua perpetuação.

Essa tentativa de mantença de longevidade do poder da Igreja por meio das missões jesuíticas era uma verdadeira manobra da Contrarreforma. As críticas protestantes estavam em plena vigência na época – a denominada Reforma –, e a reação da Fé Católica era justamente avançar na educação de índios e de até mesmo dos portugueses que estavam presentes na colônia. Esse objetivo acabou coincidindo com os escopos políticos do reino de Portugal na colonização do Brasil (MACIEL; SHIGUNOV NETO, 2008).

Ainda assim, Almeida (2014) aponta que esse modelo de ensino produziu influência até mesmo na educação brasileira atual. O diálogo intertemporal que pode ser realizado é no sentido de que o plano de estudos jesuítico, também chamado *Ratio Studiorum*, trouxe a contribuição curricular e a estrutura de diretrizes básicas. Veja-se:

> Os jesuítas deixaram um legado de colégios organizados em rede, um método pedagógico e um currículo comum. Embora o processo de colonização tenha atuado como uma ferramenta de imposição cultural aos índios, como forma de exercer o domínio sobre eles, é por meio da Companhia de Jesus que a educação brasileira desenvolveu-se, atendendo às necessidades da sociedade, dedicando-se a educar a elite e sendo também responsável pela integração da cultura europeia e indígena, disseminando-as pelos colégios e igrejas.
>
> O estabelecimento de uma estrutura organizacional e a sistematização do ensino foram relevantes para o processo educacional brasileiro. Ao trazer para o Brasil uma estrutura de diretrizes básicas, baseadas na *Ratio Studiorum*, possibilitou à educação em nosso país uma estrutura regimentar intensa, conforme um processo catequético, mas baseado em uma forma coerente e em um eficaz sistema de aprendizado para a época. Desse conjunto de normas que organizaram e estruturaram a educação jesuítica, o que não permanece, evoluiu, compondo a atual lei de diretrizes e bases da educação nacional (ALMEIDA, 2014, p. 124).

Faça-se um diálogo intertemporal com a atualidade: foi possível verificar, ao longo da história dos povos, que o comportamento etnocêntrico não se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

encontrou apenas na atitude pessoal das pessoas, mas pôde se fazer presente inclusive nos meios de comunicação. Assim, em estudo publicado por Denise da Costa Oliveira Siqueira e Euler David de Siqueira, intitulado "Etnocentrismo e imaginário nos discursos midiáticos sobre Paris", foi possível perceber que os jornais de circulação local, as publicidades de turismo, o próprio cinema e até a televisão veicularam uma imagem da cidade de Paris como sendo a portadora das atrações turísticas mais esplendorosas do mundo, criando um discurso etnocêntrico (SIQUEIRA; SIQUEIRA, 2013).

A formação dos sujeitos e das sociedades com base em imposições etnocêntricas só geraram conflito e posteriores rupturas. Escravos negros rebelaram-se contra seus senhores, índios mataram invasores, o homem europeu que colonizou a América do Sul não deixou de sofrer resistência diante de sua ambição capitalista e "missão civilizatória cristã". Aquilo que Michel Foucault denominou por biopoder e biopolítica, uma vez observado no contexto educacional de formação de subjetividades, evidenciou práticas didáticas de submissão e atendimento a ideologias e interesses específicos do fator real de poder em evidência.

Ainda dentro de uma ideia de diálogo intertemporal, no contexto do etnocentrismo: o combate a esse tipo de atitude foi estimulado pelo desenvolvimento da alteridade, a capacidade de apreender a visão do outro, da valorização da diversidade cultural. O direito à diferença veio à tona, com as minorias ganhando espaço na sociedade por meio de suas reivindicações e por meio da dignidade da pessoa humana constitucionalmente reconhecida (art. 1º, III da Constituição brasileira). Minorias étnicas, de gênero, de classe social e de diversas outras formas de expressão tiveram suas opiniões ouvidas.

Importante destacar isso porque foram as formas de desrespeito do passado que fizeram as modificações das configurações do presente. As novas formações de sujeitos e sociedades se deram com base na ideia de um multiculturalismo e respeito à diferença. A globalização favoreceu a diversidade cultural, mas ainda assim não houve uma padronização total de cultura e existiu, ainda, a presença de movimentos antiglobalização. No Brasil, observou-se uma multiplicidade de culturas em função da miscigenação de influências indígenas, africanas, europeias e asiáticas.

A questão do multiculturalismo e o respeito à diferença foi mencionada porque isso repercutiu nos currículos e nas políticas educacionais de vários países, de acordo com a postura política de determinados partidos políticos e dos governos de ocasião. A educação não pode desconsiderar que existem diferentes realidades políticas, de gênero, econômicas e culturais. E em sala de aula o professor deve estar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

preparado para lidar com essas diferenças, recebendo apoio e preparação por meio de políticas vindas do Estado.

Conforme já mencionado, veja-se que o Renascimento observou a questão da Reforma protestante: a Igreja viu sua imagem contestada em função de uma série de práticas, como vendas de indulgências, enriquecimento e adoração de santos. Martinho Lutero teve grande destaque na divulgação das ideias protestantes e, no que diz respeito à educação, defendeu que o monopólio da Igreja fosse extinto, passando o ensino a ser divulgado para qualquer do povo que quisesse ter acesso à Bíblia para se instruir na palavra de Deus. Obviamente, a Igreja repreendeu tal atitude: no concílio de Trento, definiu uma série de medidas que reforçavam a sua autoridade. Foi a denominada Contrarreforma.

Por último, para fechar a discussão sobre a educação no Renascimento, cite-se trecho da obra de Bortoloti (2015, p. 134) acerca do pai da Didática moderna, Comênio:

> Para o educador, cientista e escritor tcheco Comenius (1592 – 1670) todos os problemas que tumultuaram e perturbavam a humanidade seriam solucionados com o aprimoramento do processo educativo. Faltava até aquele momento um projeto de estudos adequado, um método que valorizasse a revolução científica. Enfim, para Comênio faltava tudo o que pudesse tornar o processo educativo atraente para os educandos. Almejava, dessa forma, alargar o programa de estudo para nele incluir o máximo número de disciplinais possíveis até criar um sistema de conhecimento universal, objetivo último de sua educação.
>
> Em sua obra mais significativa, Didática Magna, apresenta um método que deveria servir para ensinar a todas as crianças agradavelmente. Trata-se de um método baseado na maturação da mente da criança e nos princípios que governam a evolução da mente humana. Comênio, na realidade, pretendia, através de experiências, facilitar o processo de aprendizagem, tornando-o mais interessante e envolvente para o educando. Estes princípios substituiriam a estrutura formal lógica, por uma configuração psicológica.

Foi por meio de Comênio que se passou a poder pensar numa educação para todos, com objetivos de formação ética e moral, uma pedagogia que enxergou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a realidade do aluno como sendo indissociável do processo de ensino e aprendizagem. Isso teve profundas influências nas concepções posteriores de como se pensar a educação transformadora e efetiva na vida de crianças, jovens e até mesmo adultos, por meio da ideia de inclusão e do aprender mediante significados.

5. A EDUCAÇÃO NO ILUMINISMO: AS NOVAS PEDAGOGIAS DE PESTALOZZI, HERBART E FRÖBEL E OS EXEMPLOS EDUCACIONAIS DO REINO DE PORTUGAL E DO BRASIL NOS SÉCULOS XVIII E XIX

O período do Iluminismo foi marcado pelo predomínio da razão em contraponto à religião. Dessa forma, a educação acabou recebendo influências do humanismo, do antropocentrismo e de uma valorização da infância que já havia sido observada durante a fase do Renascimento. Assim é que surgiram os autores Pestalozzi, Herbart e Fröbel como expoentes de novas pedagogias para uma maior efetividade do ensino-aprendizagem, com embasamentos totalmente diversos de anteriores paradigmas religiosos ou de rigidez disciplinar.

Pestalozzi concebeu a pedagogia do afeto e com foco na formação moral do indivíduo. Tal autor encontrou em Rousseau uma grande influência e defendeu a laicização do ensino, bem como procurou, junto às crianças pobres, desenvolver um trabalho que não observasse uma disciplina autoritária, mas sim a busca da felicidade. "Pestalozzi enfatizava as conexões entre a pedagogia e sociedade pela disciplina e pelo trabalho, bem como a formação do homem, vista como exercício de liberdade, e da participação na vida coletiva, econômica e social" (BRETTAS, 2018, p. 427).

A formação do sujeito em Pestalozzi encontrou no pensamento autônomo e na observação do comportamento dos mestres a via de compartilhamento dos valores morais, o que tornou a educação harmônica e capaz de atender à sua real finalidade. O método de Pestalozzi esteve muito aliado à Psicologia, o que favoreceu o uso da técnica intuitiva como possibilidade de ativação da mente da criança. A contribuição do suíço, apesar de plenamente disseminada no mundo, ainda não encontrou amplo respaldo no Brasil (BRETTAS, 2018, p. 417).

Passando à análise do pedagogo Herbart: enxergou a educação como uma ciência e, se em Pestalozzi havia uma aproximação com a Psicologia, aqui houve uma tentativa de cientificidade, com observação de procedimentos a serem seguidos. Porém, ainda que houvesse essa noção de procedimentalização, a preocupação central continuava sendo uma formação moral. A formação do sujeito foi trabalhada pela via do controle comportamental, da instrução e da disciplina.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Já em Fröbel surgiu a noção de jardim de infância. Esse autor trabalhou com a ideia de ludicidade e brincadeiras como forma de aprendizado. Isso influenciou bastante as sociedades posteriores no que tange ao desenvolvimento de metodologias ativas e atividades lúdicas na educação básica, seja no Brasil, seja em outros países. O século XX observou, por exemplo, o ingresso de tais ideias em novas mídias tecnológicas, podendo-se falar em jogos de computador ou jogos de videogame capazes de colaborar na participação ativa do aluno.

Ainda no que diz respeito à educação no período do Iluminismo, foram observadas mudanças significativas no reino de Portugal que implicaram alterações das práticas educacionais no Brasil. A nomeação do Marquês de Pombal como primeiro-ministro resultou na extinção do ensino jesuítico e implantação do modelo iluminista de ensino-aprendizado. O sistema de Aulas Régias – Latim, Grego, Filosofia e Retórica – vigorou de forma gratuita.

Posteriormente, já no reinado de Dom Pedro I, foi adotado o método Lancaster de ensino primário oficial no Brasil. No Reinado de Dom Pedro II, não houve muitas modificações significativas no sistema educacional.

6. A EDUCAÇÃO NO PERÍODO DA PRIMEIRA REPÚBLICA À DITADURA MILITAR NO BRASIL: POSITIVISMO, ESCOLANOVISMO E MOBRAL

Com o fim do império e promulgação da Constituição republicana de 1891, houve o estabelecimento de um novo projeto de educação. A base ideológica e filosófica da época era o positivismo de Augusto Comte, e os objetivos da demanda educacional seriam formar pessoas para ocupar os postos de trabalho do país que estava em construção. A pedagogia era a denominada liberal tradicional.

Esse foi um período em que se lecionava uma matéria denominada Educação Moral e Cívica. Um fato muito importante de ser mencionado seria uma reforma educacional promovida por Benjamin Constant no ano de 1890, que promoveu o ensino laico e a gratuidade da escola primária. Tal reforma estava baseada no positivismo.

No começo dos anos 1900, surgiu no Brasil o que ficou conhecido por escolanovismo, que foi um movimento de professores que tinham por objetivo contrapor uma educação que era baseada meramente no fator memorização e repetição de conteúdos. Isso foi muito inovador à época porque valorizou a capacidade do aluno de produzir conhecimento e de transformar a realidade.

Ocorre que o Brasil não teve sorte em sua História recente, tendo ingressado em uma ditadura militar nos anos 60. A partir daquele momento, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

educação não tem mais o objetivo de promover nenhuma transformação social, mas apenas a mantença do status quo, a garantia do regime militar, com a permanência de disciplinas como Educação Moral e Cívica, Organização Social e Política Brasileira (OSPB) e criação de uma política de alfabetização que teve sua qualidade bastante contestada, o denominado MOBRAL.

No que diz respeito à formação de sujeitos, esse modelo de educação pode ser considerado alienador, pois configura um projeto de ideologia nacionalista, modelo cívico-militar composto de elementos repressivos quanto aos conteúdos lecionados, que ficaram sujeitos à censura. Professores que contestaram o sistema foram presos ou torturados, alunos não puderam expressar a opinião de forma livre e somente após a promulgação da Constituição de 1988 é que se voltou a pensar e construir uma sociedade democrática.

7. TENDÊNCIAS PEDAGÓGICAS CONTEMPORÂNEAS: METODOLOGIAS ATIVAS E DIDÁTICA PARA A EFETIVIDADE EDUCACIONAL

A noção de um ensino que deve ser estendido a todos foi disseminada com a obra de Comênio no século XVII, sendo ele considerado o pai da didática moderna. Os pilares da educação atual se construíram com a obra Didática Magna desse pensador, que disseminou a ideia da universalização do ensino; a valorização da realidade do aluno; a observação da ética e dos valores; bem como a construção interdisciplinar dos saberes. Estava plantada a semente da evolução dos métodos de ensino-aprendizagem.

Diante disso, o professor da atualidade precisou se valer dos métodos didáticos clássicos e das novas metodologias de ensino que foram desenvolvidas ao longo do tempo. Tais métodos não se invalidaram, mas se complementaram. Houve a adaptação das estratégias à realidade dos alunos. O professor passou a se posicionar em termos filosóficos e instrumentais, sabendo usar metodologias como a aprendizagem baseada em jogos (game-based learning); a aprendizagem baseada em problemas; a *peer instruction*; a aprendizagem baseada em investigação ou mesmo a aprendizagem baseada em casos.

Precisou o professor, ainda, considerar a geração dos nativos digitais e se adequar ao mundo da cibercultura; teve de estar atento às modificações da lei que se refiram a políticas educacionais; bem como precisou considerar a realidade socioeconômica de seus alunos. Assim é que o próprio mestre, realizando a migração do mundo virtual, passando a entender o contexto da inclusão/exclusão e letramento digital dos alunos. Resta lembrar que a didática precisou se fazer presente em qualquer modalidade de ensino, seja presencial, seja na modalidade à distância.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nesses termos, o direito à educação não se limitou à norma jurídica presente na Constituição Federal e nas leis formais. Também não se resumiu à declaração de bens jurídicos judicialmente tuteláveis, a exemplo da determinação pelos magistrados de que o Estado procedesse à construção de escolas, fornecimento de merendas ou vagas em creches públicas. Não foi suficiente equipar as escolas com microcomputadores, levando em consideração as diferentes realidades sociais de inclusão e exclusão digital.

O direito à educação foi além: adentrou no campo do próprio saber em si, perpassou o âmbito epistemológico do "fazer" educativo, da elaboração de metodologias e execução das referidas práticas. Isso porque não adiantou a presença do professor, da estrutura material, dos bens materiais, se a execução do plano estratégico de ensino se torna ineficaz. O direito à educação teve, então, além de suas outras denotações, a de "didática para a efetividade educacional".

A reflexão que pôde ser realizada a respeito das metodologias ativas trouxe à tona o papel da Didática para a efetividade do ensino-aprendizagem como uma das vertentes do direito à educação no Brasil. É dizer: se antes se falava numa pedagogia que tinha por pressuposto processos educacionais mecânicos e desinteressantes, o desenvolvimento da própria ciência ou estudo dos "fazeres" do "educar" integram a noção de realização dos direitos fundamentais dos educandos.

A pedagogia progressista apresentou as tendências libertadora, libertária e crítico-social dos conteúdos, que contribuíram para a compreensão do conhecimento construído, para relação horizontal entre professor e aluno e para a aprendizagem significativa daquilo que é ensinado.

Das teorias da aprendizagem, o cognitivismo de três vertentes – construtivismo, sociointeracionismo e ensino significativo –, com autores como Jean Piaget, Vigotsky e Ausubel, aprimorou a noção de que o conhecimento de mundo do aluno e a mediação realizada pelo professor são os pontos chaves para que esse educando venha a encontrar reais significados para o que aprende. Essa seria a real função da Psicologia da Educação.

Assim, as metodologias ativas como a aprendizagem baseada em jogos (*game-based learning*), a aprendizagem baseada em problemas, a *peer instruction,* a aprendizagem baseada em investigação ou mesmo a aprendizagem baseada em casos, se são capazes de efetuar uma ação docente efetiva, eficaz, que gere no sujeito de direitos uma evolução ou progressão não só como discípulo de uma turma de sala de aula, mas também de natureza moral, há de se reconhecer que a ciência da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Didática – o campo epistemológico – conseguiu imprimir no campo da materialidade dos direitos fundamentais a sua marca: a cidadania.

Essa cidadania foi prevista como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil no art. 1º, II da Constituição Federal. Trazer a Didática e as metodologias ativas para o próprio campo de discussão do exercício da educação cidadã é colocar em prática o art. 205 da Carta Magna:

> 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 (BRASIL, 1988).

No plano infraconstitucional, o direito à educação da criança e a seu exercício de cidadania são assegurados no artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:
>
> I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
>
> II - direito de ser respeitado por seus educadores;
>
> III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;
>
> IV - direito de organização e participação em entidades estudantis;
>
> V - acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência, garantindo-se vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica.
>
> Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais (BRASIL, 1990).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Conforme já mencionado o *game-based learning*, enquanto metodologia ativa, representa a inserção do aluno no ciberespaço. Fundamenta-se na ideia de jogos educacionais, sendo que eles podem ser jogos digitais, jogos de tabuleiro ou outras modalidades. Os valores da vida são relatados nesses games e a ideia de transposição didática vem à tona: o saber científico é convertido numa forma de significação para a vida do educando, de forma que possa desenvolver processos cognitivos efetivos para a aprendizagem.

Nesses termos, entenda-se o *game-based learning* como uma metodologia ativa muito adequada ao cenário das gerações Z e Alpha, que é o de crianças extremamente bem relacionadas às tecnologias digitais, capazes de ter uma boa experiência de usuário – *customer experience* – com as Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs).

Já a aprendizagem baseada em problemas (*problem-based learning*) "[...] tem como premissa básica o uso de problemas da vida real para estimular o desenvolvimento conceitual, procedimental e atitudinal do discente" (BOROCHOVICIUS; TORTELLA, 2014, p. 268). Essa metodologia prioriza, geralmente, o trabalho em equipe, no qual ocorrerão discussões interdisciplinares. O método é centrado no aluno que, uma vez em contato com uma situação que apresenta um problema, massa ao trabalho de pesquisa.

De acordo com Dourado e Souza (2015), esse método de ensino-aprendizagem se destaca tanto no ensino básico como no ensino superior, sendo que os problemas são utilizados como gatilhos para a aquisição de novos conhecimentos. É bem mais enfatizada a questão da compreensão dos conteúdos do que a mera memorização, e aí está um grande ganho dessa metodologia: representa a ideia daquilo que David Ausubel designou por aprendizagem significativa, aquela que se relacione com a realidade do aluno ou que produza algum significado real em sua vida.

Mencione-se agora a *peer instruction*: trata-se de uma metodologia que foi desenvolvida pelo professor de física da universidade de Harvard Eric Mazur, e que significa que os próprios discentes irão auxiliar uns aos outros em sala de aula, de forma que essa colaboração é que produzirá o aprimoramento individual.

Gitahy et al (2017) indicam que existem ferramentas de interatividade gratuitas que facilitam a colocação em prática dessa metodologia. Os autores indicam o Google Docs, o Plickers, o Kahoot e o Socrative, todos aplicativos que podem ser acessados na internet pelos alunos e pelo professor. Assim, afirmam Gitahy et al (2017, p. 649):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Essas são algumas ferramentas de interatividade gratuitas que podem ser usadas com a metodologia ativa peer instruction para poder inovar e diversificar a educação. Essas ferramentas auxiliam o professor em tomadas de decisão sobre conteúdo abordado em aula. Ajudam as aulas a se tornarem mais atrativas e mais dinâmicas para os estudantes.

Outra metodologia ativa que pode ser mencionada é a aprendizagem baseada em investigação, também conhecida por *inquiry-based learning*. Essa metodologia utiliza o método científico, tendo o professor como mediador do conhecimento. Dessa forma, Canto et al (2018) observam que, uma vez disponibilizado ou concebido um determinado ambiente de pesquisa, com materiais e recursos tecnológicos, passa-se à fase do desenvolvimento de perguntas e análise de dados.

Por último, mencione-se a *case-based learning* ou aprendizagem baseada em casos. Esse método é utilizado em muitas universidades, nas quais os alunos são instigados a lidarem com casos da vida concreta e, em cima de tais situações, devem desenvolver soluções práticas para resolver problemas ou devem elaborar novos estudos com base no modelo referencial.

Uma vez consideradas essas novas metodologias, se contrapostas com os modelos de ensino anteriores, baseados em finalidades de Estado, de ideologia de fé, ou mesmo em interesses de elite, o atual modelo de educação tem o foco na aprendizagem do aluno e no seu desenvolvimento para atuação perante o corpo coletivo. Se no Iluminismo os interesses da burguesia deram prioridade a um ensino individualista, hoje vigora uma noção de ética e fraternidade, responsabilidade social e ambiental.

Assim, o direito educacional pode ser encarado sob dois aspectos: o primeiro, seria o da materialidade do direito fundamental constitucional; o segundo; seria o da epistemologia ou ciência do "ensinar", a didática para a efetividade do ensino-aprendizagem.

8. CONCLUSÃO

Dos fatos narrados, observou-se que o ser humano sempre buscou o saber segundo critérios racionais. Ora essa busca racional se deu com base numa liberdade de pensamento e exercício de crítica, como aconteceu na Grécia Antiga, no Iluminismo e nos tempos atuais, ora a racionalidade está vinculada a um interesse ideológico de um fator real de poder prevalecente que vai subjugar corpos, mentes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

e governos, como ocorreu na Idade Média e nas ditaduras. A educação não fica imune a esses percalços.

A função emancipatória da educação, conforme evidenciado no trabalho, deve ser cada vez mais colocada em evidência, pois o conhecimento existe para o exercício da cidadania, para o ingresso no mercado de trabalho e para a realização de uma vida plena em sociedade. O engajamento de ser estatal, da sociedade civil e do setor empresarial no desenvolvimento de uma educação multinível capaz de proporcionar o crescimento individual dos sujeitos e a evolução das sociedades, com produção de tecnologia e respeito à sustentabilidade.

Assim, as metodologias ativas como a aprendizagem baseada em jogos (*game-based learning*), a aprendizagem baseada em problemas, a *peer instruction,* a aprendizagem baseada em investigação ou mesmo a aprendizagem baseada em casos, quando bem desenvolvidas e postas em prática em sala de aula, cumprem com o objetivo do legislador constituinte que ergueu o direito educacional à condição de direito fundamental social e também cumprem com a função epistemológica da didática como efetividade para um ensino-aprendizagem de qualidade.

Diante dessa realidade é que se torna possível a superação de uma educação tecnicista obsoleta e a construção, tanto no Brasil como nos demais países, do cidadão consciente e responsável por si e pela comunidade em que vive, uma vez que a sua formação o preparou dentro de parâmetros emancipatórios.

9. REFERÊNCIAS

ABRANTES, Elisabeth Sousa. O legado de Heloísa: religião e educação feminina na Baixa Idade Média. In: VIEIRA, Ana Livia B.; ZIERER, Adriana (Org.). **História antiga e medieval**: rupturas, transformações e permanências: sociedade e imaginário. São Luís: Ed. UEMA, 2009. p. 141-150.

ALMEIDA, Wilson Ricardo Antoniassi de. A educação jesuítica no Brasil e o seu legado para a educação da atualidade. **Revista Grifos**, n. 36/37, p. 117-126.

BOROCHOVICIUS, Eli; TORTELLA, Jussara Cristina Barboza. Aprendizagem baseada em problemas: um método de ensino-aprendizagem e suas práticas educativas. **Revista Ensaio: Avaliação e políticas Públicas em Educação**, Rio de Janeiro, v. 22, n.83, abr./jun. 2014. p. 263-294.

BORTOLOTI, Karen Fernanda. **História da educação**. Rio de Janeiro: Seses, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRETTAS, Anderson Claytom Ferreira. Johann Heinrich Pestalozzi, a trajetória e a fundamentação da pedagogia moral (1746/1827). **Revista Profissão Docente**,

Uberaba-MG, v.18, n.39, jul./dez. 2018, p. 415-431.

CANDIDO, Maria Regina. Rupturas e transformações sócio-políticas na pólis de atenas no IV séc. a. C.. In: VIEIRA, Ana Lívia Bomfim; ZIERER, Adriana (org.). **História antiga e medieval**: rupturas, transformações e permanências: sociedade e imaginário. São Luís: Editora UEMA, 2009. p. 337-349.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O círculo e a linha: da "liberdade dos antigos" à "liberdade dos modernos" na teoria republicana dos direitos fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 7-34.

CANTO, Josi Zanette do et al. Ensino de ciências baseado em investigação: uma proposta didática inovadora para o uso de laboratórios on-line em AVEA. **Revista Univap**, São José dos Campos, v. 24, n. 44, jul. 2018, p. 54-63.

DOURADO, L.; S.C. SOUZA. Aprendizagem baseada em problemas (ABP): um método de aprendizagem inovador para o ensino educativo. **Revista Holos**, ano 31, v. 5, 2015, p. 182-200.

GITAHY, Raquel Rosan Christino et al. Peer instruction: metodologia ativa de ensino e aprendizagem e suas ferramentas de interatividade gratuitas. Revista Colloquium Humanarum, v. 14, número especial, jul./dez. 2017, p. 644-650.

LESSA, Fábio de Souza; Fabio Bianchini Rocha. Esporte, religião e a construção da identidade política entre os gregos antigos. In: VIEIRA, Ana Lívia B.; ZIERER, Adriana (org.). **História antiga e medieval**: rupturas, transformações e permanências: sociedade e imaginário. São Luís: Editora UEMA, 2009. p. 155-165.

MACIEL, Lizete Shizue Bomura; SHIGUNOV NETO, Alexandre. O ensino jesuítico no período colonial brasileiro: algumas discussões. **Revista Educar**, Curitiba, n. 31, 2008, p. 169-189.

MORAIS, Edson Elias de. A religião como dispositivo de biopoder: relações de poder no cristianismo contemporâneo. In: Seminário Internacional de Práticas Religiosas No Mundo Contemporâneo (LERR/UEL) 2017, Londrina. Anais... Londrina: UEL, 2017.

PETEAN, Antonio Carlos Lopes. Preconceito e etnocentrismo nas concepções de Michel de Montaigne e Claude Lévi-Strauss. **Revista Vozes dos Vales**, ano I, n. 2, 2012, p. 1-12.

ROCHA, Renata da. O princípio *pro homine* e a Constituição Federal de 1988: uma questão de valor. In: CAVALCANTI, Thais Novaes; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Coord.). **Princípios humanistas constitucionais**: reflexões sobre o humanismo do século XXI. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

ROCHA, Thiago dos Santos. A aplicação do código de defesa do consumidor à relação médico-paciente de cirurgia plástica: visão tridimensional e em diálogo de fontes do *schuld* e *haftung*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SILVA, José Afonso da. Prefácio. In: CAVALCANTI, Thais Novaes; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Coord.). **Princípios humanistas constitucionais**: reflexões sobre o humanismo do século XXI. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

SIQUEIRA, Denise da Costa Oliveira; SIQUEIRA, Euler David de. Etnocentrismo e imaginário nos discursos midiáticos sobre paris. **Revista Conexão – Comunicação e Cultura**, Caxias do Sul, v. 12, n. 23, jan./jun. 2013, p. 155-169.

TÔRRES, Moisés Romanazzi. A academia e a universidade. In: XIMENDES, Carlos Alberto; ZIERER, Adriana (Org.). **História antiga e medieval**: cultura e ensino. São Luís: Ed. UEMA, 2009. p. 295-307.

VIEIRA, Ana Lívia Bomfim. Democracia e desagregação política na Atenas clássica: a corrupção como sintoma. In: VIEIRA, Ana Lívia Bomfim; ZIERER, Adriana (org.). **História antiga e medieval**: rupturas, transformações e permanências: sociedade e imaginário. São Luís: Editora UEMA, 2009. p. 93-100.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A ADMISSIBILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL: SITUAÇÕES DE CONFLITO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, A PARTIR DO ESTUDO DE CASO.

GABRIEL PITHAN DE FRAGA: Oficial do Exército Brasileiro, Bacharel em Direito e Pós-Graduando em Direito Penal e Processual Penal

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito. **Orientador**: Prof. Dr. Paulo Fayet.

RESUMO: O presente trabalho de conclusão de curso tem por finalidade o estudo acerca da admissibilidade da interceptação telefônica como meio de prova no direito processual penal, diante das situações de conflito com os direitos fundamentais do indivíduo, a partir do estudo de caso. Utilizando-se do método indutivo, foram feitas considerações sobre a teoria geral da prova, além de analisar o seu procedimento, os princípios de obtenção e produção probatória, bem como os sistemas de valoração da prova, para que, ao final, fosse possível ponderar sobre a admissibilidade da medida, mesmo quando ilícita, na hipótese de ser utilizada em favor do réu ou da sociedade. Para isso, foi feita uma análise crítica da Lei 9.296/96, que regulamenta o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988, além de discorrer sobre a admissibilidade da interceptação telefônica *pro reo* e *pro societate* e em relação as situações de conflitos com os direitos fundamentais do indivíduo, os quais são relativizados com a aplicação do princípio da proporcionalidade. Ainda, foi realizado um estudo de casos de forma a analisar como a matéria vem sendo tratada pela doutrina e jurisprudência no Brasil. Ao final da pesquisa, verificou-se que a interceptação telefônica, em determinadas situações, se faz necessária por ser o único meio probatório existente, todavia, deve-se haver uma ponderação prévia entre os direitos fundamentais conflitantes, para que não ocorra vícios ou ilegalidades, por se tratar de uma medida de *ultima ratio*.

Palavras-chave: Admissibilidade. Interceptação telefônica. Conflito. Direitos fundamentais. Estudo de caso.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CAPÍTULO I. 2.1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA GERAL DA PROVA. 2.1.1. Conceito de prova. 2.1.2. Fontes de prova. 2.1.3.

Finalidade e objeto da prova. 2.1.4. Meios de prova e meios de obtenção de prova. 2.1.5. Classificação das provas. 2.1.6. Ônus da prova no processo penal. 2.2. PROCEDIMENTO PROBATÓRIO 2.2.1. Proposição da prova. 2.2.2. Admissibilidade da prova. 2.2.3. Produção da prova. 2.2.4. Valoração da prova. 3. CAPÍTULO II. 3.1. PRINCÍPIOS DA OBTENÇÃO E PRODUÇÃO PROBATÓRIA. 3.1.1. Conceito de princípios. 3.1.2. Princípio da comunhão das provas. 3.1.3. Princípio da autorresponsabilidade das partes. 3.1.4. Princípio da oralidade. 3.1.5. Princípio da publicidade. 3.1.6. Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito. 3.1.7. Princípio da proporcionalidade. 3.2. SISTEMAS DE VALORAÇÃO PROBATÓRIA. 3.2.1. Sistema da íntima convicção. 3.2.2. Sistema das provas legais. 3.2.3. Sistema do livre convencimento motivado. 4. CAPÍTULO III. 4.1. A ADMISSIBILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL. 4.1.1. Considerações gerais sobre a interceptação telefônica. 4.1.2. Diferenciação de interceptação, escuta e gravação telefônica. 4.1.3. Análise da Lei 9.296/96 (lei de interceptação telefônica). 4.1.4. A admissibilidade da interceptação pro reo e pro societate. 4.1.5. Situações de conflito com os direitos fundamentais do indivíduo. 4.2. ESTUDO DE CASOS NO BRASIL. .2.1. Operações Asafe e Fratelli. 4.2.2.Operações Castelo de Areia e Suíça. 4.2.3. Operações Navalha, Dallas, Vegas e Monte Carlo. 4.2.4. Operação Trem Pagador. 4.2.5. Operação Negócio da China. 5. CONCLUSÃO. ANEXO A – Lei nº 9.296/1996 (Lei de Interceptação Telefônica). REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Considera-se o seguinte tema: a admissibilidade da interceptação telefônica como meio de prova no direito processual penal: situações de conflito com os direitos fundamentais do indivíduo, a partir do estudo de casos.

A problemática, razão de existência do presente trabalho, encontra-se em analisar as situações de conflito entre a interceptação telefônica e os direitos fundamentais do indivíduo.

A lei nº 9.296/96[1] (Lei de Interceptação Telefônica) veio para regulamentar o inciso XII, parte final, do art. 5º, da Constituição Federal[2], o qual traz uma exceção à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas:

> XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> investigação criminal ou instrução processual penal (grifo do autor).

Ao analisar os requisitos do art. 2º da referida lei, percebemos que se trata de uma medida de caráter excepcional, como último recurso, não sendo admitida nas seguintes hipóteses: "I - não haver 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"[3].

Paralelamente, a interceptação telefônica apresenta algumas peculiaridades que, se não observadas, podem acabar anulando todas as provas dela decorrentes, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada, a qual NUCCI[4] assim define: "quando uma prova for produzida por mecanismos ilícitos, tal como a escuta ilegalmente realizada, não se pode aceitar as provas que daí advenham".

Não obstante, para que a interceptação telefônica seja válida e possa produzir efeitos na esfera jurídica, não basta que cumpra os requisitos impostos pelo art. 2º da Lei de Interceptação Telefônica[5], é preciso que esteja de acordo com os princípios constitucionais para a obtenção e produção probatória, como os princípios da comunhão das provas, da autorresponsabilidade das partes e da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, norteadores do meio de prova no direito processual penal.

A partir das hipóteses de cabimento da interceptação telefônica na investigação criminal e processual penal, surgiram, tanto na doutrina como na jurisprudência, divergências de opiniões sobre o conflito entre a interceptação telefônica e a restrição aos direitos fundamentais à intimidade e ao sigilo das comunicações do indivíduo, com previsão legal no art. 5º, X e XII, respectivamente, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[6].

Dessa forma, busca-se responder com a pesquisa o seguinte questionamento:

Em um conflito entre os direitos fundamentais do indivíduo e a necessidade de interceptação das comunicações telefônicas, qual deve prevalecer?

A partir desse questionamento norteador, desdobram-se alguns outros pontos que merecem debate, tais quais: as hipóteses de cabimento, os requisitos, o prazo e as restrições legais entre a admissibilidade desse meio de prova e as garantias fundamentais do indivíduo.

Essas dúvidas geram grande polêmica e divergência de opiniões entre doutrinadores e magistrados quanto a interpretação do texto legal. Tem-se, por um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

lado, a necessidade de interceptação das comunicações telefônicas, para fins de obtenção de meio de prova na investigação criminal ou instrução processual penal, sendo essa uma ferramenta de suma importância para a obtenção de elementos probatórios quando, por outros meios, não puderem ser alcançados.

Por outro lado, temos os direitos e garantias individuais, como o direito à intimidade e ao sigilo das comunicações do indivíduo, com previsão expressa e sob égide de nossa Constituição Federal[7] como cláusula pétrea, na forma do art. 60, § 4º, IV.

O objeto de pesquisa será alcançado ao chegarmos a um entendimento sobre qual das garantias fundamentais em tela deve prevalecer em caso de conflito, observando sempre seus limites legais e suas consequências jurídicas.

Antes de fazermos uma análise de mérito sobre o tema proposto, serão feitas breves considerações sobre a teoria geral da prova, as etapas do procedimento probatório, uma análise dos princípios da obtenção e produção probatória e dos sistemas de valoração da prova.

Por fim, a partir dos estudos de casos, será possível compreender as hipóteses de admissibilidade da interceptação telefônica e suas consequências, em caso de inobservância dos procedimentos legais, em uma investigação criminal ou instrução processual penal.

2.CAPÍTULO I

2.1BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA GERAL DA PROVA

2.1.1Conceito de prova

Antes de tratar sobre a admissibilidade da interceptação telefônica como meio de prova no direito processual penal, objeto da presente pesquisa, é necessário compreender alguns institutos básicos sobre a prova no processo penal.

Daremos início a esse estudo com o conceito de prova, uma vez que esse termo possui diferentes significados de acordo com a sua aplicação. No direito processual penal, para Guilherme de Souza Nucci[8], "o termo prova origina-se do latim – *probatio* –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação". Eugênio Pacelli[9] suscita que "a prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo".

Para Nucci[10] o termo prova se subdivide em três sentidos, sendo eles:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> a) Ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) Meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) Resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.

Na presente pesquisa iremos dar preferência para o estudo do segundo sentido: o meio de obtenção de prova, uma vez que se trata do emprego da interceptação telefônica na investigação criminal ou instrução processual penal.

Compreendido o conceito de prova e meio de prova, passamos para a análise das fontes probatórias no direito processual penal.

2.1.2Fontes de prova

Em relação as fontes de prova, Renato Brasileiro de Lima[11] conceitua como sendo "tudo aquilo que possa servir para esclarecer alguém acerca da existência de um fato delituoso". O autor ainda refere que "deve se entender que as comunicações telefônicas são fontes de prova, pois é delas que se extrai a comprovação de uma infração penal ou do envolvimento de um agente com o crime".

Aplicando ao caso em tela, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar[12] referem que "o resultado da operação técnica de interceptação telefônica é fonte de prova, enquanto a gravação e as respectivas transcrições formam o documento que, uma vez inserido no processo, será meio de prova".

Feita esta análise, seguiremos para o estudo da finalidade e do objeto da prova.

2.1.3 Finalidade e objeto da prova

Ainda, há a necessidade de diferenciar finalidade de objeto da prova, sendo dois institutos de natureza distinta.

Para Nucci[13], finalidade da prova é "convencer o juiz a respeito da verdade de um fato litigioso. Busca-se a verdade processual, ou seja, a verdade atingível ou possível", já o objeto da prova "é o que precisa ser provado. [...] indubitavelmente, o fato criminoso e todas as suas circunstâncias, destacando-se autoria e materialidade, constituem o principal objeto de prova".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Compreendido tais institutos, se faz necessário diferenciar os meios de prova dos meios de obtenção de prova no processo penal.

2.1.4 Meios de prova e meios de obtenção de prova

Meios de prova, no entendimento de Capez[14], é "tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo. Assim temos: a prova documental, a pericial, a testemunhal, etc". Logo, temos que meios de prova são todos os elementos probatórios utilizados para buscar o convencimento da autoridade policial ou judicial e alcançar a verdade dos fatos.

Existem também os chamados meios de obtenção de prova, que divergem dos meios de prova analisados no parágrafo anterior. A Lei nº 12.850[15], de 2 de agosto de 2013, em seu art. 3º, define os meios de obtenção da prova, para qualquer fase da persecução penal, em rol exemplificativo. São eles:

> Art. 3º. Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:
>
> I - Colaboração premiada;
>
> II - Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;
>
> III - Ação controlada;
>
> IV - Acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;
>
> V - Interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica (grifo do autor);
>
> VI - Afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;
>
> VII - Infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;
>
> VIII - Cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para Renato Brasileiro de Lima[16] os "meios de obtenção de prova ou meios de investigação de prova são, em regra, extraprocessuais. Têm o objetivo de encontrar elementos materiais de provas ou fontes de prova". Aury Lopes Jr.[17] afirma que os meios de obtenção de provas "não são propriamente provas, mas caminhos para chegar-se à prova".

Por outro lado, Távora e Alencar[18] defendem que a interceptação telefônica não se classifica como um meio de prova ou meio de obtenção de prova, mas sim como uma técnica especial de investigação sendo esse um "instrumento distinto daqueles tradicionais (prova documental ou oral), consistente em estratégias que visam melhor apurar crimes graves, com a otimização dos resultados através da criatividade investigativa".

Guilherme Henrique Badaró[19] diferencia meios de prova de meios de obtenção de prova como:

> Enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (p. ex., o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (p. ex.: uma busca e apreensão) são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos.

Logo, percebemos que os meios de obtenção de prova, como o próprio nome já refere, são ferramentas utilizadas para a produção de material probatório.

Dessa forma, podemos classificar a interceptação das comunicações telefônicas como um meio para obtenção de provas, com previsão no inciso V, da Lei 12.850/13[20], por se tratar de um instrumento utilizado para a coleta de provas.

Feita essa diferenciação, passamos para a análise da classificação das prova.

2.1.5 Classificação das provas

A partir da compreensão dos conceitos introdutórios da prova no processo penal, seguimos para análise de suas classificações adequadas ao objeto da pesquisa, sob um ponto de vista doutrinário.

Assim, Capez[21] classifica as provas quanto ao seu objeto, valor, sujeito e forma. Examinaremos agora cada uma dessas subdivisões.

Quanto ao seu objeto, a prova pode ser direta "quando se referir ao próprio fato probando, pois o fato é provado sem a necessidade de qualquer processo lógico de construção"[22], por exemplo: o exame de corpo delito e a testemunha presencial, ou "indireta: quando alcança o fato principal por meio de um raciocínio lógico-dedutivo, levando-se em consideração outros fatos de natureza secundária, por exemplo, no caso de um álibi"[23].

No que se refere ao seu efeito ou valor, a prova será plena quando "necessária para condenação, imprimindo juízo de certeza quanto ao fato"[24] ou será não plena quando "trata-se de prova que traz consigo um juízo de mera probabilidade, vigorando nas fases processuais em que não se exige um juízo de certeza, por exemplo: prova para o decreto de prisão preventiva"[25].

Relativamente ao sujeito, a prova pode ser real, sendo "aquela originada dos vestígios deixados pelo crime [...], não necessariamente no objeto material do crime, mas, sim, em qualquer coisa que tenha vestígios do crime"[26], por exemplo: a arma do crime, o cadáver, etc, ou pessoal "que decorre do conhecimento de alguém em razão do *thema probanum*"[27], por exemplo: o interrogatório do réu e os depoimentos das testemunhas.

Já quanto à forma, a prova será testemunhal quando "resultante do depoimento prestado por sujeito estranho ao processo sobre os fatos de seus conhecimentos pertinentes ao litígio"[28]; documental quando "produzida por afirmação escrita ou gravada, exemplos são as cartas, a fotografia devidamente autenticada, a escritura pública, etc"[29]; material quando "simboliza qualquer elemento que corporifica a demonstração do fato"[30].

Por fim, visando um melhor entendimento sobre o tema proposto, é necessário compreender o instituto do ônus da prova no processo penal.

2.1.6 Ônus da prova no processo penal

Superada a questão da classificação das provas, passamos a analisar o ônus da prova no processo penal. "O termo ônus provém do latim – ônus – e significa carga, fardo ou peso. Assim, ônus da prova quer dizer encargo de provar. Ônus não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

é um dever, pois este é uma obrigação, cujo não cumprimento acarreta uma sanção"[31].

Trata-se de uma ferramenta processual com o objetivo de sustentar a acusação, no caso do autor, ou produzir provas sobre a sua defesa, no caso do réu.

O Código de Processo Penal Brasileiro de 1941[32], refere, em seu art. 156, sobre o ônus da prova. Vejamos:

> 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;
>
> II – Determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A prova de alegação que refere o Código de Processo Penal, é o ônus da prova, e como visto acima, incumbirá a quem a fizer, sendo facultado ao juiz agir de ofício em duas situações particulares. Em regra, o ônus da prova será da acusação, pois esta é quem normalmente inicia o processo penal, porém, em alguns casos, o réu pode chamar esse ônus para si, com o objetivo de formular a sua defesa.

Por fim, após breve explanação sobre alguns conceitos introdutórios da teoria geral da prova estamos aptos a avançar em direção ao estudo da admissibilidade da interceptação telefônica como meio de prova no direito processual penal.

Contudo, ainda há de se analisar alguns princípios constitucionais aplicáveis à interceptação das comunicações telefônicas e aos sistemas de valoração probatória, sendo estes os nossos próximos objetos de estudo.

2.2 PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

O procedimento probatório no Direito Processual Penal se divide em quatro etapas, sendo elas:

2.2.1 Proposição da prova

Na lição de Norberto Avena[33] a proposição é "a fase na qual as provas são requeridas pelas partes ao julgador ou por elas trazidas à sua admissão". Cabe ressaltar que, em regra, essa etapa ocorre no início do processo, com o oferecimento da denúncia ou da queixa-crime pela acusação, e com a defesa prévia da parte acusada, porém, nada impede que sejam propostas ao longo da instrução processual.

Superada esta etapa, passamos para a admissibilidade da prova.

2.2.2 Admissibilidade da prova

Após a propositura da prova, ela passará para a etapa de admissão pela autoridade judicial, conforme prevê o art. 370, do Código de Processo Civil[34]:

> Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.
>
> Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Capez[35] define a admissibilidade da prova como "um ato processual específico e personalíssimo do juiz, que, ao examinar as provas propostas pelas partes e seu objeto, defere ou não a sua produção". Ainda, para o doutrinador, o deferimento da prova é a regra, salvo quando protelatória ou impertinente ao processo.

Admitida a prova no processo penal, seguiremos para a etapa de sua produção.

2.2.3 Produção da prova

Admitida a prova pelo juiz, passará então para a etapa de produção, a qual Távora e Alencar entendem como "a etapa de confecção da prova que foi requerida. Neste momento, a instrução começa a tomar concretude. Serão ouvidas as testemunhas, realizadas as acareações, perícias, etc".

Após a produção da prova em contraditório judicial, passamos para a valoração da mesma pelo magistrado.

2.2.4 Valoração da prova

Por fim, após a aprovação nas etapas anteriores, a prova será apreciada pelo magistrado. Avena[36] refere que "a valoração ocorre, normalmente, no momento da própria sentença, no qual o juiz, utilizando-se de seu livre convencimento e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sempre motivando seu entendimento, apreciará e valorará cada uma das provas realizadas".

O Código de Processo Civil[37], em seu art. 371, assim prevê a apreciação das provas pelo magistrado:

> Art. 371. 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.

Greco Filho[38] refere que "a prova pode ser ilícita em três situações: em virtude da ilicitude do próprio meio, em virtude da imoralidade ou impossibilidade de sua produção e em virtude da ilicitude de sua origem". A Constituição Federal[39], em seu art. 5º, LVI, trata expressamente da última hipótese, considerando "inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

Após a compreensão introdutória da teoria geral da prova e do procedimento probatório, avançamos para o estudo dos princípios aplicáveis à obtenção e produção da prova no processo penal e dos sistemas de valoração probatória.

3.CAPÍTULO II

3.1 PRINCÍPIOS DA OBTENÇÃO E PRODUÇÃO PROBATÓRIA

3.1.1 Conceito de princípios

Passamos a analisar os princípios aplicáveis à prova no processo penal brasileiro. Princípio jurídico, para Nucci[40] indica "uma ordenação que se irradia e imanta os sistemas de normas, servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo".

Dentre os diversos princípios existentes no ordenamento jurídico brasileiro, examinaremos agora os aqueles aplicáveis a produção de provas no processo penal, sendo eles: princípio da comunhão das provas, princípio da autorresponsabilidade das partes, princípio da oralidade, princípio da publicidade, princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito e princípio da proporcionalidade.

3.1.2 Princípio da comunhão das provas

Trata-se de um dos princípios basilares da teoria geral da prova no processo penal, também chamado de princípio da aquisição processual. Norberto Avena[41],

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

assim o define: "uma vez trazidas aos autos, as provas não mais pertencem à parte que as acostou, mas sim ao processo, podendo, desse modo, ser utilizadas por quaisquer dos intervenientes, seja o juiz, sejam as demais partes".

Logo, tal princípio impede que uma das partes utilize determinada prova apenas em seu proveito, ainda que por ela tenha sido apresentada aos autos. As provas pertencem ao processo e servem de instrumentos para o convencimento da autoridade judicial, em benefício ou prejuízo para as partes.

Compreendido tal princípio, passamos para a análise da autorresponsabilidade das partes no processo penal.

3.1.3 Princípio da autorresponsabilidade das partes

O princípio da autorresponsabilidade das partes, na visão de Gonçalves e Reis[42] "atribui às partes o ônus de produzir prova de suas alegações, estabelecendo que elas terão de arcar com as consequências processuais de eventual omissão". Desse modo, as partes se tornam responsáveis por tudo aquilo que alegarem no curso do processo.

Feita esta análise, prosseguimos para o estudo do princípio da oralidade.

3.1.4 Princípio da oralidade

Além de orientar o processo nos Juizados Especiais, conforme dispõe o art. 2º, da Lei nº 9.099/95[43], o princípio da oralidade também rege a prova no processo penal, sendo definido por Capez[44] como "a predominância da palavra falada (depoimentos, debates, alegações); os depoimentos são orais, não podendo haver a substituição por outros meios, como as declarações particulares".

Ainda, para Nestor e Távora[45], do princípio da oralidade decorrem os princípios da concentração e da imediatidade, definido por eles como:

> Do princípio da oralidade, decorre o princípio da concentração, buscando-se centralizar a produção probatória em audiência única, ou no menor número delas (art. 400, § 1°, CPP), e o princípio da imediatidade, aproximando o magistrado do contexto probatório, com as provas produzidas perante a autoridade. Além deles, averbou-se no ordenamento o princípio da identidade física do julgador, de sorte que o magistrado que preside a instrução é necessariamente aquele que irá julgar o processo, salvo as exceções legalmente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> contempladas, como promoção, aposentadoria, dentre outras (art. 399, § 2°, CPP).

Paralelamente, temos o princípio da publicidade, o qual será analisado a seguir.

3.1.5 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade, previsto no art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal/88[46], o qual refere que "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem".

Não obstante, Paulo Rangel[47] define a publicidade dos atos processuais como "integrantes do devido processo legal e representa uma das mais sólidas garantias do direito de defesa, pois a própria sociedade tem interesse em presenciar e/ou conhecer a realização da justiça".

Trata-se, portanto, de um princípio de ampla atuação, pois se aplica não só à teoria geral da prova, mas a todo direito processual penal.

Ainda, para uma melhor compreensão da admissibilidade das provas no processo penal, analisaremos o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito.

3.1.6 Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito

O princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, assim como os princípios anteriores, também se encontra expresso na CF/88[48], em seu art. 5º, inciso LVI, que suscita "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

No que se refere a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, Renato Brasileiro[49] explica que:

> A Constituição Federal desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), 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. Não se trata de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> nulidade da prova, mas de sua não aceitação nos autos do processo.

Desse princípio decorre a teoria dos frutos da árvore envenenada, ou prova ilícita por derivação, que, segundo Nucci[50] ocorre "quando uma prova for produzida por mecanismos ilícitos, tal como a escuta ilegalmente realizada, não se pode aceitar as provas que daí advenham".

Tal teoria se fundamenta no art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal[51], onde prevê que "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".

Todavia, a doutrina entende haver uma exceção a esse princípio, sendo a prova obtida por meio ilícito em benefício do réu. SILVA[52] defende que "se for possível ao acusado demonstrar sua inocência através de uma prova obtida ilicitamente, certamente ela poderá ser utilizada no processo". Para o autor, o direito à liberdade prepondera sobre a inadmissibilidade da prova ilícita, denominando-o de princípio da proporcionalidade em benefício do acusado.

Ainda, não obstante os argumentos jurídicos para a utilização de provas obtidas por meio ilícito em favor do acusado, há também que se levar em consideração o princípio da primazia da realidade, pois não seria lógico ou razoável restringir a liberdade de uma pessoa sabendo que esta é inocente.

Por fim, faremos a análise do princípio da proporcionalidade.

3.1.7 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, não possui previsão expressa no texto constitucional, mas encontra-se de forma implícita em seus artigos ao exigir dos agentes a adoção de condutas razoáveis e a ponderação entre normas e princípios conflitantes.

Fernando Capez[53] define o referido princípio como "um mecanismo de harmonização, no caso de princípios constitucionais contrastantes, que submete o princípio de menor relevância ao de maior valor social'.

Apesar de não haver previsão constitucional, o princípio da proporcionalidade encontra-se expresso na Lei nº 9.784[54], de 29 de janeiro de 1999, em seu art. 2º, que menciona: "a administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência" (grifo do autor).

Mendonça[55], por sua vez, refere que tal princípio "justifica-se em casos de excepcional gravidade, com o fim de impedir que a injustiça se concretize apenas pela observância de procedimentos legais".

Para Raboneze[56] "os interesses e valores em questão são sopesados, admitindo-se, em certos casos, a prova obtida por meios ilícitos, quando houver valores constitucionalmente relevantes postos em confronto".

Em contrapartida, Duclerc[57] aduz sobre a referida teoria ser "uma porta larga para a banalização dos direitos e garantias individuais e um atentado à própria presunção de inocência".

Compreendidos os princípios que regem a prova no processo penal brasileiro, prosseguiremos para o estudo dos sistemas de valoração probatória.

3.2 SISTEMAS DE VALORAÇÃO PROBATÓRIA

Távora e Alencar[58] conceituam os sistemas de valoração probatória ou de apreciação da prova como "a transparência no ato de julgar, revelando o porquê do convencimento que seu ensejo ao provimento jurisdicional, funcionando como fator de conformação das partes e de fiscalização do órgão judicante".

Serão analisados os três sistemas existentes, sendo eles: os sistemas do livre convencimento, da íntima convicção e das provas legais.

3.2.1 Sistema da íntima convicção

Na visão de Nucci [59], o sistema de íntima convicção ou da certeza moral do juiz é "o método concernente à valoração livre ou à íntima convicção do magistrado, significando não haver necessidade de motivação para suas decisões", para o autor, esse é o sistema que prevalece no Tribunal do Júri, uma vez que os jurados não motivam o voto.

Feita a compreensão, passamos para o sistema das provas legais.

3.2.2 Sistema das provas legais

O sistema das provas legais, também conhecido por sistema da certeza moral do legislador ou da prova tarifada, é conceituado por Pacelli[60] como um sistema que "instituiu um modelo rígido de apreciação da prova, no qual não só se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

estabelecia certos meios de prova para determinados delitos, como também se valorava cada prova antes do julgamento".

Ainda, se faz necessário a compreensão do sistema do livre convencimento motivado.

3.2.3 Sistema do livre convencimento motivado

Por sua vez, o sistema do livre convencimento ou da persuasão racional, está previsto no art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal[61], o qual menciona:

> Art. 155. 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, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Na visão de Norberto Avena[62], a partir da redação do art. 155, *caput*, do CPP, o sistema do livre convencimento motivado:

> Não limita o juiz aos meios de prova regulamentados em lei, caracteriza-se pela ausência da hierarquia entre os meios de prova e exige, para fins de condenação, que as provas nas quais se fundar o juiz, tenham sido produzidas em observância às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Para Távora e Alencar[63] trata-se do "sistema reitor no Brasil, estando o juiz livre para decidir e apreciar as provas que lhe são apresentadas, desde que o faça de forma motivada".

Após o estudo dos princípios aplicáveis à obtenção e produção probatória, bem como dos sistemas de valoração da prova, podemos prosseguir para a análise da admissibilidade da interceptação telefônica como meio de prova no processo penal e, ao final, veremos as situações de conflito com os direitos fundamentais do indivíduo, a partir do estudo de casos.

4. CAPÍTULO III

4.1 A ADMISSIBILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

4.1.1 Considerações gerais sobre a interceptação telefônica

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para uma melhor compreensão das hipóteses de admissibilidade da interceptação telefônica, se faz necessário conhecer seu conceito, natureza jurídica, requisitos, prazo, entre outros aspectos relevantes para a adoção da medida.

Assim, Renato Brasileiro de Lima[64] define a interceptação telefônica como "o ato de captar a comunicação telefônica alheia, tendo conhecimento do conteúdo de tal comunicação. É da essência da interceptação a participação de um terceiro, que passa a ter ciência do conteúdo de uma comunicação telefônica alheia".

De outro modo, Vasconcelos[65] conceitua a medida como um "instrumento processual de coleta de provas, de âmbito restrito, cuja legitimidade passa, irrefutavelmente, pelo crivo do judiciário".

São sujeitos na interceptação telefônica: os interlocutores, sem que haja o conhecimento/consentimento da interceptação, e um interceptador, sendo esse um terceiro estranho à conversa.

Quanto a sua natureza jurídica, Távora e Alencar[66] defendem que:

> A interceptação telefônica, no seu viés pragmático, é medida cautelar probatória (referente à prova). Por intermédio de seu procedimento, são apreendidos elementos fonéticos que constituem a conversa telefônica, pelo que se cuida de um meio de apreensão imprópria (não há propriamente apreensão, mas gravação que viabilizam sua fiel reprodução, possibilitando assim seu conhecimento).

Na visão de Renato Brasileiro[67], a interceptação telefônica "funciona como medida cautelar processual, no sentido de por ela se apreenderem os elementos fonéticos que formam a conversação telefônica".

O Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, por meio da resolução nº 59[68], de 9 de setembro de 2008, classifica a interceptação telefônica como uma "medida cautelar sigilosa".

Avolio[69] conceitua os dois requisitos que justificam a adoção da interceptação telefônica. Quanto ao *fumus comissi delicti* "a autoridade concessora da medida deve dispor de elementos seguros da existência de um crime, de extrema gravidade, que ensejaria o sacrifício da privacidade". Já em relação ao *periculum libertatis* "deve ser considerado o risco ou prejuízo que dá não realização da medida resultar para a investigação ou instrução processual".

Quanto ao momento de sua realização, Greco Filho[70] classifica a interceptação telefônica como antecedente "quando realizada antes do processo penal", por exemplo a sua adoção no inquérito policial, e como incidental "realizada depois de instaurado o processo penal. Nesse caso, o contraditório dar-se-á a posteriori, mediante a possibilidade de ser a prova contraditada antes da sentença".

Feitas algumas considerações gerais sobre a interceptação telefônica, avançaremos para a diferenciação entre a interceptação, a escuta e a gravação.

4.1.2 Diferenciação de interceptação, escuta e gravação telefônica

Outra questão que se faz necessária a compreensão antes da análise do tema proposto pela pesquisa é a diferenciação entre interceptação, escuta e gravação telefônica.

Renato Brasileiro[71] esclarece a diferença entre os três institutos, sendo:

> Não se deve confundir interceptação com escuta telefônica, nem tampouco com gravação telefônica. A interceptação ocorre sem o conhecimento dos interlocutores, ou seja, nenhum deles tem consciência de que o conteúdo da comunicação está sendo captado por um terceiro; na escuta telefônica, um dos interlocutores tem conhecimento da ingerência de um terceiro na comunicação; a gravação telefônica é a captação feita diretamente por um dos comunicadores, sem a interveniência de um terceiro.

Para Luiz Flávio Gomes[72] "é da essência da interceptação, no sentido legal, a participação de um terceiro. Nela, existe sempre uma ingerência alheia, externa, no conteúdo da comunicação, captando-se o que está sendo comunicado".

Portanto, podemos dizer que na interceptação telefônica há uma captura da comunicação por parte de um terceiro alheio à conserva, sem o conhecimento dos interlocutores. Já a escuta telefônica ocorre também por meio de um terceiro estranho à conversa, porém com o consentimento de um dos interlocutores.

Já na gravação telefônica a captura das informações se dá por meio de um dos dois interlocutores, sem o conhecimento do outro. Cabe ressaltar que somente nesse último caso não é necessária a autorização judicial.

Ainda, para que não haja equívoco na interpretação da lei de interceptação telefônica, cabe ressaltar que existem também as modalidades de interceptação,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

escuta e gravação ambiental. Estas, por sua vez, diferem da modalidade telefônica pelo fato de serem realizadas no ambiente da conversa, sem utilizar um aparelho de telefonia, ou seja, acaba sendo um instituto mais amplo, pois capta o som de todos que estão naquele ambiente.

Gomes[73] conceitua tais modalidades como:

> a) Interceptação ambiental: é a captação de uma comunicação no próprio ambiente dela, por um terceiro, sem conhecimento dos comunicadores; b) escuta ambiental: é a captação de uma comunicação, no ambiente dela, feita por terceiro, com o consentimento de um dos comunicadores; c) gravação ambiental: é a captação no ambiente da comunicação feita por um dos comunicadores (ex.: gravador, câmeras ocultas, etc).

Para o autor, são objetos da Lei 9.296/96 apenas a interceptação em sentido estrito e a escuta telefônica, pois somente nessas duas hipóteses há comunicação telefônica e um terceiro interceptador.

Assim sendo, prosseguiremos para uma análise crítica da Lei nº 9.296/96 (lei de interceptação telefônica).

4.1.3 Análise da Lei 9.296/96 (lei de interceptação telefônica)

A lei nº 9.296/96[74] veio para regulamentar as hipóteses de interceptação das comunicações telefônicas, trazendo as hipóteses de cabimento, requisitos, prazo, competência, sanções, entre outras determinações legais.

A referida lei, em seu art. 1º, expõe sobre a abrangência da interceptação telefônica, sendo permitida para prova em investigação criminal e em instrução processual penal de qualquer natureza.

Não obstante, o mesmo artigo traz um requisito fundamental para a imposição da interceptação: a autorização judicial, devendo ser concedida pelo juiz da ação principal. Ainda, suscita que a interceptação telefônica correrá sob segredo de justiça.

Para Greco Filho[75] "quando se refere "de qualquer natureza" está querendo dizer que não importa o meio empregado ou o sistema de escuta, o que se preserva é a comunicação entre as pessoas".

Já o seu art. 2º estabelece as hipóteses em que não será admitida a interceptação telefônica, sendo elas: (a) não houver indícios razoáveis da autoria ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

participação em infração penal; (b) a prova puder ser feita por outros meios disponíveis e (c) o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Greco Filho[76] faz uma crítica quanto a redação negativa dos requisitos da interceptação telefônica uma vez que "pode dar a entender que a interceptação seja a regra, ao passo que, na verdade, a regra é o sigilo e aquela, a exceção". Para o autor, meios disponíveis "são os existentes no momento em que é solicitada a interceptação".

Ainda no art. 2º, em seu parágrafo único, dispõe acerca da necessidade de definição clara e delimitada sobre o objeto da investigação, bem como da indicação e qualificação dos investigados. Todavia, esse dispositivo não é absoluto, havendo uma exceção ao final do texto legal em caso de impossibilidade manifesta e justificada de não conseguir preencher tais indicações.

Para Cabette[77] "exige-se, portanto, uma individualização do fato investigado e dos sujeitos passivos da interceptação".

O art. 3º refere sobre a competência exclusiva do magistrado para determinar a interceptação telefônica, a qual poderá ser de ofício ou a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público.

Nesse sentido, Silva[78] entende "ser inconstitucional o magistrado, de ofício, determinar a realização da interceptação, pois, pelo sistema acusatório, o juiz está impedido de investigar durante a fase policial".

Cabe ressaltar que a autoridade policial poderá requerer apenas para o procedimento de investigação criminal. Já o representante do Ministério Púbico poderá pleitear tanto na investigação criminal como na instrução processual penal.

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3450 e 4112[79] assim questionam a possibilidade de o magistrado determinar de ofício a interceptação telefônica na fase de investigação criminal:

> As ações questionam o artigo 3º da Lei Federal 9.296/1996, a fim de lhe excluir a interpretação que permite ao juiz, na fase de investigação criminal, determinar de ofício a interceptação de comunicações telefônicas. O procurador-geral da República afirma que "a iniciativa da interceptação pelo juiz, na fase que antecede a instrução processual penal, ofende o devido processo legal na medida em que compromete o princípio da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> imparcialidade que lhe é inerente, e vai de encontro ao sistema acusatório, porque usurpa a atribuição investigatória do Ministério Público e das Polícias Civis e Federais". Em discussão: saber se o dispositivo impugnado viola o princípio do devido processo legal, o princípio da imparcialidade da instrução processual penal e o sistema acusatório. PGR: pela procedência do pedido, para que seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do artigo 3º da Lei Federal 9.296/1996, excluindo-se-lhe a interpretação que permite ao juiz, na fase pré-processual penal, determinar de ofício a interceptação de comunicações telefônicas (grifo do autor).

Nesse sentido, Greco Filho[80] traz dois conceitos importantes sobre o juízo de admissibilidade da interceptação telefônica, o "juízo provisório de legalidade, feito pelo juiz que decidiu pela interceptação" e o "juízo definitivo de legalidade, realizado pelo magistrado do julgamento do processo penal".

Ainda, o autor refere que "apesar de autorizada pelo juiz, ao final a prova pode ser considerada ilícita, se demonstrado que não estavam presentes os requisitos constitucionais e legais".

A obrigatoriedade de fundamentação para a decretação da interceptação telefônica encontra-se expressa no art. 4º, o qual exige também a indicação dos meios a serem empregados, restringindo a sua execução.

O parágrafo primeiro do referido artigo traz a exceção de admissão do pedido da medida de forma verbal, porém necessita cumprir os pressupostos legais que autorizam a interceptação e a concessão pelo magistrado será reduzida a termo.

Já o segundo parágrafo estabelece o prazo máximo de 24 horas para a autoridade judiciária decidir sobre o pedido.

Gomes[81] entende que "a necessidade da medida está atrelada ao periculum in mora, sendo este um pressuposto que autoriza a interceptação, juntamente com o fumus boni iuris. Sem tais pressupostos, não pode haver autorização judicial".

O art. 5º, por sua vez, traz a exigência de fundamentação na decisão do magistrado, sob pena de nulidade, e da menção à forma da diligência. Ainda, o referido artigo estabelece o prazo de 15 dias para a sua duração, podendo ser prorrogado uma vez por igual período, havendo indispensabilidade do meio de prova.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sobre a fundamentação, Cabette[82] refere:

> Não raramente o juiz terá não somente de ater-se aos requisitos legais, mas também complementá-los devido às suas lacunas, fazendo um trabalho axiológico, sopesando os valores e bens jurídicos em choque, para correta aplicação do princípio da proporcionalidade.

Em relação ao prazo máximo da medida, o autor traz à baila a divergência doutrinária e jurisprudencial entre "a possibilidade de renovação da medida apenas uma vez ou a sua reiteração indeterminada, de acordo com o prudente arbítrio do juiz, na determinação de continuar sendo necessária".

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em decisão nos Habeas Corpus 120.027 e 106.129, entendeu ser possível sucessivas prorrogações da interceptação telefônica em caso de complexidade da investigação:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CONHECIMENTO. OPERAÇÃO POLICIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS. CABIMENTO. COMPLEXIDADE DA INVESTIGAÇÃO. DEFERIMENTO DE MEDIDA INVESTIGATIVA. POSTERIOR DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA. VALIDADE. JUÍZO APARENTE. INOVAÇÃO ARGUMENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME. RISCO DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 1. Não se admite habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional, sob pena de desvirtuamento das regras e prazos processuais, peremptoriamente previstos em lei. 2. É possível a prorrogação do prazo de autorização para interceptação telefônica, ainda que sucessivamente, especialmente quando, em razão do número de fatos e investigados, o caso seja dotado de complexidade que demande uma investigação diferenciada, profícua e contínua. 3. Segundo a teoria do juízo aparente, não há nulidade na medida investigativa deferida por magistrado que, posteriormente, vem a declinar da competência por motivo superveniente e desconhecido à época da autorização judicial. 4. Caracteriza-se indevida supressão de instância o enfrentamento de argumento não analisado pela instância a quo. 5. Habeas corpus não conhecido, revogando-se a liminar anteriormente deferida. (STF-HC 120.027, Rel. Min. MARCO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, DJe 18/2/2016) (grifo do autor).

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. CRIMES DE TORTURA, CORRUPÇÃO PASSIVA, EXTORSÃO, PECULATO, FORMAÇÃO DE QUADRILHA E RECEPTAÇÃO. EVENTUAL ILEGALIDADE DA DECISÃO QUE AUTORIZOU A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E SUAS PRORROGAÇÕES POR 30 (TRINTA) DIAS CONSECUTIVOS. NÃO OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE SE PRORROGAR O PRAZO DE AUTORIZAÇÃO PARA A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA POR PERÍODOS SUCESSIVOS QUANDO A INTENSIDADE E A COMPLEXIDADE DAS CONDUTAS DELITIVAS INVESTIGADAS ASSIM O DEMANDAREM. PRECEDENTES. DECISÃO PROFERIDA COM A OBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS PREVISTAS NA LEI DE REGÊNCIA (LEI Nº 9.296/96, ART. 5º). ALEGADA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE DETERMINOU E INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DO PACIENTE. QUESTÃO NÃO SUBMETIDA À APRECIAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA NÃO ADMITIDA. PRECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. 1. É da jurisprudência desta Corte o entendimento de ser possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessiva, especialmente quando o fato é complexo, a exigir investigação diferenciada e contínua (HC nº 83.515/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Nelson Jobim, DJ de 4/3/05). 2. Cabe registrar que a autorização da interceptação por 30 (dias) dias consecutivos nada mais é do que a soma dos períodos, ou seja, 15 (quinze) dias prorrogáveis por mais 15 (quinze) dias, em função da quantidade de investigados e da complexidade da organização criminosa. 3. Nesse contexto, considerando o entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da possibilidade de se prorrogar o prazo de autorização para a interceptação telefônica por períodos sucessivos quando a intensidade e a complexidade das condutas delitivas investigadas assim o demandarem, não há que se falar, na espécie, em nulidade da referida escuta e de suas prorrogações, uma vez que autorizada pelo Juízo de piso, com a observância das exigências previstas

> na lei de regência, Lei nº 9.296/96, art. 5º. (STF-HC 106.129, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe 26/03/2012) (grifo do autor).

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça em decisão do Habeas Corpus 76.686 concluiu pela impossibilidade de renovações sucessivas. Vejamos:

> HABEAS CORPUS. COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. SIGILO. RELATIVIDADE. INSPIRAÇÕES IDEOLÓGICAS. CONFLITO. LEI ORDINÁRIA. INTERPRETAÇÕES. RAZOABILIDADE. 1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer". 2. Foi por meio da Lei nº 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional – e bem explícito – em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação – "renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova". 3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las. 4. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano). 5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade. 6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito. (STJ-HC 76.686, Rel. Min. NILSON NAVES, Sexta Turma, DJe 10/11/2008) (grifo do autor).

Encontra-se aguardando julgamento no Supremo Tribunal Federal[83] o recurso extraordinário 625.263, interposto no ano de 2010, o qual trata de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

repercussão geral e discute a possibilidade de se renovar sucessivamente a autorização telefônica para fins de investigação criminal, sem limite definido de prazo:

> O RE 625263 foi interposto pelo Ministério Público Federal (MPF) contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, ao conceder habeas corpus, anulou todas as provas obtidas a partir de escutas telefônicas que duraram mais de dois anos, ininterruptamente, em investigação criminal realizada no Paraná. Segundo o relator do recurso extraordinário, ministro Gilmar Mendes, a questão discutida no processo é constitucional e "transcende interesses meramente particulares e individuais das partes envolvidas no litígio, restando configurada a relevância social, econômica e jurídica da matéria". Ao votar pela existência de repercussão geral no caso, o relator ressaltou que "a solução a ser definida por este Tribunal balizará não apenas este recurso específico, mas todos os processos em que se discute o tema". Ele lembrou ainda que a "jurisprudência tem se manifestado sobre o assunto, admitindo, em algumas hipóteses, a possibilidade de renovação do prazo das interceptações telefônicas". Ainda segundo o MPF, a decisão do STJ "abriu espaço" para a invalidação de centenas de operações policiais que investigaram organizações criminosas e delitos complexos em todo o território brasileiro por meio de escutas que tenham durado mais de 30 dias. No recurso, o MPF pede a anulação da decisão do STJ e o reconhecimento da validade das interceptações telefônicas e das provas delas decorrentes.

Porém, o mesmo Superior Tribunal de Justiça, nos recursos HC 132.788, Rel. Min. Sebastião Reis, 6ª turma, julgado em 27.11.2012, HC 152.092, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª turma, julgado em 08.06.2010, e RHC 28.794, Rel. Min Laurita Vaz, 5ª turma, julgado em 13.12.2012, concluiu pela possibilidade de sucessivas prorrogações da interceptação telefônica quando o fato for complexo e exigir uma investigação diferenciada e contínua.

Na lição de Greco Filho[84] "a lei não limita o número de prorrogações possíveis, devendo entender-se, então, que serão tantas quantas necessárias a investigação, mesmo porque 30 dias pode ser prazo muito exíguo".

A competência para realização da interceptação telefônica encontra-se prevista no art. 6º, o qual determina caber à autoridade policial conduzi-la, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

Gomes[85] reitera que "o que a lei exige é a ciência ao Ministério Público. Já o acompanhamento é facultativo. A falta de ciência ao parquet conduz, apenas, a uma nulidade relativa".

Em seu parágrafo primeiro, há a obrigatoriedade de transcrição nos casos em que a diligência possibilite a gravação da comunicação interceptada. Nesse sentido, Silva[86] aduz que "sem a gravação e a transcrição, as pessoas que participaram do procedimento da interceptação poderão ser ouvidas como testemunhas indiretas, sendo que o Juiz dará a essa prova o valor que merecer".

O parágrafo segundo estabelece o procedimento que deverá ser seguido pela autoridade policial após o término da diligência, sendo o envio do resultado da interceptação ao magistrado que a determinou, acompanhado do auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

Paralelamente, seu parágrafo terceiro dispõe sobre a ação do juiz após receber os elementos da interceptação e da ciência indispensável do Ministério Público.

O art. 7º trata da possibilidade da autoridade policial requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público. Cabette[87] esclarece que "feita a requisição, não poderá ser negada a sua execução, sob pena de desobediência (art. 330 do Código Penal), assim como deverá ser preservado o sigilo por aqueles que tenham conhecimento da medida".

Já o art. 8º refere sobre o procedimento de apensação da interceptação aos autos do inquérito policial ou do processo criminal e ressalta o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Nesse contexto, Greco Filho[88] defende que "o que não se admite, em nenhuma hipótese, é que sejam extraídos trechos acompanhados por comentários de pessoa não identificada".

Seu parágrafo único traz algumas hipóteses para a realização da apensação antes do relatório da autoridade, caso de inquérito policial, ou na conclusão do processo ao juiz para despacho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por outro lado, o art. 9º trata da gravação que não interessar à prova, a qual será inutilizada pelo magistrado, durante a instrução ou após esta, por meio de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Sobre o assunto, Greco Filho[89] suscita que "da decisão que determina, ou não, em caráter definitivo, a inutilização, cabe para as partes o recurso de apelação, com fundamento no art. 593, II, do CPP".

Gomes[90] defende que "não somente a gravação, senão tudo que não interessa à prova deve ser inutilizado (ou destruído, quando possível). Do contrário, sempre haverá risco para a privacidade dos comunicadores".

A tutela do referido artigo é em relação ao direito à intimidade dos locutores e ao sigilo das comunicações. Nesse sentido, o autor refere que embora o art. 9º tenha utilizado o verbo inutilizar (tornar inútil, imprestável), devemos tê-lo com o sentido de "destruir", sempre que possível.

Em seu parágrafo único, suscita sobre o incidente de inutilização das gravações que não interessam ao processo, o qual será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

Por fim, o art. 10º traz o crime de realizar interceptação telefônica, ou quebrar segredo de justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, o qual comina a pena de dois a quatro anos de reclusão, e multa.

Para Gomes[91], o artigo em questão garante "o direito de expressar o pensamento de maneira reservada, privada, sigilosa, não sendo lícito a ninguém, em princípio, imiscuir-se ou intrometer-se na comunicação alheia".

Nesse sentido, Cabette[92] afirma que "presente a autorização judicial o fato não é punível, mesmo que essa autorização venha a ser reformada posteriormente. O que importa é a sua existência no momento da interceptação".

Ainda, o autor aduz que "realizada a interceptação sem autorização judicial, não importará que posteriormente haja autorização. A conduta é criminosa no momento em que se operou, não podendo convalidar-se com decisão judicial ulterior".

Por outro lado, Greco Filho[93] defende a possibilidade de realização da interceptação telefônica sem autorização judicial, uma vez que o dispositivo legal não exige uma *prévia* autorização judicial. Vejamos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> "Sem autorização judicial" significa a realização da interceptação, independente da decisão judicial prevista na lei e por meio do procedimento nela previsto. Mas, atente-se que o dispositivo não exige previa autorização judicial, do qual se depreende que, se realizada a interceptação sem ela, se obtida posteriormente, deixa de existir a infração. Contudo, a autoridade que proceder a interceptação contando com posterior autorização judicial fá-lo-á por sua conta e risco, sabendo que a negativa a coloca em situação incriminatória.

Não obstante, o doutrinador[94] refere sobre as características da interceptação em face de terceiro e de fatos não previstos:

> Interceptação em face de terceiros e de fatos não previstos: daqueles que se comunicam com o sujeito passivo da interceptação e de fatos criminosos que não fundamentaram a interceptação e que surgem por ocasião dela. A validade da interceptação em face de terceiros ocorre desde que relacionada com o fato que a justificou. Os Interlocutores não envolvidos estão protegidos pelo sigilo das conversas, cuja violação é sancionada penalmente pela própria lei. Já a interceptação de fatos não previstos pode desde que a infração possa ser ensejadora da interceptação, ou seja, não se encontre entre as proibições do art. 2º e que seja o fato relacionado com o primeiro. Uma vez legitimamente autorizada em face de alguém em virtude de fato criminoso, admite sua utilização em outros delitos (punidos com reclusão) relacionados com o primeiro.

Após análise da lei que rege as interceptações telefônicas no Brasil, seguiremos para o estudo da admissibilidade da interceptação *pro reo* e *pro societate*.

4.1.4 A admissibilidade da interceptação *pro reo e pro societate*

A admissibilidade da interceptação telefônica na investigação criminal e em instrução processual penal ocorre a partir de uma interpretação positiva do art. 2º, da Lei de Interceptação Telefônica[95], que refere:

> Art. 2° Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> 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.

Dessa forma, temos como requisitos de admissibilidade das interceptações: (a) indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; (b) a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e (c) o fato investigado constituir infração penal punida com reclusão.

O Conselho Nacional de Justiça, editou a resolução nº 59[96], de 9 de setembro de 2008, como forma de regulamentar o procedimento de interceptação de comunicações telefônicas, especificando quanto a sua distribuição e encaminhamento, recebimento pela autoridade policial ou judicial, deferimento, expedição de ofícios às operadoras, das obrigações das operadoras de telefonia, entre outras ações.

Dessa forma, não será admitida a interceptação telefônica na investigação ou no processo penal quando esta for ilícita, ou seja, quando violar alguma norma ou princípio constitucional.

Nesse sentido, Capez[97] define as provas ilícitas como "aquelas produzidas com violação a regras de direito material, ou seja, mediante a prática de algum ilícito penal, civil ou administrativo". O autor cita como exemplo a interceptação telefônica realizada sem autorização judicial.

A própria lei de interceptação telefônica[98], em seu art. 5º, refere que "a decisão será fundamentada, sob pena de nulidade" e, em seu art. 10, que "constitui crime realizar interceptação de comunicação telefônica, ou quebrar segredo de justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei".

Nucci [99] define a admissibilidade da prova ilícita *pro societate* como "na dúvida, em fazer da sociedade, sendo essa uma medida mais didática do que legal".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Esse instituto defende a admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos em benefício da sociedade.

Na lição de Mendonça[100] "o membro do Ministério Público, titular do *ius puniendi*, estaria autorizado a postular pela condenação com base em provas obtidas ilicitamente, desde que amparado pelo princípio da proporcionalidade". Cabe ressaltar que, ainda assim, trata-se de uma medida de caráter excepcional, em meio a um conflito entre direitos e garantias fundamentais.

Por outro lado, temos a admissibilidade da prova ilícita *pro reo* que, segundo Brasileiro[101], se trada da "possibilidade de utilização de prova ilícita no processo quando ela for produzida em benefício do acusado". O autor entende ainda que "o direito de defesa e o princípio da presunção de inocência devem preponderar no confronto com o direito de punir".

Para Cabette[102] "esse posicionamento garante a consecução de um dos fins mais importantes do processo penal, senão o mais relevante, qual seja, o de preservar o inocente de uma condenação injusta".

Ainda, Pacelli[103] ao suscitar sobre as provas ilícitas *pro reo* defende que:

> Mesmo quando a prova for obtida por terceiros ou mesmo sem a existência da necessidade (porque ainda não iniciada a persecução penal, por exemplo), ela poderá ser validamente aproveitada no processo, em favor do acusado, ainda que ilícita a sua obtenção. E assim é porque o seu não aproveitamento, fundado na ilicitude, ou seja, com a finalidade de proteção do direito, constituiria um insuperável paradoxo: a condenação de quem se sabe e se julga inocente, pela qualidade probatória da prova obtida ilicitamente.

Dessa forma, percebemos a controvérsia de entendimentos sobre a admissibilidade das provas ilícitas *pro reo* e *pro societate*, cabendo uma ponderação, no caso concreto, entre tal instituto e os direitos fundamentais do indivíduo, tema que será analisado no próximo capítulo.

4.1.5 Situações de conflito com os direitos fundamentais do indivíduo

Por fim, diante da necessidade de adoção da interceptação telefônica em uma investigação criminal ou instrução processual penal, estaremos diante de, no mínimo, dois direitos em conflito, sendo eles: o direito de persecução penal do Estado, em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

prol da sociedade, e o direito à intimidade do indivíduo, o qual será o sujeito passivo da interceptação telefônica.

Nesse caso, deve haver uma ponderação entre tais direitos para que não haja excessos ou injustiças para ambos os lados, a partir da utilização dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, os quais foram abordados nos capítulos anteriores.

Oliveira[104] define o direito à intimidade como "aquele que preserva o ser humano da sua vida particular e seus pensamentos mais secretos do conhecimento de outras pessoas e do Estado, reserva a própria vivência da pessoa".

Para Greco Filho[105], a intimidade é "conceito cultural, variando no tempo e no espaço, mantendo-se, porém, como fundamento para a incriminação do atual art. 10 da Lei 9.296/96.

Como instrumentos acessórios para uma ponderação de direitos, temos a previsão do direito à intimidade em alguns diplomas legais, tais como: a Constituição Federal de 1988, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Código Penal Brasileiro, a Lei de Interceptação Telefônica, a Lei do Marco Civil na Internet, entre outros.

A Constituição Federal de 1988[106], em seu art. 5º, XII, traz como regra a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, excetuando para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, por ordem judicial.

Percebe-se, portanto, que se trata de uma norma genérica, com uma eficácia limitada, pois necessita de uma lei para estabelecer tais hipóteses, formas e limites.

Nesse sentido, a Lei de Interceptação Telefônica[107], define a competência, legitimidade, hipóteses, requisitos, forma, prazo, entre outros aspectos para a adoção de tal medida.

Porém, ainda com tais restrições, por haver uma discricionariedade do magistrado na aplicação, ou não, da interceptação telefônica, acaba dando margem a divergência de opiniões acerca do conflito com os direitos fundamentais do indivíduo.

O Código Penal Brasileiro[108], por sua vez, tipifica em seu art. 151, § 1º, II, o delito de violação de comunicação telegráfica, radiográfica ou telefônica, nos seguintes termos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica
>
> II - Quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas;
>
> III - Quem impede a comunicação ou a conversação referidas no número anterior;
>
> IV - Quem instala ou utiliza estação ou aparelho radioelétrico, sem observância de disposição legal.
>
> § 2º - As penas aumentam-se de metade, se há dano para outrem.
>
> § 3º - Se o agente comete o crime, com abuso de função em serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico:
>
> Pena - detenção, de um a três anos.
>
> § 4º - Somente se procede mediante representação, salvo nos casos do § 1º, IV, e do § 3º.

Não obstante, a proteção ao direito à intimidade ainda encontra respaldo na Declaração Universal dos Direitos Humanos[109], a qual refere:

> Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Por fim, a Lei nº 12.965[110], de 23 de abril de 2014 (Lei do Marco Civil da Internet), em seu art. 10, traz a proteção aos registros, dados pessoais e comunicações privadas, nos seguintes termos:

> Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> § 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no **caput**, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.
>
> § 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

Para Greco Filho[111] "o referido diploma equipara-se às comunicações telefônica, porque envolvem a transmissão de pensamento entre duas pessoas, merecendo o sigilo em respeito à privacidade ou intimidade".

Assim, uma interceptação telefônica fora dos limites legais ou eivada de vício, além ir contra todos os diplomas acima referidos, se enquadra no crime do art. 10, da Lei de Interceptação Telefônica[112], o qual suscita:

> Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Diante de tal tipificação, Greco Filho[113] classifica o sujeito passivo da interceptação como "a pessoa que fala e não o titular foral do direito de uso da linha. Daí a possibilidade de interceptação telefônica em linha pública, aberta ao público ou de entidade pública".

SILVA[114] questiona o conflito entre a utilização da interceptação telefônica e os direitos e garantias individuais como:

> No caso de uma interceptação telefônica ilicitamente obtida em desfavor de uma pessoa acusada de um crime gravíssimo, como a extorsão mediante sequestro, ocasião na qual está em risco tanto a vida, a saúde, a segurança e o patrimônio de alguém. O que seria mais importante nessa ocasião: a privacidade ou os demais direitos e garantias individuais? É certo que nesse caso a interceptação telefônica poderia ser

> autorizada pelo juiz. Mas, e se a prova que incriminasse os sequestradores fosse a interceptação de uma correspondência, que, segundo parte da doutrina e jurisprudência, não pode ser interceptada mesmo com autorização judicial? E se a interceptação telefônica fosse feita por um detetive particular? Seria razoável não condenar pessoas perigosas e perniciosas à sociedade em atenção à proibição da utilização da prova ilicitamente obtida?

Todavia, trata-se de um exemplo extremo e menos polêmico, uma vez que há violação aos principais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, direitos de 1ª dimensão, como os direitos à vida, à saúde e à liberdade. Por outro lado, há casos em que o conflito ocorre entre o direito à privacidade e os direitos econômicos, por exemplo, sendo esses direitos de 2ª dimensão, havendo maior divergência de opiniões.

Ainda que a prova obtida por meios ilícitos seja admitida no processo, não impedirá a persecução penal do autor que a colheu. Na visão de SILVA[115] "uma coisa é a utilização dessa prova judicialmente, outra é a apuração da prática delitiva devido à sua obtenção".

Após análise da matéria que envolve a admissibilidade da interceptação telefônica como meio de prova no direito processual penal, passamos ao estudo da sua aplicabilidade no caso concreto.

4.2 ESTUDO DE CASOS NO BRASIL

Compreendidas as hipóteses e restrições da admissibilidade da interceptação telefônica no processo penal, bem como das situações e formas de solução em um conflito com os direitos fundamentais do indivíduo, verificaremos como o tema é tratado pela jurisprudência a partir do estudo de caso.

Serão analisadas as consequências da violação das hipóteses de admissibilidade da interceptação telefônica nas seguintes operações:

4.2.1 Operações Asafe e Fratelli

Operações anuladas por interceptação telefônica deferida com ausência de fundamentação e sucessivas prorrogações de prazo.

a) Operação Asafe

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

"A Operação Asafe, deflagrada em 2010 pela Polícia Federal, tinha por objetivo a investigação de formação de quadrilha e corrupção passiva em esquema relacionado à venda de sentenças em tribunais do Mato Grosso"[116].

"As investigações focavam esquemas de tráfico de drogas. Quando o conteúdo dos grampos foi analisado, passou-se a investigar um possível esquema de venda de sentenças. O caso foi repassado ao STJ em razão da prerrogativa de função"[117].

"Em primeira instância, a 2ª Câmara considerou legítimas as prorrogações das interceptações telefônicas, referindo-se à complexidade dos delitos e ao número de envolvidos"[118].

"Em recurso ao STJ, a 6ª Turma, desproveu o HC, consignando inexistir mácula e que as medidas foram determinadas por juízo competente até a descoberta de indícios do cometimento de infrações por pessoas com foro"[119].

Todavia, o Min. Marco Aurélio, do STF, em sede de HC 145.211/MT[120], entendeu por "ausente de fundamentação a decisão que autorizou a interceptação telefônica" nos seguintes termos:

> HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E CORRUPÇÃO PASSIVA. OPERAÇÃO ASAFE. NULIDADE PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE RISCO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO FLAGRANTE. ORDEM DENEGADA, REVOGADA A LIMINAR. Falta de fundamentação da decisão por meio da qual instaurado o inquérito nº 558 e, na sequência, implementada a quebra de sigilo telefônico, tendo-a como excessiva, em virtude das sucessivas prorrogações.

Nesse sentido, surge a afronta ao art. 93, IX, da Constituição Federal[121], que trata do livre convencimento motivado do juiz:

> IX. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Com a referida decisão, o processo continua suspenso, porém, as investigações encerraram com a anulação da interceptação telefônica e das provas dela derivadas.

b) Operação Fratelli

"A Operação Fratelli, deflagrada em 2008, foi uma investigação conjunta do Gaeco, MPF e PF para apurar fraudes em licitações ligadas à chamada Máfia do Asfalto"[122].

"De acordo com os promotores do Gaeco, foram analisados 1.570 processos de licitação em 78 prefeituras. Inicialmente, haviam indícios de que teriam sido fraudados pelo menos 680 licitações em 62 municípios"[123].

Contudo, o Min. Celso de Mello, do STF, em julgado do HC 129.646/SP[124], classificou como "provas ilícitas as sucessivas interceptações telefônicas, determinadas em decisões desprovidas de fundamentação juridicamente idônea". Vejamos:

> INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. SUCESSIVAS PRORROGAÇÕES. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE, PORÉM, DE A DECISÃO QUE AS AUTORIZA POSSUIR FUNDAMENTAÇÃO JURIDICAMENTE IDÔNEA, SOB PENA DE NULIDADE. IMPRESTABILIDADE DO ATO DECISÓRIO QUE, DESPROVIDO DE BASE EMPÍRICA IDÔNEA, RESUME-SE A FÓRMULAS ESTEREOTIPADAS CONSUBSTANCIADAS EM TEXTOS PADRONIZADOS REVESTIDOS DE CONTEÚDO GENÉRICO. AUSÊNCIA DE EFICÁCIA PROBANTE DAS INFORMAÇÕES RESULTANTES DE PRORROGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA POR DECISÃO DESTITUÍDA DE FUNDAMENTAÇÃO SUBSTANCIAL. PRECEDENTES. A QUESTÃO DA ILICITUDE DA PROVA: TEMA IMPREGNADO DE ALTO RELEVO CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL DE QUALQUER PESSOA DE NÃO SER INVESTIGADA, ACUSADA, PROCESSADA OU CONDENADA COM BASE EM PROVAS ILÍCITAS (HC 93.050/RJ, REL. MIN. CELSO DE MELLO – RHC 90.376/RJ, REL. MIN. CELSO DE MELLO, v.g.). Inadmissibilidade da sua produção em juízo ou perante qualquer instância de poder. Discussão em torno da ilicitude por derivação ("fruits of the poisonous tree"). Doutrina. Precedentes. Relevo jurídico da pretensão cautelar. Configuração do estado de "periculum in

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> mora". Pedido de reconsideração deferido. Medida cautelar concedida (STF, HC 129.646/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 06.03.2017).

Em relação aos empresários, o ministro referiu que "as medidas de busca e apreensão, condução coercitiva e prisão temporária foram todas fundamentadas na interceptação telefônica, o que as torna provas ilícitas por derivação"[125].

Por outro lado, segundo os advogados dos empresários "a quebra do sigilo telefônico foi deferida em 2008 e mantida por mais de dois anos sem a necessária fundamentação"[126].

Dessa forma, percebemos a vulnerabilidade da adoção da interceptação telefônica na persecução penal, pois da mesma forma que pode fornecer elementos de grande valor probatório ao processo, por outro lado, poderá acarretar a nulidade da investigação se feita fora dos limites legais.

4.2.3 Operações Castelo de Areia e Suíça

Operações anuladas por interceptação telefônica baseada em denúncia anônima não submetida à investigação preliminar.

a) Operação Castelo de Areia

"A Operação Castelo de Areia foi deflagrada pela Polícia Federal em março de 2009 para apurar suspeitas de superfaturamento e lavagem de dinheiro envolvendo a Camargo Corrêa, empreiteira responsável por grandes obras pelo país"[127].

"Por investigar um esquema de corrupção envolvendo políticos e empreiteiras é considerada antecessora da Operação Lava Jato"[128].

A investigação resultou em dez mandados de prisão, 16 (dezesseis) mandados de busca e apreensão, três ações penais e uma ação por improbidade administrativa.

Todavia, em 05 de abril de 2011, o julgado da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, da 6ª Turma do STJ, anulou a operação, com argumento de que denúncia anônima não poderia embasar investigações. Vejamos:

> HABEAS CORPUS. "OPERAÇÃO CASTELO DE AREIA". DENÚNCIA ANÔNIMA NÃO SUBMETIDA À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. DESCONEXÃO DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA MEDIDA CAUTELAR. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS. OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO FORMAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE MOTIVOS IDÔNEOS. BUSCA GENÉRICA DE DADOS. As garantias do processo penal albergadas na Constituição Federal não toleram o vício da ilegalidade mesmo que produzido em fase embrionária da persecução penal. A denúncia anônima, como bem definida pelo pensamento desta Corte, pode originar procedimentos de apuração de crime, desde que empreendida investigações preliminares e respeitados os limites impostos pelos direitos fundamentais do cidadão, o que leva a considerar imprópria a realização de medidas coercitivas absolutamente genéricas e invasivas à intimidade tendo por fundamento somente este elemento de indicação da prática delituosa. A exigência de fundamentação das decisões judiciais, contida no art. 93, IX, da CR, não se compadece com justificação transversa, utilizada apenas como forma de tangenciar a verdade real e confundir a defesa dos investigados, mesmo que, ao depois, supunha-se estar imbuída dos melhores sentimentos de proteção social. Verificada a incongruência de motivação do ato judicial de deferimento de medida cautelar, in casu, de quebra de sigilo de dados, afigura-se inoportuno o juízo de proporcionalidade nele previsto como garantia de prevalência da segurança social frente ao primado da proteção do direito individual. Ordem concedida em parte, para anular o recebimento da denúncia da Ação Penal nº 2009.61.81.006881-7 (STJ, HC 137.349/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 30.05.2011) (grifo do autor).

"A decisão foi inédita, contrariando a jurisprudência da corte, cujo entendimento anterior, em 33 (trinta e três) decisões, permitiam investigação a partir de denúncias anônimas"[129].

No mesmo sentido, Rodrigo Haidar[130], em seu artigo, entende que:

> As provas do processo se originaram a partir da autorização da Justiça que deu senhas para policiais federais acessarem bancos de dados de empresas telefônicas, o que foi considerado irregular. A decisão foi tomada por três votos a um. A ministra Maria Thereza de Assis Moura e os desembargadores convocados Celso Limongi e Haroldo Rodrigues entenderam que as provas que embasaram a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> denúncia que nasceu da operação são nulas. Apenas o ministro Fernandes considerou a operação legal. O desembargador Limongi considerou a quebra do sigilo determinada pela Justiça Federal de São Paulo com o fornecimento de senhas para policiais federais acessarem os dados de quaisquer assinantes das companhias telefônicas "destituída de fundamentação". De acordo com Celso Limongi, uma denúncia anônima deve servir para que as autoridades policiais busquem indícios do crime relatado anonimamente e, só no caso de os encontrarem, pedir a quebra de sigilo para a Justiça. A PF respondeu, então, que o pedido foi feito de forma genérica de forma proposital, para que não houvesse vazamento de informações. O desembargador considerou surpreendente a resposta da PF e a anuência do Ministério Público. "Pior ainda é o acolhimento [pelo juiz] do pedido completamente desfundamentado", afirmou. "O Judiciário não é mero assistente do desenrolar do processo", disse Limongi. "A abrangência do deferimento concedendo, indiscriminadamente, senhas foi uma autorização geral, em branco, servindo para a quebra de sigilo de qualquer número de telefone, dando ensejo a verdadeira devassa na vida dos suspeitos e de qualquer pessoa", afirmou o desembargador (grifo do autor).

Com o referido julgado, a operação, que tinha como prova principal a interceptação telefônica, ruiu. Todavia, "abriu as portas" para diversas outras investigações na área de superfaturamento e lavagem de dinheiro, como exemplo da Operação Lava Jato.

b) Operação Suíça

Operação Suíça foi uma "polêmica investigação da Polícia Federal, deflagrada em 2005, sobre suposto esquema de evasão de divisas e lavagem de dinheiro envolvendo executivos e diretores do banco Credit Suisse"[131].

Em nota, a Polícia Federal alega que o banco estaria "captando clientes interessados em abrir e movimentar contas bancárias numeradas no exterior, em especial na Suíça, a fim de amparar remessas não autorizadas de divisas"[132].

Entretanto, da mesma forma da Operação Castelo de Areia, o Min. Sebastião Reis Júnior, da 6ª Turma do STJ, considerou como ilegais as escutas telefônicas

realizadas durante a operação por terem sido fundadas apenas em denúncia anônima. Vejamos:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. FALTA DE CABIMENTO. OPERAÇÃO SUÍÇA. DENÚNCIA ANÔNIMA. ILICITUDE DA PROVA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. NULIDADE NÃO EVIDENCIADA.
>
> [...] 4. O Supremo Tribunal Federal assentou ser possível a deflagração da persecução penal pela chamada denúncia anônima, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial. Precedente (HC nº 108.147/PR, Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 10/02/2013). 6. No caso em exame, foi a denúncia anônima o gatilho deflagrador da investigação. A autoridade policial teve ciência dos fatos por meio de telefonema e, depois, obteve descrição mais pormenorizada sobre o modo de agir dos supostamente envolvidos mediante mensagens trocadas por e-mail com pessoa que se manteve desconhecida. 7. Conquanto a notícia anônima em si mesma não fosse vaga, pois trazia detalhes das negociações feitas por pessoas ligadas a determinada instituição financeira, narrando, em oito oportunidades, por escrito, fatos e apontando elementos que podiam, a princípio, corroborar as ações tidas como criminosas, sem um mínimo de base empírica, não era possível a queima de etapas para, de pronto, se determinar a quebra de sigilo das comunicações telefônicas dos delatados. 8. Não obstante a gravidade dos fatos narrados na denúncia anônima, não houve o cuidado de se fazer uma prévia averiguação. Nem a Polícia, nem o Ministério Público, muito menos os magistrados poderiam ter-se deixado aturdir com as persuasivas mensagens, porquanto provenientes de pessoa que, categoricamente, não quis se identificar, mesmo após o investigador haver mencionado que sua identidade seria preservada. 9. Devidamente demonstrado nos autos que houve ilegalidade em dar início a interceptações telefônicas com base tão somente em documentos apócrifos. 11. Improcedente a alegação de incompetência da autoridade judicial, ante a precedência da distribuição do feito em questão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

(STJ – HC 131.225/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 27.08.2013) (grifo do autor).

Para a Ministra Cármen Lúcia, em decisão monocrática, "ficou devidamente demonstrado nos autos que houve ilegalidade em dar início a interceptações telefônicas com base tão somente em documentos apócrifos"[133].

Assim, seguindo o mesmo desfecho da Operação Castelo de Areia, as investigações foram encerradas com a anulação da interceptação telefônica e das provas dela provenientes, por falta de investigação preliminar da denúncia anônima.

Fazendo uma análise crítica dos casos em tela, percebemos que a autorização da interceptação telefônica fundada em uma denúncia anônima não verificada preliminarmente afronta o direito à intimidade dos investigados, uma vez que a Polícia Federal possuía amplo acesso ao banco de dados de empresas telefônicas, por tempo indeterminado.

Além de violar o prazo limite da interceptação telefônica, previsto no art. 5º da Lei 9.296/96, a medida acaba ferindo a privacidade dos interlocutores, pois não havia um objetivo determinado ou restrições para a medida, contrariando também o art. 2º, parágrafo único, da referida lei.

Desse modo, ainda que se trate de uma medida de grande eficácia nas investigações criminais e instruções processuais penais, deve ser realizada com cautela para que não haja excessos que podem acabar prejudicando toda a investigação.

4.2.4 Operações Navalha, Dallas, Vegas e Monte Carlo

Operações anuladas por interceptação telefônica deferida por juízo incompetente.

a) Operação Navalha

"A Operação Navalha, deflagrada em 2007 pela Polícia Federal, visou desbaratar esquemas de corrupção relacionados à contratação de obras públicas feitas pelo Governo Federal"[134].

"Tal investigação descobriu uma suposta organização criminosa voltada para a prática de crimes contra o sistema financeiro nacional, fraudes a licitações, peculato, tráfico de influência, corrupção ativa e passiva, entre outros delitos"[135].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

"A operação resultou na prisão do conselheiro do Tribunal de Contas Flávio Conceição. As investigações demonstraram um esquema de corrupção liderado por Zuleido Veras, com ramificações em Sergipe e em outros estados"[136].

Porém, em 06 de março de 2016, a Min. Cármen Lúcia, do STF, em decisão do inquérito 3.732/DF[137], entendeu ser nula a interceptação telefônica determinada por autoridade judicial incompetente. Vejamos:

> INQUÉRITO. DENÚNCIA CONTRA DEPUTADO FEDERAL. CRIME DE TRÁFICO DE INFLUÊNCIA (ART. 332 DO CP). OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA POR JUIZ INCOMPETENTE, DE ACORDO COM O ART. 102, INC. I, AL. B, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DO ART. 1° DA LEI N. 9.296/1996. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PELA EXISTÊNCIA DE INDICAÇÃO CLARA E OBJETIVA EM RELATÓRIO DA POLÍCIA FEDERAL DE POSSÍVEL PARTICIPAÇÃO DE MINISTRO DO TRIBUNAL DE CONTAS E, POSTERIORMENTE, DE MEMBRO DO CONGRESSO NACIONAL. NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. ILICITUDE DAS PROVAS DERIVADAS DA INTERCEPTAÇÃO ILICITAMENTE REALIZADA POR AUTORIDADE JUDICIAL INCOMPETENTE. CONFIGURAÇÃO DA HIPÓTESE DO ART 395, INC. III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DENÚNCIA REJEITADA. 2. A prova encontrada, fortuitamente, durante a investigação criminal é válida, salvo se comprovado vício ensejador de sua nulidade. 3. Nulidade da interceptação telefônica determinada por autoridade judicial incompetente, nos termos do art. 102, inc. I, al. b, da Constituição da República e do art. 1.º da Lei n. 9.296/1996. 5. Contaminação das provas produzidas, por derivação, por não configuradas as exceções previstas no § 1° e no § 2° do art. 157 do Código de Processo Penal. 6. Denúncia rejeitada, por não estar comprovada, de forma lícita, a existência de justa causa para o exercício da ação penal, caracterizando a hipótese prevista no art. 395, inc. III, daquela lei processual (STF – Inquérito 3.732, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 09.03.2016) (grifo do autor).

Para a ministra, a nulidade se deu pelo fato de que o juízo da Segunda Vara Criminal da Seção Judiciária da Bahia tinha conhecimento da possível participação

do Ministro do Tribunal de Contas da União em evento considerado criminoso antes do deferimento da interceptação telefônica. Vejamos:

> Tem-se, portanto, que no curso de investigação policial para apurar a prática de crimes contra a Administração Pública, foi encaminhado ao Juízo da Segunda Vara Criminal da Seção Judiciária da Bahia, em 18.5.2006 (fls. 122-153), relatório da Polícia Federal no qual já se indicava, de forma clara e objetiva, a possibilidade de ter havido a participação de Ministro do Tribunal de Contas da União em evento considerado criminoso. Apesar disso, em 19.5.2006, o Juízo da Segunda Vara Criminal da Seção Judiciária da Bahia deferiu o requerimento de interceptação telefônica e, por conseguinte, o prosseguimento das investigações que lastrearam a denúncia de fls. 3 a 11, a partir de conversas captadas no mês de agosto de 2006 e demais diligências trazidas a este inquérito para comprovação do delito imputado, em tese, ao denunciado.

b) Operação Dallas

"A Operação Dallas, deflagrada pela Polícia Federal em 2011, apurou irregularidades no Porto de Paranaguá como desvio de carga, lavagem de dinheiro, formação de quadrilha e fraude em licitações"[138].

"A 7ª Turma do TRF da 4ª Região declarou nulas as provas obtidas por meio de interceptações telefônicas e de e-mails, bem como as obtidas durante busca e apreensão, por incompetência da Vara Federal Criminal de Paranaguá (PR)"[139].

Para o Desembargador Federal Néfi Cordeiro, relator do HC, "o juízo competente é a 3ª Vara Federal Criminal de Curitiba, especializada em crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem de dinheiro"[140].

Ainda, "a 6ª Turma do STJ manteve decisão que anulou escutas telefônicas e colheita de provas da Operação Dallas, por serem autorizadas por juízo incompetente para processar e julgar o caso"[141].

O Ministro Og Fernandes, em sede de Habeas Corpus 225.316 - PR[142], discorreu sobre a preclusão da alegação de incompetência em momento inoportuno. Vejamos:

> HABEAS CORPUS. INCOMPETÊNCIA DE TURMA CRIMINAL. PREVENÇÃO. NULIDADE RELATIVA ALEGADA PELO

> MINISTÉRIO PÚBLICO EM MOMENTO INOPORTUNO. PRECLUSÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. De acordo com a jurisprudência firmada por esta Corte de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, eventual nulidade pela inobservância da regra de prevenção não é absoluta, mas relativa, cujo reconhecimento está condicionado à alegação no momento processual oportuno e à demonstração do prejuízo suportado pela parte, sob pena de preclusão. 2. A questão inclusive foi objeto de súmula no Supremo Tribunal Federal, editada sob o n. 706, prevendo: "É relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção". 3. No caso em apreço, observa-se que não obstante o Ministério Público ter sustentado a prevenção da 8ª Turma Criminal para a apreciação da impetração originária, tal alegação foi apresentada inoportunamente, ou seja, após o julgamento do writ - quando já contrariado o interesse do Parquet - e em sede de embargos de declaração. 4. Não se pode olvidar que o Ministério Público, ainda que atue como custos legis, deve obedecer as regras processuais, pois, do contrário, sua inércia ou intempestividade pode levá-lo a ser atingido pelo instituto da preclusão. 5. Ordem concedida, para suspender os efeitos do acórdão prolatado nos embargos de declaração, restaurando o acórdão proferido pela 7ª Turma Criminal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no Habeas Corpus n. 0007307-70.2011.404.0000/PR (STF – HC 225.316/PR. Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 25/09/2013) (grifo do autor).

c) Operações Vegas e Monte Carlo

"As operações Vegas e Monte Carlo foram deflagradas pela Polícia Federal em 2008 e 2009, tendo como objeto a exploração ilegal de jogos e como principal investigado Carlos Augusto Ramos, conhecido como Carlinhos Cachoeira"[143].

"As interceptações telefônicas, autorizadas pelo juízo de primeira instância, revelaram as relações de Cachoeira com diversos políticos, entre eles Demóstenes Torres, que, em 2012, foi indiciado no Inquérito 3430 no STF"[144].

"O problema é que Demóstenes foi alvo de escutas nas operações Vegas e Monte Carlo, iniciadas em 2008, e o STF só foi informado um ano depois, apesar da PF escrever relatórios à parte sobre autoridades com prerrogativa de função"[145].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A Procuradoria-Geral da República, em Manifestação de nº 204662/2016[146] referiu que Demóstenes "não era investigado nas Operações Vegas e Monte Carlo, somente sendo alvo de inquérito no Supremo Tribunal Federal, a partir de indícios nas investigações por meio das interceptação telefônicas devidamente autorizadas".

A 6ª Turma do STJ manteve o andamento da ação penal por considerar "justificável que os investigadores tenham demorado a informar o STF"[147]. Por maioria, o colegiado entendeu que "a simples interceptação de diálogos de pessoa com prerrogativa de foro, que conversa com um investigado, não gera a conclusão automática de que a autoridade participa de atividade criminosa".

"Desde o início das investigações, a defesa alega nulidade das interceptações, afirmando que as interceptações telefônicas foram feitas sem a autorização do STF, foro competente para processar e julgar o então parlamentar"[148].

O Min. Sebastião Reis Júnior, do STJ, em sede de HC 307.152/GO[149], discorreu sobre as consequências da remessa imediata de toda e qualquer investigação, nos seguintes termos:

> A remessa imediata de toda e qualquer investigação, em que noticiada a possível prática delitiva de detentor de prerrogativa de foro, ao órgão jurisdicional competente não só pode implicar prejuízo à investigação de fatos de particular e notório interesse público, como, também, representar sobrecarga acentuada dos tribunais, a par de, eventualmente, engendrar prematuras suspeitas sobre pessoa cujas honorabilidade e respeitabilidade perante a opinião pública são determinantes para a continuidade e o êxito de suas carreiras políticas.

Posteriormente, em contrapartida, a 2ª Turma do STF acolheu parcialmente o Recurso Ordinário em HC 135.683[150] no sentido de invalidar as interceptações telefônicas, sob argumento de terem sido determinadas por juízo incompetente. Vejamos:

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA E ADVOCACIA ADMINISTRATIVA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS REALIZADAS EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. OPERAÇÃO VEGAS. SURGIMENTO DE INDÍCIOS DO ENVOLVIMENTO DE SENADOR DA REPÚBLICA, DETENTOR DE PRERROGATIVA DE FORO, EM FATOS

> CRIMINOSOS EM APURAÇÃO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR ORIGINARIAMENTE A CAUSA (CF, ART. 102, I, B E C). NECESSIDADE DE IMEDIATA REMESSA DOS AUTOS À CORTE. NÃO OCORRÊNCIA. USURPAÇÃO DE SUA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL CONFIGURADA. PROSSEGUIMENTO DAS INVESTIGAÇÕES EM PRIMEIRO GRAU. TENTATIVA DE ARRECADAR MAIORES ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO POR VIA OBLÍQUA SEM A AUTORIZAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL (CF, ART. 5º, LIII). OPERAÇÃO MONTE CARLO. SURGIMENTO DE INDÍCIOS DO ENVOLVIMENTO DE DETENTOR DE PRERROGATIVA DE FORO NOS FATOS EM APURAÇÃO. Sobrestamento em autos apartados dos elementos arrecadados em relação ao referido titular de prerrogativa. Prosseguimento das diligências em relação aos demais investigados. Desmembramento caraterizado. Violação de competência exclusiva da corte, juiz natural da causa. Invalidade das interceptações telefônicas relacionadas ao recorrente nas Operações Vegas e Monte Carlo e das provas diretamente delas derivadas. Teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree*). Precedentes. Recurso parcialmente provido (STF – Recurso Ordinário em HC 135.683. Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 25/10/2016) (grifo do autor).

Por fim, o Min. Dias Toffoli[151] entendeu que "desde o início das investigações já havia indícios do possível envolvimento de políticos de expressão nacional com foro por prerrogativa de função e que o Ministério Público tinha ciência desses fatos". Ainda, o ministro considerou "uma ofensa ao STF a tese de que enviar investigações à corte prejudicaria o trabalho das investigações".

4.2.5 Operação Trem Pagador

Operação anulada por interceptação telefônica deferida para investigação de crimes punidos com pena de detenção.

"A Operação Trem Pagador, deflagrada em 2012 pelo MPF/GO e pela Polícia Federal, investigou o empresário José Francisco das Neves, conhecido como "Juquinha", ex-presidente da empresa pública Valec"[152].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

"Juquinha era suspeito de usar os filhos e a esposa como "laranjas" para ocultar patrimônio possivelmente obtido com o produto dos crimes de peculato e de licitação praticados no exercício da presidência da Valec, entre 2003 e 2010"[153].

"Conforme a denúncia, os prejuízos aos cofres públicos chegam a quase R$ 900 mil. O esquema funcionava com a emissão, por parte da Valec, de termos aditivos contratuais superfaturados por jogo de planilha e sem justificativas técnicas"[154].

Entretanto, a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região considerou "ilegais as escutas telefônicas e provas delas derivadas, pois investigavam o crime de fraude em licitação, punido com pena de detenção, e não de reclusão, contrariando o art. 2º, III, da Lei 9.296/96"[155]. Ainda, segundo o relator, "as provas necessárias ao deslinde das investigações poderiam ser obtidas por outros meios".

"Em primeira instância, as interceptações telefônicas haviam sido autorizadas por serem consideradas fundamentais para investigar a fraude em licitações e os indícios de apropriação de dinheiro público"[156].

4.2.6 Operação Negócio da China

Operação anulada por extravio do material obtido a partir das interceptações telefônicas, impossibilitando o acesso ao seu conteúdo por parte da defesa.

"A Operação Negócio da China, deflagrada em 2008 pela Polícia Federal, investigava suspeitas de contrabando, sonegação de impostos e lavagem de dinheiro pelo Grupo Casa & Vídeo, empresa de varejo do Rio de Janeiro"[157].

"Segundo a defesa, os dados foram apagados pela PF, sem que os advogados, o Ministério Público ou o Judiciário os conhecessem ou exercessem qualquer controle ou fiscalização sobre eles, contrariando o art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96"[158].

A Min. Assusete Magalhães, do STJ, em sede de HC 162.662/RJ, considerou "ilegal a destruição do material obtido a partir das interceptações, pois estas não podem servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, para que haja o exercício da ampla defesa"[159]. Vejamos:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO E TELEMÁTICO AUTORIZADA JUDICIALMENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA COM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES. PRESENÇA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DA PRÁTICA DELITUOSA. INDISPENSABILIDADE DO MONITORAMENTO DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI DOS DELITOS. CRIMES PUNIDOS COM RECLUSÃO. ATENDIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 2º, I A III, DA LEI 9.296/96. LEGALIDADE DA MEDIDA. AUSÊNCIA DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRALIDADE DA PROVA PRODUZIDA NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E TELEMÁTICA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA PARIDADE DE ARMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. X. Apesar de ter sido franqueado o acesso aos autos, parte das provas obtidas a partir da interceptação telemática foi extraviada, ainda na Polícia, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, com omissão de alguns áudios. XI. A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova. XII. Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório – constitucionalmente garantidos –, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas. XIII. É certo que todo o material obtido por meio da interceptação telefônica deve ser dirigido à autoridade judiciária, a qual, juntamente com a acusação e a defesa, deve selecionar tudo o que interesse à prova, descartando-se, mediante o procedimento previsto no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, o que se mostrar impertinente ao objeto da interceptação, pelo que constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações autorizadas, realizada pela Polícia Judiciária, tal como ocorreu, subtraindo-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> se, do Juízo e das partes, o exame da pertinência das provas colhidas (STJ – HC 160.662/GO. Rel. Min. Assusete Magalhães, Sexta Turma, DJe 17/03/2014) (grifo do autor).

"A PF informou à Justiça que não dispõe de equipamentos ou programas voltados à interceptação de e-mails. Por tal motivo, essas informações seriam disponibilizadas e armazenadas diretamente pelos provedores de internet"[160].

Dessa forma, "o conteúdo monitorado na interceptação telemática obtida através da Embratel "foi irremediavelmente perdido, pois o computador utilizado durante a investigação precisou ser formatado"[161].

"Os ministros concederam o HC para anular as provas produzidas nas interceptações telefônicas. Determinaram ao juízo de primeiro grau que as retirasse integralmente do processo. Tudo deverá ser excluído da ação penal em trâmite"[162].

5. CONCLUSÃO

Assim sendo, o presente trabalho teve por escopo analisar, com base na legislação, doutrina e jurisprudência, a admissibilidade da interceptação telefônica como meio de prova no direito processual penal, diante das situações de conflito com os direitos fundamentais do indivíduo.

Nesse sentido, ficou evidenciado que, apesar de ser uma medida altamente eficaz e por vezes o único meio probatório existente, deve haver uma ponderação prévia entre os direitos fundamentais conflitantes, para que não ocorra vícios ou ilegalidades, por se tratar de uma medida de *ultima ratio*.

Como forma de resolver esse conflito entre direitos fundamentais, utiliza-se o princípio da proporcionalidade, o qual preceitua que o princípio de menor relevância deve ser submetido em relação ao de maior valor social, com o objetivo de impedir que ocorra injustiças pela estrita observância dos procedimentos legais. Contudo, essa análise de proporcionalidade e razoabilidade deverá ser feita caso a caso.

Não obstante, trata-se de uma ferramenta delicada, pois, caso seja descumprido algum dos dispositivos da Lei 9.296/96, poderá acarretar na anulação de toda a operação, por se tratar, na maioria das vezes, da prova principal da investigação.

Outrossim, alguns pontos da lei não estão pacificados tanto na doutrina, como na jurisprudência, como é o caso da hipótese de admissibilidade das provas ilícitas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

em benefício do réu. Por um lado, há o argumento de que se deve seguir a letra da lei, a qual refere sobre a inadmissibilidade absoluta de utilização da prova ilícita. Em contrapartida, a admissibilidade da medida impediria que houvesse injustiças, uma vez que estaríamos diante de fatos reais, porém não reconhecidos no processo por questões estritamente procedimentais.

Além disso, verificamos a discussão em relação ao prazo máximo da interceptação, o qual, segundo a Lei 9.296/96 admite-se apenas uma prorrogação. Todavia, parte da doutrina e alguns ministros dos tribunais superiores entendem ser possível sucessivas prorrogações, demonstrada a necessidade e indispensabilidade da medida para as investigações.

Ainda, há divergência quanto ao momento da autorização judicial, pois, para alguns magistrados e doutrinadores a autorização é requisito primordial para a adoção da interceptação telefônica. Por outro lado, argumenta-se que a lei exige apenas autorização judicial e não prévia autorização, dando margem à autorização vir depois de decretada a medida.

Ademais, conclui-se que, na hipótese de ser necessária a interceptação telefônica, deve-se buscar sempre amparo na legislação vigente, para que não haja riscos à integridade da investigação e do processo.

ANEXO A

Lei nº 9.296/1996 (Lei de Interceptação Telefônica)

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

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.

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;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

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.

Art. 3° A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - Da autoridade policial, na investigação criminal;

II - Do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Art. 4° O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterá a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

§ 1° Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

§ 2° O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.

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.

Art. 6° Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

§ 1° No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

§ 2° Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

§ 3° Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8°, ciente o Ministério Público.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Art. 7° Para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

Art. 8° A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art.10, § 1°) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

Art. 9° A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 24 de julho de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Nelson A. Jobim

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 25.7.1996

REFERÊNCIAS

AURY, Lopes Jr. **Direito Processual Penal, 13ª ed**. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal, 9ª ed. rev. e atual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. E-book.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas:** interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas, 4ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal, 2ª ed**. Rio de Janeiro: Capus, Elsevier, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)**. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689/41**. Código de Processo Penal de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del3689.htm.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Lei que define os meios de obtenção da prova. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Lei do Marco Civil da Internet. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf.

BRASIL. **Lei nº 13.105/2015**. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm.

BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Lei de Interceptação Telefônica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm.

BRASIL. **Lei nº 9.784/99**. Lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm.

BRASIL. **PGR-Manifestação-204662/2016 RO em HC 135.683/GO**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/parecer-pgr-demostenes.pdf.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 162.662/RJ**. Impetrante: Fernando Augusto Fernandes. Rel. Min. Assusete Magalhães. Brasília, DF, 16/03/2014. DJe 17/03/2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33803036&num_registro=201000153608&data=20140317&tipo=5.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 225.316/PR**. Impetrante: Antonio Acir Breda. Rel. Min. Og Fernandes. Brasília, DF, 24/09/2013. DJe 25/09/2013. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/incompetencia-juizo-leva-anulacao.pdf.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 307.152/GO**. Impetrante: Antônio Carlos de Almeida Castro. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 17/11/2015. DJe 15/12/2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/acordao-hc-stj-demostenes-torres.pdf.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 129.646/SP**. Impetrante: Celso Sanchez Vilardi. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 07.11.2018. DJe 08.11.2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC129646.pdf.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 145.211/MT**. Impetrante: Pierpaolo Cruz Bottini. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 11.11.2017. DJe 12.11.2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/marco-aurelio-suspende-processo.pdf.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 3.7232/DF**. Autor: Ministério Público Federal. Rel. Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 08.03.2016. DJe 09.03.2016. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10543344..

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 135.683/GO**. Reclamante: Demóstenes Lázaro Xavier Torres. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 25/10/2016. DJe 26/10/2016. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/10/art20161026-06.pdf.

BRASILEIRO, Renato de Lima. **Manual de Processo Penal**: volume único, 5ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. E-book.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro, 3ª ed**. São Paulo: Atlas, 2015. E-book.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação telefônica – 3ª ed**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal, 23ª ed**. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book.

CONJUR. **PF deleta provas de ação penal e STJ anula interceptações**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-fev-25/pf-deleta-provas-acao-penal-stj-anula-grampos-telefone-mail.

CONJUR. **STF suspende processo que investiga venda de sentenças em Mato Grosso**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-nov-21/stf-suspende-processo-investiga-venda-sentencas-mt. Acesso em: 08 de maio de 2019.

CONJUR. **STJ decide que operação Castelo de Areia foi ilegal**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2011-abr-05/stj-decide-operacao-castelo-areia-foi-ilegal.

CONJUR. **Supremo considera ilegais grampos da PF contra ex-senador Demóstenes**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-out-25/stf-considera-ilegais-grampos-pf-ex-senador-demostenes.

CONJUR. **TRF-1 anula escutas da PF na operação Trem Pagador**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-set-12/trf-anula-escutas-operacao-pf-investigou-ex-presidente-valec.

CONJUR. **TRF-4 anula provas de operação da Polícia Federal**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2011-set-14/vara-criminal-nao-atuar-lavagem-dinheiro.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Operação Trem Pagador - Turma considera ilegais escutas telefônicas e provas delas derivadas**. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/outras-noticias/2012-1/setembro/operacao-trem-pagador-turma-considera-ilegais-escutas-telefonicas-e-provas-delas-derivadas.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 59, de 9 de setembro de 2008**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n59-09-09-2008-presidncia.pdf.

COUTINHO, Mateus. **Supremo encerra Operação Suíça**. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/supremo-encerra-operacao-suica/.

DIREITONET. **STF anula escutas telefônicas da Operação Fratelli baseadas em fundamentação genérica**. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/noticias/exibir/20184/STF-anula-escutas-telefonicas-da-Operacao-Fratelli-baseadas-em-fundamentacao-generica.

DUCLERC, Elmir. **Prova penal e garantismo**: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica**: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996 – 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Victor Eduardo R. e REIS, Alexandre C. Araújo. **Direito Processual Penal Esquematizado, 8ª ed**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica**: considerações sobre a Lei n. 9.296/96, 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book.

INFORMA MAIS. **STF arquiva processo da "Operação Fratelli"**. Disponível em: http://www.informamais.com.br/Site/Paginas/STF-arquiva-processo-da-quotOperacao-Fratelliquot-Em-2013-caso-ficou-conhecido-como-quotMafia-do-Asfaltoquot/3881.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado, 20ª ed. rev., atual. e ampl**. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas**: limites à licitude probatória, 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

MIGALHAS. **Marco Aurélio suspende processo por escutas telefônicas autorizadas sem fundamentação**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI269523,11049-Marco+Aurelio+suspende+processo+por+escutas+telefonicas+autorizadas.

MIGALHAS. **PF deleta dados de investigação e STJ anula provas de ação penal**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI196127,91041PF+deleta+dados+de+investigacao+e+STJ+anula+provas+de+acao+penal.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Operação Navalha**: MPF/SE denuncia Zuleido Veras e Patury. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/se/sala-de-imprensa/noticias-se/operacao-navalha-mpf-se-denuncia-zuleido-veras-e-patury.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Operação Trem Pagador**: MPF denuncia oito envolvidos em superfaturamento nas obras da Ferrovia Norte-Sul em Goiás. Disponível em: http://www.prgo.mpf.mp.br/focco-go/noticias/64-operacao-trem-pagador-mpf-denuncia-oito-envolvidos-em-superfaturamento-nas-obras-da-ferrovia-norte-sul-em-goias.html.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal, 13ª ed. rev., atual. e ampl**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. E-book.

OLIVEIRA, Rogério Donizetti Campos de. **Direito a intimidade e sua proteção baseada nos direitos humanos no mundo**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14826.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal, 21ª ed. rev., atual. e ampl**. São Paulo: Atlas, 2017. E-book.

RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos, 4ª ed. rev. e ampl**. Porto Alegre: Síntese, 2002.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal, 26ª ed**. São Paulo: Atlas, 2018. E-book.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas, 6ª ed**. São Paulo: Atlas, 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Incompetência do juízo leva à anulação de provas da Operação Dallas no porto de Paranaguá**. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100707117/incompetencia-do-juizo-leva-a-anulacao-de-provas-da-operacao-dallas-no-porto-de-paranagua?ref=topic_feed.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **2ª Turma invalida interceptações ilegais em ação penal contra Demóstenes Torres**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328082.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Indeferida liminar a conselheiro do TCE-SE que responde a ação penal no STJ**. Disponível em: http://m.stf.gov.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233506.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro anula escutas telefônicas da Operação Fratelli baseadas em fundamentação genérica**. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=395115.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Plenário do STF reúne-se em sessões pela manhã e tarde nesta quarta-feira (13)**. Disponível: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405494.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Prazo de escutas telefônicas é matéria com repercussão geral reconhecida**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=242810.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal, 12ª ed. rev., ampl. e atual**. Salvador: JusPodivm, 2017. E-book.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. **TRF4 anula provas da Operação Dallas**. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=7620.

UOL ECONOMIA. **PF investiga gerentes do Credit Suisse por evasão**. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/economia/ultnot/valor/2006/03/24/ult1913u48127.jhtm.

VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Atlas, 2011.

VENTURINI, Lilian. **O que foi a Castelo de Areia e por que a operação voltou à tona agora**. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/09/19/O-que-foi-a-Castelo-de-Areia.-E-por-que-a-opera%C3%A7%C3%A3o-voltou-%C3%A0-tona-agora.

WIKIPÉDIA. **Artigo sobre a Operação Castelo de Areia**. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Opera%C3%A7%C3%A3o_Castelo_de_Areia.

WIKIPÉDIA. **Artigo sobre a Operação Navalha**. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Opera%C3%A7%C3%A3o_Navalha.

NOTAS:

[1] BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Lei de Interceptação Telefônica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm. Acesso em: 12 de abril de 2019.

[2] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 de abril de 2019.

[3] BRASIL. **Art. 2º da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Lei de Interceptação Telefônica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm. Acesso em: 12 de abril de 2019.

[4] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal, 13ª ed. rev., atual. e ampl**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 318.

[5] BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Lei de Interceptação Telefônica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm. Acesso em: 12 de abril de 2019.

[6] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 de abril de 2019.

[7] Idem.

[8] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal, 13ª ed. rev., atual. e ampl**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 365.

[9] PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal, 22ª ed. rev., atual. e ampl**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 269.

[10] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal, 13ª ed. rev., atual. e ampl**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 365.

[11] BRASILEIRO, Renato de Lima. **Manual de Processo Penal: volume único, 5ª ed. rev., ampl. e atual**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 580.

[12] TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal, 12ª ed. rev., ampl. e atual**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 755.

[13] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal, 13ª ed. rev., atual. e ampl**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 370.

[14] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal, 23ª ed**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 433.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[15] BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Lei que define os meios de obtenção da prova. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 19 de abril de 2019.

[16] BRASILEIRO, Renato de Lima. **Manual de Processo Penal: volume único, 4ª ed. rev., ampl. e atual**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 828.

[17] AURY, Lopes Jr. **Direito Processual Penal, 13ª ed**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 317.

[18] TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal, 12ª ed. rev., ampl. e atual**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 788.

[19] BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal, 2ª ed**. Rio de Janeiro: Capus, Elsevier, 2012, p. 270.

[20] BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Lei que define os meios de obtenção da prova. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 19 de abril de 2019.

[21] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal, 23ª ed**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 432 e 433.

[22] RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal, 26ª ed**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 482.

[23] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal, 23ª ed**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 432 e 433.

[24] TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal, 11ª ed. rev., ampl. e atual**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1053.

[25] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal, 23ª ed**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 433.

[26] RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal, 26ª ed**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 484.

[27] TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal, 11ª ed. rev., ampl. e atual**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1053.

[28] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal, 23ª ed**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 433.

[29] RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal, 26ª ed**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 484.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[30] TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal, 11ª ed. rev., ampl. e atual**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1053.

[31] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal, 13ª ed. rev., atual. e ampl**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 370.

[32] BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689/41. Código de Processo Penal de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 19 de abril de 2019.

[33] AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal, 9ª ed. rev. e atual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 320.

[34] BRASIL. **Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 12 de abril de 2019.

[35] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal, 23ª ed**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 436.

[36] AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal, 9ª ed. rev. e atual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 320.

[37] BRASIL. **Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 12 de abril de 2019.

[38] GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296/96, 3ª ed. rev., atual. e ampl**. São Paulo: Saraiva, 2015, p 49.

[39] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 de maio de 2019.

[40] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal, 13ª ed. rev., atual. e ampl**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 22.

[41] AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal, 9ª ed. rev. e atual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 316.

[42] GONÇALVES, Victor Eduardo R. e REIS, Alexandre C. Araújo. **Direito Processual Penal Esquematizado, 8ª ed**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 276.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[43] BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 14 de abril de 2019.

[44] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal, 23ª ed**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 439.

[45] TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal, 12ª ed. rev., ampl. e atual**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 657.

[46] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 de abril de 2019.

[47] RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal, 26ª ed**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 13.

[48] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 de abril de 2019.

[49] BRASILEIRO, Renato de Lima. **Manual de Processo Penal: volume único, 4ª ed. rev., ampl. e atual**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 835.

[50] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal, 13ª ed. rev., atual. e ampl**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 318.

[51] BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689/41. Código de Processo Penal de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 20 de abril de 2019.

[52] SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas, 6ª ed**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 18.

[53] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal, 23ª ed**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 404.

[54] BRASIL. Lei nº 9.784/99. **Lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm. Acesso em: 20 de abril de 2019.

[55] MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória, 2ª ed. rev. e ampl**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 65.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[56] RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos, 4ª ed. rev. e ampl**. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 25.

[57] DUCLERC, Elmir. **Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 152.

[58] TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal, 12ª ed. rev., ampl. e atual**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 654.

[59] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal, 13ª ed. rev., atual. e ampl**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 302.

[60] PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal, 22ª ed. rev., atual. e ampl**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 279.

[61] BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689/41. Código de Processo Penal de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 20 de abril de 2019.

[62] AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal, 9ª ed. rev. e atual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 319.

[63] TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal, 12ª ed. rev., ampl. e atual**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 793.

[64] BRASILEIRO, Renato de Lima. **Manual de Processo Penal: volume único, 5ª ed. rev., ampl. e atual**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 724.

[65] VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 4.

[66] TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal, 12ª ed. rev., ampl. e atual**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 755.

[67] BRASILEIRO, Renato de Lima. **Manual de Processo Penal: volume único, 5ª ed. rev., ampl. e atual**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 724.

[68] Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 59, de 9 de setembro de 2008**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n59-09-09-2008-presidncia.pdf. Acesso em: 22 de abril de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[69] AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas, 4ª ed. ver. e ampl**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 120.

[70] GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296/96, 3ª ed. rev., atual. e ampl**. São Paulo: Saraiva, 2015, p 53.

[71] BRASILEIRO, Renato de Lima. **Manual de Processo Penal: volume único, 4ª ed. rev., ampl. e atual**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 983.

[72] GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996 – 2ª ed. ver. e atual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 24.

[73] GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996 – 2ª ed. ver. e atual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 25.

[74] BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Lei de Interceptação Telefônica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm. Acesso em: 22 de abril de 2019.

[75] GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296/96, 3ª ed. rev., atual. e ampl**. São Paulo: Saraiva, 2015, p 30.

[76] GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296/96, 3ª ed. rev., atual. e ampl**. São Paulo: Saraiva, 2015, p 35.

[77] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação telefônica – 3ª ed**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 97.

[78] SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas, 6ª ed**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 37.

[79] STF. **Plenário do STF reúne-se em sessões pela manhã e tarde nesta quarta-feira (13)**. Disponível: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405494. Acesso em: 02 de maio de 2019.

[80] GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296/96, 3ª ed. rev., atual. e ampl**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 49 e 50.

[81] GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996 – 2ª ed. ver. e atual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 153 e 154.

[82] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação telefônica – 3ª ed**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 130.

[83] STF. **Prazo de escutas telefônicas é matéria com repercussão geral reconhecida**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=242810. Acesso em: 02 de maio de 2019.

[84] GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296/96, 3ª ed. rev., atual. e ampl**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 55.

[85] GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996 – 2ª ed. ver. e atual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 170.

[86] SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas, 6ª ed**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 39.

[87] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação telefônica – 3ª ed**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 148.

[88] GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296/96, 3ª ed. rev., atual. e ampl**. São Paulo: Saraiva, 2015, p 60.

[89] GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296/96, 3ª ed. rev., atual. e ampl**. São Paulo: Saraiva, 2015, p 62.

[90] GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996 – 2ª ed. ver. e atual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 185.

[91] GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996 – 2ª ed. ver. e atual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 190.

[92] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação telefônica – 3ª ed**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 166.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[93] GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296/96, 3ª ed. rev., atual. e ampl**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 66.

[94] GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296/96, 3ª ed. rev., atual. e ampl**. São Paulo: Saraiva, 2015, p 44 e 45.

[95] BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Lei de Interceptação Telefônica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm. Acesso em: 22 de abril de 2019.

[96] Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 59, de 9 de setembro de 2008**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n59-09-09-2008-presidncia.pdf. Acesso em: 22 de abril de 2019.

[97] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal, 23ª ed**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 116.

[98] BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Lei de Interceptação Telefônica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm. Acesso em: 22 de abril de 2019.

[99] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal, 13ª ed. rev., atual. e ampl**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 716.

[100] MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória, 2ª ed. rev. e ampl**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 92.

[101] BRASILEIRO, Renato de Lima. **Manual de Processo Penal: volume único, 4ª ed. rev., ampl. e atual**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 634.

[102] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação telefônica – 3ª ed**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 71.

[103] PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal, 22ª ed. rev., atual. e ampl**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 271.

[104] Âmbito Jurídico. **Direito a intimidade e sua proteção baseada nos direitos humanos no mundo**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14826. Acesso em: 29 de abril de 2019.

[105] GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296/96, 3ª ed. rev., atual. e ampl**. São Paulo: Saraiva, 2015, p 9.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[106] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 29 de abril de 2019.

[107] BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Lei de Interceptação Telefônica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm. Acesso em: 29 de abril de 2019.

[108] BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 de abril de 2019.

[109] BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)**. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em: 29 de abril de 2019.

[110] BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Lei do Marco Civil da Internet. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em: 29 de abril de 2019.

[111] GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296/96, 3ª ed. rev., atual. e ampl**. São Paulo: Saraiva, 2015, p 34.

[112] BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Lei de Interceptação Telefônica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm. Acesso em: 29 de abril de 2019.

[113] GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296/96, 3ª ed. rev., atual. e ampl**. São Paulo: Saraiva, 2015, p 28.

[114] SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas, 6ª ed**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 19.

[115] SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas, 6ª ed**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 21.

[116] Migalhas. **Marco Aurélio suspende processo por escutas telefônicas autorizadas sem fundamentação**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI269523,11049-Marco+Aurelio+suspende+processo+por+escutas+telefonicas+autorizadas. Acesso em: 08 de maio de 2019.

[117] Conjur. **STF suspende processo que investiga venda de sentenças em Mato Grosso**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-nov-21/stf-suspende-processo-investiga-venda-sentencas-mt. Acesso em: 08 de maio de 2019.

[118] Migalhas. **Marco Aurélio suspende processo por escutas telefônicas autorizadas sem fundamentação**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI269523,11049-Marco+Aurelio+suspende+processo+por+escutas+telefonicas+autorizadas. Acesso em: 08 de maio de 2019.

[119] Migalhas. **Marco Aurélio suspende processo por escutas telefônicas autorizadas sem fundamentação**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI269523,11049-Marco+Aurelio+suspende+processo+por+escutas+telefonicas+autorizadas. Acesso em: 08 de maio de 2019.

[120] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 145.211/MT**. Impetrante: Pierpaolo Cruz Bottini. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 11.11.2017. DJe 12.11.2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/marco-aurelio-suspende-processo.pdf. Acesso em: 09 de maio de 2019.

[121] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 09 de maio de 2019.

[122] STF. **Ministro anula escutas telefônicas da Operação Fratelli baseadas em fundamentação genérica**. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=395115. Acesso em: 08 de maio de 2019.

[123] Informa Mais. **STF arquiva processo da "Operação Fratelli"**. Disponível em: http://www.informamais.com.br/Site/Paginas/STF-arquiva-processo-da-quotOperacao-Fratelliquot-Em-2013-caso-ficou-conhecido-como-quotMafia-do-Asfaltoquot/3881. Acesso em: 08 de maio de 2019.

[124] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 129.646/SP**. Impetrante: Celso Sanchez Vilardi. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 07.11.2018. DJe 08.11.2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC129646.pdf. Acesso em: 09 de maio de 2019.

[125] DireitoNet. **STF anula escutas telefônicas da Operação Fratelli baseadas em fundamentação genérica**. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/noticias/exibir/20184/STF-anula-escutas-telefonicas-da-Operacao-Fratelli-baseadas-em-fundamentacao-generica. Acesso em: 08 de maio de 2019.

[126] STF. **Ministro anula escutas telefônicas da Operação Fratelli baseadas em fundamentação genérica**. Acesso em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=395115. Disponível em: 08 de maio de 2019.

[127] Nexo Jornal. **O que foi a Castelo de Areia e por que a operação voltou à tona agora**. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/09/19/O-que-foi-a-Castelo-de-Areia.-E-por-que-a-opera%C3%A7%C3%A3o-voltou-%C3%A0-tona-agora. Acesso em: 06 de maio de 2019.

[128] Wikipédia. **Artigo sobre a Operação Castelo de Areia**. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Opera%C3%A7%C3%A3o_Castelo_de_Areia. Acesso em: 06 de maio de 2019.

[129] Wikipédia. **Artigo sobre a Operação Castelo de Areia**. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Opera%C3%A7%C3%A3o_Castelo_de_Areia. Acesso em: 06 de maio de 2019.

[130] Conjur. **STJ decide que operação Castelo de Areia foi ilegal**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2011-abr-05/stj-decide-operacao-castelo-areia-foi-ilegal. Acesso em: 06 de maio de 2019.

[131] Portal Estadão. **Supremo encerra Operação Suíça**. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/supremo-encerra-operacao-suica/. Acesso em 07 de maio de 2019.

[132] UOL Economia. **PF investiga gerentes do Credit Suisse por evasão**. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/economia/ultnot/valor/2006/03/24/ult1913u48127.jhtm. Acesso em: 07 de maio de 2019.

[133] Portal Estadão. **Supremo encerra Operação Suíça**. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/supremo-encerra-operacao-suica/. Acesso em 07 de maio de 2019.

[134] Wikipédia. **Artigo sobre a Operação Navalha**. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Opera%C3%A7%C3%A3o_Navalha. Acesso em: 09 de maio de 2019.

[135] STF. **Indeferida liminar a conselheiro do TCE-SE que responde a ação penal no STJ**. Disponível em: http://m.stf.gov.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233506. Acesso em: 10 de maio de 2019.

[136] MPF. **Operação Navalha: MPF/SE denuncia Zuleido Veras e Patury**. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/se/sala-de-imprensa/noticias-se/operacao-navalha-mpf-se-denuncia-zuleido-veras-e-patury. Acesso em: 10 de maio de 2019.

[137] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 3.7232/DF**. Autor: Ministério Público Federal. Rel. Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 08.03.2016. DJe 09.03.2016. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10543344. Acesso em: 09 de maio de 2019.

[138] Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **TRF4 anula provas da Operação Dallas**. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=7620. Acesso em: 13 de maio de 2019.

[139] Conjur. **TRF-4 anula provas de operação da Polícia Federal**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2011-set-14/vara-criminal-nao-atuar-lavagem-dinheiro. Acesso em: 13 de maio de 2019.

[140] Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **TRF4 anula provas da Operação Dallas**. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=7620. Acesso em: 13 de maio de 2019.

[141] Jusbrasil. **Incompetência do juízo leva à anulação de provas da Operação Dallas no porto de Paranaguá**. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100707117/incompetencia-do-juizo-leva-a-anulacao-de-provas-da-operacao-dallas-no-porto-de-paranagua?ref=topic_feed Acesso em: 13 de maio de 2019

[142] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 225.316/PR**. Impetrante: Antonio Acir Breda. Rel. Min. Og Fernandes. Brasília, DF, 24/09/2013. DJe 25/09/2013.

Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/incompetencia-juizo-leva-anulacao.pdf. Acesso em: 13 de maio de 2019.

[143] STF. **2ª Turma invalida interceptações ilegais em ação penal contra Demóstenes Torres**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328082. Acesso em: 13 de maio de 2019.

[144] STF. **2ª Turma invalida interceptações ilegais em ação penal contra Demóstenes Torres**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328082. Acesso em: 13 de maio de 2019.

[145] Conjur. **Supremo considera ilegais grampos da PF contra ex-senador Demóstenes**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-out-25/stf-considera-ilegais-grampos-pf-ex-senador-demostenes. Acesso em: 13 de maio de 2019.

[146] BRASIL. **PGR-Manifestação-204662/2016 em Recurso Ordinário em HC 135.683/GO**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/parecer-pgr-demostenes.pdf. Acesso em: 14 de maio de 2019.

[147] Conjur. **Supremo considera ilegais grampos da PF contra ex-senador Demóstenes**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-out-25/stf-considera-ilegais-grampos-pf-ex-senador-demostenes. Acesso em: 13 de maio de 2019.

[148] STF. **2ª Turma invalida interceptações ilegais em ação penal contra Demóstenes Torres**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328082. Acesso em: 13 de maio de 2019.

[149] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 307.152/GO**. Impetrante: Antônio Carlos de Almeida Castro. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 17/11/2015. DJe 15/12/2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/acordao-hc-stj-demostenes-torres.pdf. Acesso em: 14 de maio de 2019.

[150] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 135.683/GO**. Reclamante: Demóstenes Lázaro Xavier Torres. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 25/10/2016. DJe 26/10/2016. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/10/art20161026-06.pdf. Acesso em: 14 de maio de 2019.

[151] STF. **2ª Turma invalida interceptações ilegais em ação penal contra Demóstenes Torres**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328082. Acesso em: 13 de maio de 2019.

[152] Conjur. **TRF-1 anula escutas da PF na operação Trem Pagador**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-set-12/trf-anula-escutas-operacao-pf-investigou-ex-presidente-valec. Acesso em: 15 de maio de 2019.

[153] MPF. **Operação Trem Pagador: MPF denuncia oito envolvidos em superfaturamento nas obras da Ferrovia Norte-Sul em Goiás**. Disponível em: http://www.prgo.mpf.mp.br/focco-go/noticias/64-operacao-trem-pagador-mpf-denuncia-oito-envolvidos-em-superfaturamento-nas-obras-da-ferrovia-norte-sul-em-goias.html. Acesso em: 15 de maio de 2019.

[154] MPF. **Operação Trem Pagador: MPF denuncia oito envolvidos em superfaturamento nas obras da Ferrovia Norte-Sul em Goiás**. Disponível em: http://www.prgo.mpf.mp.br/focco-go/noticias/64-operacao-trem-pagador-mpf-denuncia-oito-envolvidos-em-superfaturamento-nas-obras-da-ferrovia-norte-sul-em-goias.html. Acesso em: 15 de maio de 2019.

[155] Conselho da Justiça Federal. **Operação Trem Pagador - Turma considera ilegais escutas telefônicas e provas delas derivadas**. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/outras-noticias/2012-1/setembro/operacao-trem-pagador-turma-considera-ilegais-escutas-telefonicas-e-provas-delas-derivadas. Acesso em: 15 de maio de 2019.

[156] Conjur. **TRF-1 anula escutas da PF na operação Trem Pagador**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-set-12/trf-anula-escutas-operacao-pf-investigou-ex-presidente-valec. Acesso em: 15 de maio de 2019.

[157] Conjur. **PF deleta provas de ação penal e STJ anula interceptações**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-fev-25/pf-deleta-provas-acao-penal-stj-anula-grampos-telefone-mail. Acesso em: 16 de maio de 2019.

[158] Conjur. **PF deleta provas de ação penal e STJ anula interceptações**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-fev-25/pf-deleta-provas-acao-penal-stj-anula-grampos-telefone-mail. Acesso em: 16 de maio de 2019.

[159] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 162.662/RJ**. Impetrante: Fernando Augusto Fernandes. Rel. Min. Assusete Magalhães. Brasília, DF, 16/03/2014. DJe 17/03/2014. Disponível

em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33803036&num_registro=201000153608&data=20140317&tipo=5. Acesso em: 16 de maio de 2019.

[160] Conjur. **PF deleta provas de ação penal e STJ anula interceptações**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-fev-25/pf-deleta-provas-acao-penal-stj-anula-grampos-telefone-mail. Acesso em: 16 de maio de 2019.

[161] Conjur. **PF deleta provas de ação penal e STJ anula interceptações**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-fev-25/pf-deleta-provas-acao-penal-stj-anula-grampos-telefone-mail. Acesso em: 16 de maio de 2019.

[162] Migalhas. **PF deleta dados de investigação e STJ anula provas de ação penal**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI196127,91041PF+deleta+dados+de+investigacao+e+STJ+anula+provas+de+acao+penal. Acesso em: 16 de maio de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PENSÃO AVOENGA: A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS AVÓS

JÚLIA LOMBARDI DE OLIVEIRA: Bacharelanda em Direito pelo IESB. Atualmente estagiária em Escritório advocatício

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO[1]

(orientadora)

RESUMO: Este artigo tem como proposta buscar esclarecer situações na sociedade familiar que, cabível seja a aplicabilidade desta responsabilidade como meio de alternativa para a criança e ao adolescente que estejam frente a um âmbito familiar incapaz de suprir suas necessidades básicas, para que garanta sua dignidade, saúde, educação, entre outros fatores essenciais para sua formação. Para isto, procurou-se explicar acerca de modificações existentes no ordenamento jurídico, com a finalidade de demonstrar situações onde foram cabíveis a utilização dessa benesse aos menores, bem como os adolescentes, corroborando a importante análise da condição financeira à medida da justiça entre o alimentando e o alimentado, fazendo menção à Constituição Federal, ao Código Civil e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, ademais, artigos e revistas científicas, utilizando-se também de entendimentos doutrinários aplicando-se subjetivamente a cada caso concreto.

Palavras-chave: Subsidiária. Responsabilidade. Pensão avoenga. Alimentos.

ABSTRACT: This article aims to clarify situations in family society that, applicable is the applicability of this responsibility as a means of alternative for the child and the adolescents facing a family environment unable to meet their basic needs, to ensure its dignity, health, education, among other factors essential to its formation. For this, we tried to explain about existing changes in the legal system, in order to demonstrate situations where it was appropriate to use this benefit to minors, as well as adolescents, corroborating the important analysis of the financial condition to the measure of justice between the food and the fed, mentioning the Federal Constitution, the Civil Code and the Statute of the Child and Adolescent, moreover, articles and scientific journals, also using doctrinal understandings subjectively applied to each concrete case.

Key words: Subsidiary. Responsibility. Avoenga pension. Foods.

INTRODUÇÃO

A pensão avoenga tem grande influência em nosso cotidiano sendo atualmente, um direito complementar quando necessário.

A obrigação de prestar alimentos é dos pais, ou seja, tanto o pai quanto a mãe tem este dever com o filho, porém, na falta de mantença daqueles ficará ao encargo dos ascendentes em segundo grau, os avós.

A finalidade do direito a alimentos é assegurar à dignidade da pessoa humana através da solidariedade familiar. A priori, são os genitores os sujeitos da relação, entretanto a ausência ou impossibilidade destes, os avós serão chamados a integrar esta relação.

Entretanto, o presente artigo tem como problemática analisar, pela ótica doutrinária, as hipóteses de cabimentos da responsabilidade subsidiária dos avós.

1.DA OBRIGAÇÃO FAMILIAR

O ser humano, do seu nascimento até sua morte, necessita de amparos de seus responsáveis, tanto na forma afetiva quanto na prestação de bens essenciais. Entre esses bens essenciais, o direito aos alimentos está diretamente ligado a própria subsistência da pessoa que necessita.

Trata-se de um direito de ordem pública, em relação as subsistências dos netos, pelo qual os avós não poderão eximir-se de tal obrigação, sobressaindo-se o princípio da solidariedade familiar e da dignidade da pessoa humana.

Sobre a importância e a relevância da aplicação da pensão avoenga, Maria Helena Diniz (p. 598), afirma:

Ter-se-á, portanto, uma responsabilidade subsidiária, pois somente caberá ação de alimentos contra avó se o pai estiver ausente, impossibilitado de exercer atividade laborativa ou não tiver recursos econômicos.

Reitera-se ainda que, prevê o dever da família, sociedade e Estado assegurar uma série de direitos advindos do ser humano, cito o art. 227 da CF, "in verbis":

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Entretanto, é da família que se espera o acolhimento, o cuidado, de acordo com a Constituição de 1988, em seu artigo 229, vejamos: "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".

1.1Da responsabilidade subsidiária

Uma vez acionados os avós a pagarem a pensão, deverá ser analisado a impossibilidade financeira para esta complementação a fim de afastar possível prisão civil. Isto feito, deverá o magistrado buscar a forma mais sensata para aplicação da justiça.

Analisando o Código Civil de 2002, em especial seu artigo 1689, percebe-se qual foi a intenção do legislador, quando mencionado que os avós só irão assumir a responsabilidade pela pensão, nos casos em que houver comprovado a insuficiência dos genitores em prover a mantença ou quando estes não forem encontrados.

Referindo-se à responsabilidade avoenga, observou que os artigos 1697 e 1698 da lei do Estatuto do Idoso, afirmam que se os descendentes (pais), por alguma razão, não puderem garantir a pensão de seus filhos, a responsabilidade é cabível aos avós fornecê-la e aos tios ou irmãos, respectivamente.

Em novembro de 2017, foi aprovada a súmula 596/11 objetivando complementar os artigos do Código Civil que se refere sobre as obrigações dos avós. O seu texto diz: "A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso da impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais.".

Conforme mencionado acima, a pensão avoenga por se tratar de uma responsabilidade subsidiária, trata-se de posicionamentos majoritários distintos conforme cada caso concreto no ambiente familiar.

Para tanto, observa-se a importante análise minuciosa de cada ambiente familiar, devendo-se ater qual a real situação e necessidade dos genitores, uma vez que estes são obrigados a prestar alimentos a seus filhos, devendo ficar expressamente comprovado a real insuficiência de recursos para que precisem socorrer-se dos avós.

1.2 Casos de pensão avoenga

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Conforme já exposto, a pensão avoenga por se tratar de uma responsabilidade subsidiária, trata-se de posicionamentos majoritários distintos conforme cada caso concreto no ambiente familiar. Assim vejamos:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. OBRIGAÇÃO AVOENGA. 1. Ante a impossibilidade de cumprimento da obrigação alimentar pelos pais, resguarda-se, provisoriamente, com base na ponderação dos valores envolvidos, a subsistência das netas à custa dos avós, não obstante o caráter complementar e subsidiário da obrigação avoenga. 2. Ausente prova que justifique a redução, mantém-se o valor arbitrado a título de alimentos provisórios e que, em princípio, atende ao binômio necessidade/possibilidade
>
> (TJ-DF 07008221520198070000 - Segredo de Justiça 0700822-15.2019.8.07.0000, Relator: FERNANDO HABIBE, Data de Julgamento: 06/11/2019, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no PJe : 19/11/2019 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Outrossim, vejamos outro caso de pedido da benesse, conforme suas necessidades:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. OBRIGAÇÃO AVOENGA. A obrigação avoenga é complementar e subsidiária à obrigação alimentar dos genitores, somente tendo lugar quando inequivocamente demonstrado que ambos os pais não têm condições de prover as necessidades do filho e que, de outro lado, a progenitora pode suportar o encargo sem prejuízo de seu próprio sustento. No caso, embora falecido o genitor, a mãe trabalha, sendo deficiente, neste momento, a prova de que não tenha condições de sustentar as duas filhas, uma delas já tendo completado 18 anos. De outro lado, a demandada, agravante, conta 84 anos, refere gastos com medicamentos e despesas com um filho que tem dependência química, sendo os ganhos dela na faixa de R$ 2.000,00. Neste contexto, não prospera, por ora, o pedido de fixação de alimentos avoengos. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70079110854, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 28/02/2019).

(TJ-RS - AI: 70079110854 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 28/02/2019, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/03/2019)

Para tanto, observa-se a importante análise minuciosa de cada ambiente familiar, devendo-se ater qual a real situação e necessidade dos genitores, uma vez que estes são obrigados a prestar alimentos a seus filhos, devendo ficar expressamente comprovado a real insuficiência de recursos para que precisem socorrer-se dos

2.METODOLOGIA

O artigo bibliográfico tem o objetivo de explicar a possibilidade de aplicação da pensão avoenga. Por meios de referências publicadas em revistas, artigos científicos, constituição federal, estatuto da criança e do adolescente (ECA), código civil, entre outros.

Objetivando, neste estudo, adotar entendimentos de doutrinas, trazendo experiencias de autores que já pesquisaram o assunto tratado nesse artigo, da forma que atinja todo tipo de público.

Desta maneira, a pesquisa bibliográfica não se trata apenas de mera repetição de pesquisas sobre determinado assunto, e sim, proporciona o exame do mesmo tema com um novo enfoque, uma nova abordagem, chegando a conclusões inovadoras.

3.CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que execuções de alimentos avoengos devem ser analisados minuciosamente, de forma a evitar possível aproveitamento daqueles que já cumpriram suas obrigações durante todo uma vida, em caso de inadimplência, uma vez que a pensão avoenga é considerada subsidiária.

A forma como os deveres familiares são aplicados na legislação de modo a alcançar os avós na relação de amparo, observamos como o direito se dá configurações específicas a esse "mecanismo social", qual seja, a família, estabelecendo as obrigações de seus integrantes.

Sendo este um processo que engloba reações explicitas em termos do binômio possibilidade X necessidade entre credor e devedor. Assim, obedecendo o vínculo existente entre alimentante e alimentando, para determinar a obrigação alimentar, devendo os magistrados exigirem provas das situações econômicas e avaliarem a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

quantia das despesas dadas pelo avanço da idade e as circunstâncias de dependência dos avós.

Dessa forma, quando comprovado pelos genitores a impossibilidade de arcar com a obrigação alimentar, é permitido por lei socorrer-se subsidiariamente ao adimplemento da obrigação dos avós que possuam condição necessária para eventualmente complementar ou arcar com a obrigação sem prejudicar sua própria subsistência.

Isto posto, os ascendentes em grau mais próximo na falta de genitores, são os avós, que poderão vir a serem obrigados a complementar com esta obrigação no caso de insuficiência do montante recebido através de seus genitores ou, consequentemente, a impossibilidade financeira, morte, ausência ou desaparecimento dos genitores. Não enquadrando-se no dever solidário, pois não está prevista em lei, contudo torna-se divisível em razão da necessidade de outros co-obrigados assumirem para com esta obrigação.

Além disso, busca evitar injustiça acerca da regra consagrada pela Constituição Federal, qual seja, a liberdade, onde tal direito somente será efetivado nos casos extremos como última opção, esgotando-se os demais meios utilizados para o recebimento da dívida alimentar.

REFERÊNCIAS

BEVILAQUA, Clovis. Clássicos da literatura jurídica – direito da família. 7ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976. ISBN: 1000200253908

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, Editora dos Tribunais, 2009. ISBN: 9788520333327

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. V.6. 7 ed. Saraiva, 2010. ISBN: 9788502076112 (v. 6)

LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias – 6 ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

ISBN: 9788502626966

ASSIS, Araken de. **Da Execução de Alimentos e Prisão do Devedor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. ISBN: 8520311415

CAHALI. Yussef Said. **Dos Alimentos**. 6. ed. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2009.

ISBN: 9788520334782

DIAS, José de Aguiar. **Das responsabilidades Civis**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1995, v. I. ISBN: 1000184735308

TARTUCE, Flávio. O novo CPC e o Direito Civil. São Paulo: Método, 2015.

ISBN: 9788530963095

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito de família. São Paulo: Atlas, 2016.

ISBN: 9788597004168

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ISBN: 9788520360019

LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3759, 16 out. 2013. ISSN 1518-4862

PINHEIRO, Airson Jacob. Responsabilidade Avoenga. Universidade de Salvador, 2011.

ISSN: 1808-4435

MOMMA, Dominique Macedo. Avós e a pensão alimentar. Campinas: UNICAMP,

2018. Relatório de Iniciação Científica, Antropologia.

DOI: 10.5433/2176-6665.2018.3v23n3p222

HARADA, Douglas Issamu. Prisão Civil Avoenga por Obrigação Alimentar Subsidiária: A Luz do Estatuto do Idoso. 2012.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e das outras providências.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e das outras providências.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988.

NOTAS:

[1] Docente mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru – e-mail: andrea.escarabelo@universidadebrasil.edu.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PACOTE ANTICRIME E A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM 1º GRAU PELO TRIBUNAL DO JÚRI

ROSSANA SANTOS SABOIA:
Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário – UNINOVAFAPI

RHANNA RIBEIRO FERREIRA
(coautora)

Artigo de conclusão de curso apresentado à Banca examinadora do Centro Universitário – UNINOVAFAPI, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel de Direito.Orientador(a): Prof. Me. Juliano de Oliveira Leonel.

RESUMO: O presente trabalho trata da inconstitucionalidade da execução provisória da pena após condenação, pelo Tribunal do Júri, objetivando examinar, de forma crítica, por meio do método lógico-dedutivo, a inconstitucionalidade da execução imediata da pena, após condenação, pelo tribunal do júri, dentro de uma ótica constitucional e processual penal. Inicialmente serão feitas considerações em relação à instrumentalidade constitucional do processo penal, bem como sua natureza jurídica e sua dupla conformidade humanitária, constitucional e convencional, identificando a legitimidade da sentença condenatória, na medida em que a execução provisória da pena fere o princípio da presunção de inocência. Além de deixar claro que o princípio da soberania dos veredictos não autoriza a execução provisória. E, buscando levantar o entendimento dos tribunais a respeito da execução antecipada após decisão de 1º e 2º grau. Por fim, almeja-se uma conclusão no que diz respeito à inconstitucionalidade do artigo 492, inciso I, "e" do Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Soberania dos Veredictos. Presunção de Inocência. Execução Provisória. Tribunal do Júri.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL. 2.1 Natureza jurídica do processo penal. 2.2 A dupla conformidade do processo penal humanitário, constitucional e convencional em relação ao art. 492, i, "e", do CPP. 3. A LEGITIMIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA PELO TRIBUNAL DO JÚRI SOB FUNDAMENTO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS .

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3.1 Art. 492, I, "e" do CPP em observância ao princípio da presunção de inocência. 3.2 Art. 492, I, "e" do CPP em observância ao princípio soberania dos vereditos. 4. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE E O PACOTE ANTICRIME. 4.1 Da (in)constitucionalidade do art. 492, i, "e", do CPP perante a supremacia das normas constitucionais e dos tratados internacionais de direitos humanos. 4.2 Entendimento dos tribunais em relação a (in)constitucionalidade da execução antecipada após a decisão de 1º e 2º grau.

1.INTRODUÇÃO

O estudo em pauta tem como propósito demonstrar, no âmbito do direito processual penal e constitucional, a inconstitucionalidade da execução antecipada da sentença condenatória, proferida pelo tribunal do júri, de forma a compreender em que medida a execução provisória da pena se torna inconstitucional.

Considerando a relevância do tema em questão, bem como sua repercussão, torna-se essencial tentar demonstrar que, ao instituir o estado democrático de direito, a Constituição Federal submeteu diversos princípios para assegurar os direitos fundamentais dos indivíduos, entre eles, o princípio da presunção de inocência, expresso em seu art. 5º, LVII, visando garantir a liberdade do acusado, até o trânsito em julgado.

A pesquisa objetiva o levantamento de questões atinentes à execução provisória da pena, a partir do princípio da presunção de inocência e da soberania dos veredictos, como também, a análise de sua inconstitucionalidade e as divergências dos entendimentos dos tribunais.

Nesse sentindo, visando aclarar a temática, esta pesquisa abordará, em seu primeiro capítulo, a instrumentalidade constitucional do processo penal, bem como sua natureza jurídica e sua dupla conformidade.

No segundo capítulo, serão abordados tópicos relevantes acerca da legitimidade da sentença condenatória, sob fundamento dos princípios constitucionais, demonstrando em que medida a execução provisória da pena fere o princípio da presunção de inocência, e como o legislador usou o princípio da soberania dos veredictos em desfavor do acusado.

Por conseguinte, no terceiro capítulo, será explanada a inconstitucionalidade da alteração do art. 492, I, "e" do Código de Processo Penal perante a supremacia das normas constitucionais e dos tratados internacionais de direito humanos, além de demonstrar as divergências dos tribunais em relação à execução antecipada da pena, após decisão de 1º e 2º grau.

O trabalho em foco dispõe do método lógico-dedutivo, fundamentando-se na construção jurisprudencial, normativa e doutrinária, sendo explorada a execução provisória da pena, a partir ordenamento jurídico brasileiro. O referencial teórico sobre o tema, doutrinas, artigos jurídicos, jurisprudência, normas constitucionais será o método de procedimento específico do trabalho em questão.

2.A INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL

O Estado democrático é visto como garantista da tutela da pessoa humana, dos direitos fundamentais de liberdade e de segurança social. A respeito dessa definição Duarte (2013, p.1-2) alega:

> O modelo de Estado Democrático de Direito, em que o Estado brasileiro se insere (ou deve se inserir), caracteriza-se por institucionalizar e positivar amplas garantias e direitos individuais, encarados como direitos fundamentais. O processo penal, neste tipo de Estado, é visto como uma garantia fundamental, tomadora de uma roupagem distinta da de outros tempos, que pressupõe o processo penal como uma garantia a eventuais abusos estatais, para concebê-lo como um instrumento apto à tutela dos direitos fundamentais, tanto na perspectiva Estatal (proteção de direitos coletivos e potenciais) quanto na do sujeito de Direito (proteção das liberdades individuais), de sorte que a infração penal seja encarada como um problema afeto a um contexto geral, que envolve questões históricas, políticas, econômicas e sociais.

Por via de regra, o senso comum teórico, afirma que o Direito Penal é considerado como protetor da manutenção da paz jurídica, como um importante instrumento. É permeado por diversos princípios constitucionais, que limitam o poder punitivo do Estado, preservando, assim, seus direitos fundamentais de liberdade, a segurança social e a tutela da pessoa humana (DUARTE, 2013).

O Direito Penal, no plano da dogmática, teria, em sua função, prevenir infrações jurídicas no futuro, ou seja, teria a função de prevenção de condutas humanas voluntárias, vistas como ilícitas, que lesionam ou expõem perigo a bens e valores, protegidos no nosso ordenamento jurídico, em que pese à criminologia crítica já ter demonstrado que as funções declaradas da pena não conseguem cumprir aquilo que um dia prometeram.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Dessa forma, a falha da função de prevenir infrações penais, acaba gerando a necessidade de aplicação de uma sanção: a pena ou uma medida de segurança. No entanto, a aplicação da sanção só ocorre mediante o devido processo penal.

É importante ressaltar a íntima relação entre o Processo Penal, a pena e Direito Penal. Ou seja, para que exista uma pena é necessário que cumpra o devido processo penal, e isso só ocorrerá mediante a infração de um delito composto no Código Penal brasileiro. Assim, Lopes Jr (2020, p. 43) esclarece:

> Existe uma íntima relação e interação entre a história das penas e o nascimento do processo penal, na medida em que o processo penal é um caminho necessário para alcançar-se a pena e, principalmente, um caminho que condiciona o exercício do poder de penar (essência do poder punitivo) à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo penal [...]. Esse é o núcleo conceitual do "Princípio da Necessidade".

Diante disso, o Princípio da Necessidade delimita o ponto diferencial entre o processo penal com o processo civil. O Direito Civil pode ocorrer por via extraprocessual, o que o difere do Direito Penal, onde não é permitida a solução do conflito dessa forma para que haja a aplicação de uma pena, sendo necessária a efetivação por via processual.

Conforme Lopes Jr (2020, p.45) "O direito penal não tem realidade concreta fora do processo penal, ou seja, não se efetiva, senão pela via processual". Logo, só existe possibilidade de aplicação de uma pena posterior ao devido processo penal. Com isso, fica definido a instrumentalidade do processo penal, relacionado com o Direito Penal e a pena.

Dado isso, ao longo desse percurso, para se chegar, legitimamente, à pena, é necessário seguir, rigorosamente, as regras e garantias constitucionais do devido processo legal. De acordo com Lopes Jr (2020, p. 45) "O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena".

Somente assim, com todo o percurso necessário para se chegar legitimamente à pena, juntamente com as garantias constitucionais e a pretensão acusatória, em observância a instrumentalidade constitucional e seus alicerces, proteção, e máxima efetividade aos direitos e garantias individuais, poderá se chegar a uma pena tida como justa.

2.1 Natureza Jurídica do Processo Penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O direito processual penal é o ramo do direito público que objetiva conferir efetividade ao direito penal, fornecendo os meios e o caminho para que seja aplicada a pena em caso concreto. Assim, Marques (1997, p. 32) conceitua o Processo Penal como "Conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do direito penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares".

As principais teorias acerca da natureza jurídica do processo são: o processo como relação jurídica de (Büllow); o processo como situação jurídica de (Goldschmidt) e o processo como procedimento em contraditório de (Fazzalari).

A criação da obra de Oskar Von Büllow, denominada a *"Teoria das exceções e dos pressupostos processuais"*, foi responsável pelo surgimento da ciência processual, onde esta relação processual seria de natureza pública e autônoma. E, tinha como finalidade a análise de uma lei Prussiana, que antecedia o que hoje entendemos como Alemanha, e cujo objetivo seria autorizar a extinção do processo sem resolução do mérito (BULLOW, 1868 *apud* LOPES JR, 2020).

Os elementos que constituem essa relação jurídica processual seriam: pessoas, materiais, atos e momento em que se desenvolvem. Essa analogia, do jurídico processual e triangular, se forma entre as partes e o juiz, atribuindo-se a origem da mutualidade de direitos e obrigações, onde as partes têm direito à tutela jurisdicional e o juiz é o responsável pela condução do processo, até alcançar a sentença.

Fundamenta-se que o processo penal é uma relação jurídica complexa e autônoma, composta em três partes, com direitos e obrigações recíprocas. Comprovando, assim, que o réu não é uma simples peça do processo e, muito menos, que o processo é um mero instrumento (LOPES JR, 2020).

A *"teoria do processo como situação jurídica"* criada por James Goldschmidt aponta falhas na célebre obra de Bullow. Para Goldschimdt, o processo é tratado como um complexo de situações processuais, em que as partes tendem a uma sentença definitiva vantajosa, negando, assim, a existência de direitos e obrigações processuais de Bullow, o considerando "pressupostos de uma sentença de fundo" (GOLDSCHMIDTH, 1925 *apud* LOPES JR, 2020).

O processo como situação jurídica dá início a "expectativas, chances, cargas e liberação de cargas". As expectativas se dão com o efeito da realização de um ato processual, praticado pela parte interessada, em uma sentença vantajosa. De modo que, as possibilidades advêm de uma chance, diante dela, pode disponibilizar-se de uma carga processual e caminha-se no sentido de uma sentença benéfica, ou não, podendo, com isso, aumentar a probabilidade de uma sentença desvantajosa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Outrossim, liberação de uma carga pode-se advir de um agir positivo (prática que lhe é permitido) como também não, sempre que se encontrar num cenário que lhe consente se abster de realizar algum ato processual (LOPES JR E SILVA, 2010).

Vale ressaltar que, no processo penal não existem "distribuição de cargas probatórias", pois está ligado à noção de unilateralidade, logo, passível de atribuição. Contudo, os sujeitos não incumbem obrigações, mas cargas processuais da prova estão submetidas ao acusador, sustentado pela a ideia de que a peça acusatória foi realizada por ele, mas, também por que o acusado (réu) está guardado pelo princípio da presunção ou estado de inocência (LOPES JR, 2020).

A ideia de demonstrar a tipicidade caberia apenas ao acusador, através de um sistema analítico. Para uma melhor concepção da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, o fato penal se torna tripartido. Assim, declara Jardim, (2003, p. 214): "a ilicitude ou culpabilidade devem ser depreendidas das circunstâncias do fato principal, narradas, necessariamente, na peça acusatória, sendo ônus do autor provar, suficientemente, a existência destas circunstâncias que afirmou".

Por seu turno, a *"teoria do processo como procedimento em contraditório*" foi desenvolvida por Fazzalari, considerada um segmento da teoria de Goldschmidt, ainda que não assumida por todos, mas é inegável a importância do Professor Alemão. No processo, os atos do procedimento se desenvolvem de um modo dialógico. Modo de permitir que todos os indivíduos envolvidos no resultado final possam compartilhar dessa conclusão final, ou seja, seria o contraditório. O processo é uma espécie de procedimento intrínseco, que se desenvolve em contraditório (FAZZALARI, 1958 *apud* LOPES JR, 2020).

Contudo, a ideia de que o Estado, quando desempenha uma função jurisdicional por meio do processo, torna clara a concepção de que o processo é um instrumento posto à disposição do Estado, para o exercício da jurisdição.

Com isto, o contraditório é observado em duas extensões "como direito a informação e reação", onde qualquer ato do procedimento é presunção para o provimento final e todos são convocados a cooperar. E, esses atos estão interligados de modo que, a legitimidade posterior, depende da legitimidade anterior e de todos eles, submetem-se da sentença (LOPES JR, 2020).

Enfim, desse modo, claro está que a natureza jurídica do processo é de guerra, jogo, pois o mundo do processo é o mundo da incerteza. Em assim sendo, a posição defendida por Goldschmidt se mostra acertada, se comparada com a natureza jurídica defendida por Büllow, já que inscreve o processo penal numa situação de

dinamicidade, enquanto que, na perspectiva de relação jurídica processual, o processo estaria inserido numa situação estática.

Por isso, resta-nos evidente que o processo é um jogo, que será vencido pelo jogador que melhor aproveitar as chances processuais e, por isso, num Estado Democrático de Direito, ganha relevo a ideia de instrumentalidade constitucional do processo, já que uma sentença só seria legítima após o respeito às regras do jogo, do *flair play* processual.

2.2 A dupla conformidade do processo penal humanitário, constitucional e convencional em relação ao art. 492, I, "e", do CPP.

O Código de Processo Penal (CPP) foi promulgado em 3 de outubro de 1941, Decreto-Lei nº. 3.689, que entrou em vigor a partir de 1 de janeiro do ano de 1942, imposta por Getúlio Vargas (BRASIL, 1941). E, está conectado a uma "cópia" inquisitiva do Código Rocco Italiano, de 1930, ambos inspirados em uma ditadura fascista.

No entanto, o CPP passou por diversas reformas, muitas delas amenizadas anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), "adaptando-se" ao regime democrático. Todavia, permanece regido por estruturas autoritárias. Zapater (2016, p. 2; 4):

> [...] somente devido a uma intensa mobilização dos juristas e profissionais atuantes na defesa de acusados para que se adequasse o texto legal às normas constitucionais que passaram a prever garantias processuais penais como direitos individuais fundamentais. [...] São mais de seis décadas, durante as quais, pessoas vêm sendo processadas e condenadas com base em um procedimento que foi concebido para desprivilegiar o direito de defesa, compreendido pelo autor do Código como um "sentimentalismo mais ou menos equívoco".

Assim sendo, apesar de ainda possuirmos um CPP inquisitivo, a Constituição Federal delineia um sistema acusatório. Segundo, Távora & Alencar (2016, p. 48) "esse modelo que tem como características fundamentais a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, conferidas a personagens distintos".

E, com isso, atingimos um sistema acusatório conduzido através dos princípios da presunção de inocência, da ampla defesa, do contraditório e da publicidade, ocasionando satisfação de direitos humanos fundamentais e, principalmente, uma proteção do indivíduo contra o arbítrio do Estado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É notável que o CPP, que possui status de lei ordinária, deve obediência à Constituição Federal. Afirma Cunha (2018, p. 2): "Atualmente a Constituição é considerada como um parâmetro normativo e axiológico, de modo que os demais ramos do direito devem ser interpretados de acordo com os seus preceitos maiores." Ademais, o Tratado Internacional de Direitos Humanos, tendo status de norma supralegal, se situa abaixo da Constituição Federal e acima das demais normas do Ordenamento Jurídico. Dessa forma, atesta Leite & Cruz (2018, p. 7):

> As normas imediatamente abaixo da Constituição (infraconstitucionais) e dos tratados internacionais sobre direitos humanos são as leis (complementares, ordinárias e delegadas), as medidas provisórias, os decretos legislativos, as resoluções legislativas, os tratados internacionais em geral incorporados ao ordenamento jurídico e os decretos autônomos.

Com efeito, o CPP deve estar em conformidade com a Constituição Federal e com a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH). Reitera Cunha (2018, p.7): "o processo penal, na atualidade, deve passar, não apenas pelo filtro constitucional, mas, também, pelo filtro convencional dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil".

O Estado Democrático de Direito exige, antes de uma condenação, o transcurso de todo o processo penal. E, a busca para se alcançar um devido processo deve estar em conformidade com a constitucionalização dos direitos humanos, fazendo uma análise convencional e constitucional, e, assim, resultar em um processo penal humanitário. Conforme afirma Leonel *apud* Leonel & Magalhães (2016, p. 300):

> para que o poder punitivo tenha legitimidade é imperioso que ao réu tenha sido garantido o devido processo legal, com todos os seus consectários, previstos não só na Constituição Federal, mas, também, no Pacto de São José da Costa Rica.

Com isso, fica claro que é necessária, também, a conformidade do processo penal com o Pacto de São José da Costa Rica, como dispõe Leonel *apud* Leonel & Magalhães (2016, p. 314):

> Portanto, é inegável a necessidade de rompimento desses entraves, na direção da construção de um processo penal constitucional e humanitário, que necessariamente passa pela análise de conformidade das regras do Código de Processo Penal com o Pacto de São José da Costa Rica, dentro daquilo

> que se chama de controle de convencionalidade, até porque hierarquicamente o CPP, enquanto lei ordinária, está baixo da CADH, que segundo o STF possui status de norma supralegal.

Entretanto, não é isso que vem acontecendo em *terra brasilis,* pois vários são os exemplos de crises das fontes, ou seja, de aplicação de dispositivos de matriz autoritária do CPP, que são claramente violadores do texto constitucional e do pacto de São José da Costa Rica.

E, se já não bastasse esse, já preocupante, corte autoritário e fascista do processo penal brasileiro, recentemente tivemos a edição da lei nº 13.964/19, também conhecida como pacote anticrime*,* que, em diversos pontos, se mostra contrária à Constituição Federal e aos tratados internacionais de direitos humanos, como no caso da possibilidade de execução provisória da pena no Tribunal do Júri, *ex vi* a redação dada ao Art. 492, I, "e" (BRASIL, 1941):

> Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)
>
> I – no caso de condenação: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)
>
> e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Com a alteração do art. 492, I, "e", do CPP, ficou estabelecida a execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado, vem gerando diversos questionamentos sobre sua (in)constitucionalidade. Visto que, como é possível determinar a execução antecipada imediata da pena, após decisão de primeiro grau, sendo que o STF já reconheceu ser inconstitucional a execução antecipada, após decisão de segundo grau? É errado considerar o réu culpado, uma vez que ainda cabem recursos da aludida condenação, em primeiro grau de jurisdição.

Além disso, Lopes Jr (2020, p. 901) leciona que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> É errado afirmar que alguém é considerado "culpado" após a decisão de segundo grau, porque dela somente cabem recursos, especial e extraordinário, que não permitem reexame de provas. Primeiramente há que se compreender que no Brasil adotamos a "culpabilidade normativa", ou seja, o conceito normativo de culpabilidade exige que somente se possa falar em (e tratar como) culpado após o transcurso inteiro do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação. E, mais, somente se pode afirmar que está "comprovada legalmente a culpa", como exige o art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, com o trânsito em julgado da decisão condenatória.

A CADH consagra o princípio da presunção de inocência, até o momento em que o acusado for comprovadamente considerado culpado.

Portanto, conforme se demonstrará a seguir, a execução antecipada da pena compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e o princípio do duplo grau de jurisdição, violando tanto os Direitos Fundamentais como a CADH.

3.A LEGITIMIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA PELO TRIBUNAL DO JÚRI SOB FUNDAMENTO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Uma sentença condenatória só é legítima depois de esgotados todos os recursos, já que, todos só serão considerados culpados após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, bem como ninguém será privado de sua liberdade, senão depois de respeitado o devido processo legal, nos exatos termos do texto constitucional brasileiro.

Como é cediço, um réu é levado ao Tribunal do Júri quando, supostamente cometeu um crime doloso contra a vida, consumado ou tentado, crimes como homicídio, infanticídio, ou seja, crimes onde o bem jurídico protegido é a vida. Esses casos são julgados por um tribunal popular, ou seja, cidadãos comuns, escolhidos por meio de sorteio e, assim formarão o conselho de sentença.

O conselho de sentença decidirá se o réu é inocente ou culpado e o Juiz fixará a pena, conforme vontade do Tribunal popular, em caso de condenação. Caso o réu seja condenado, ele poderá interpor recursos, como por exemplo, quando a decisão dos jurados for, manifestamente, contrária às provas dos autos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Mas, para que se tenha uma sentença condenatória legítima, mister se faz assegurar o respeito à todas as regras democráticas do jogo, conforme dito alhures. Desse modo, o devido processo legal exige o respeito de todos os demais princípios processuais, direitos e garantias fundamentais. Portanto, o indivíduo deve ser considerado inocente, até o trânsito em julgado, até não haver mais nenhuma possibilidade de comprovarem sua culpabilidade.

O que se observa, em verdade, é que o cumprimento imediato da pena após condenação pelo Júri representa violação aos princípios constitucionais, em especial ao princípio da presunção de inocência, e, a execução provisória da pena pelo Tribunal do Júri gera a proteção insatisfatória de direitos fundamentais do indivíduo, e, um processo injusto.

3.1 Art. 492, I, "e", do CPP em observância ao princípio da presunção de inocência.

O Princípio da Presunção de Inocência se encontra previsto no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1988, bem como pela CADH, que estabeleceu por meio do art. 8º, 2 que: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa" (CONVENÇÃO, 1969).

Da presunção de inocência exsurge verdadeira regra de tratamento: todo investigado/acusado deve ser tratado como inocente ao longo da persecução criminal.

Portanto, a prisão de alguém pode se dar de forma cautelar ou em decorrência de sentença penal transitada em julgado. Por isso, fala-se em prisão sem pena (prisões processuais) e prisão-pena.

Com isso, não se nega a possibilidade de se prender algum acusado, que responde a processo perante o Tribunal do Júri, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, desde que tal prisão seja devidamente fundamentada pelo magistrado, em razões de ordem cautelar (prisão temporária ou preventiva, conforme o caso).

Todavia, a alteração do art. 492, I, "e", do CPP viola essa regra de tratamento, que decorre da presunção de inocência, uma vez que, estabeleceu a execução antecipada da pena ao acusado que recebe uma pena igual ou superior a 15 anos de reclusão, em primeira instância. Ou seja, ainda que caiba recurso e sem qualquer cautelaridade e fundamentação, mesmo sendo ainda inocente, pois não teria havido

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o acusado já iniciará o cumprimento de uma pena, como se culpado fosse.

De acordo com Fernandes (2019, p. 1):

> Não há nenhuma justificativa constitucional ou legal que autorize a relativização do direito à presunção de inocência nesses casos, pois é previsto recurso de apelação em face dessa decisão, cujo resultado do julgamento em segunda instância pode ser a cassação do veredicto, em virtude de haver possibilidade de plena reanálise fática do caso, diferentemente dos recursos aos Tribunais Superiores.

A questão é: como começar a execução antecipada da pena, sendo que o acusado ainda tem direito de recorrer da respectiva sentença? Isso, por óbvio, seria presumir sua culpabilidade, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória e não sua inocência.

3.2 Art. 492, I, "e", do CPP em observância ao princípio da soberania dos veredictos.

O princípio da soberania dos veredictos se encontra elencado no Artigo 5º, XXXXIII e é considerado uma garantia constitucional do acusado de ser julgado por um Tribunal popular (BRASIL, 1988).

A soberania dos veredictos representa a alma do Tribunal do Júri. Nesse contexto, o veredicto popular é quem vai decidir o caso no julgamento do Tribunal do Júri. E, o princípio da soberania dos veredictos irá garantir aos jurados que não haverá interferência do Poder Judiciário, conferindo a eles uma decisão imodificável. Assim, Tourinho Filho (2002, p. 246) declina que:

> Júri sem um mínimo de soberania é corpo sem alma, instituição inútil. Que vantagem teria o cidadão de ser julgado pelo Tribunal popular se as decisões deste não tivesse o mínimo de soberania? Porque o legislador constituinte esculpiu a instituição do Júri no capitulo pertinente aos direitos e garantias individuais? Qual seria a garantia? A de ser julgado pelos seus pares? Que diferença haveria em ser julgado pelo Juiz togado ou pelo Tribunal leigo? Se o Tribunal ad quem, por meio de recurso, examinando as quaestionesfacti e as quaestiones Júris, pudesse como juízo rescisório, proferir a decisão adequada, para manter o Júri. O legislador constituinte entregou o julgamento ao povo, completamente desligado das

> filigranas do direito criminal e das súmulas e repositórios jurisprudenciais para que pudesse decidir com a sua sensibilidade, equilíbrio e independência, longe do princípio segundo o qual o que não está nos autos não existe. A soberania dos veredictos, ainda que reduzida à sua expressão mais simples, é a essência do Júri. Ainda que a Lei das leis silencie a respeito, não pode o legislador ordinário omiti-la. Nada impede, contudo, possa ele reduzir a amplitude que o atual CPP lhe conferiu, contendo-a dentro nos seus indispensáveis e inevitáveis limites: Já mais suprimi-la exradice.

Portanto, o princípio da soberania dos veredictos confere aos jurados decidir sobre o mérito da causa e impede o Tribunal de modificar o mérito dessa decisão.

No entanto, ainda assim, é conferido ao Tribunal uma única possibilidade de anular essa decisão e determinar um novo julgamento pelo júri, no caso de apelação quando a decisão dos jurados for contrária às provas dos autos.

> Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)
>
> III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)
>
> d**)** for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. (Incluído pela Lei nº 263, de 23.2.1948)
>
> § 3º Se a apelação se fundar no III, d, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação. (Incluído pela Lei nº 263, de 23.2.1948) (BRASIL, 1941)

É possível, ainda, o questionamento da decisão proferida pelos jurados, por meio de revisão criminal, de acordo com o Artigo 621 (BRASIL, 1941):

> Art. 621: A revisão dos processos findos será admitida:
>
> I – Quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> II – Quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
>
> III – Quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição da pena.

O art. 492, I, "e", do CPP vem gerando grande polêmica, por prever a possibilidade de execução provisória da pena, sempre que houver condenação pelo júri, sustentando-se, nesse caso, que não haveria inconstitucionalidade, uma vez que a condenação é resultado de veredicto dos jurados, sendo aplicado o princípio da soberania dos veredictos. Portanto, a execução provisória da pena seria uma decorrência da soberania dos veredictos.

Nesse sentido, tem-se o posicionamento do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do Habeas Corpus nº 118.770 (STF, 2017):

> Direito Constitucional e Penal. Habeas Corpus. Duplo Homicídio, ambos qualificados. Condenação pelo Tribunal do Júri. Soberania dos veredictos. Início do cumprimento da pena. Possibilidade. 1. A Constituição Federal prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, d). Prevê, ademais, a soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, c), a significar que os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular. 2. Diante disso, não viola o princípio da presunção de inocência ou da culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. Essa decisão está em consonância com a lógica do precedente firmado em repercussão geral do ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, já que, também no caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar fato e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri. 3. Caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso. 4. Habeas corpus não conhecido, ante a inadequação da via eleita. Não concessão da ordem de ofício. Tese de julgamento: "A prisão de réu condenado por decisão do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade".

No entanto, é nítido que o princípio da soberania dos veredictos não é uma garantia absoluta, como explana Capez (2018, p. 654) "trata-se de princípio relativo, logo não exclui a recorribilidade de suas decisões, limitando-se, contudo, a esfera recursal ao juízo rescindente (judicium rescindem)".

No mais, a soberania dos veredictos é uma garantia constitucional dos jurados e do próprio réu, a assegurar que o Tribunal não poderá reformar o mérito da decisão do júri popular.

Desse modo, percebe-se de plano o equívoco da posição defendida pelo Min. Barroso, que, a rigor, invoca uma garantia do réu (a soberania dos veredictos) para soterrar outra garantia sua: a presunção de inocência. Note-se que, assim, o que se está fazendo é transformar uma garantia do acusado e do jurado (a soberania dos veredictos) em verdadeira antigarantia, numa perigosa viragem discursiva.

4.A (IN)CONSTITUCIONALIDADE E O PACOTE ANTICRIME

A lei nº 13.964 foi nomeada como "Pacote Anticrime", sancionada em 24 de dezembro de 2019, trazendo alterações na legislação penal e processual e na lei de execuções penais (BRASIL, 2019). Conforme Vivas (2020, p.1) "O pacote é resultado da reunião de propostas elaboradas pelo ministro da Justiça, Sergio Moro, e por uma comissão de juristas, coordenada pelo ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal (STF)".

A lei em questão iria apenas "aperfeiçoar" a legislação, no entanto, trouxe modificações substanciais. Uma delas é a mudança nas regras do Tribunal do Júri, que tinha como objetivo aumentar a efetividade no Tribunal do Júri. A mudança trazida pelo pacote anticrime, de acordo com Rocha (2020, p. 2) "a execução provisória da pena para quem for condenado a uma pena igual ou superior a 15 anos". Ou seja, o réu começará a cumprir a pena assim que for determinada a sentença, mesmo que ainda haja espaço para recursos.

Antes da vigência da lei nº 13.964, o réu poderia ser preso após determinada sentença, no entanto, era necessário que estivessem presentes requisitos da prisão preventiva. Assim, dispõe o Artigo 312 e 313 (BRASIL, 1941):

> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.
>
> 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**;**

Ademais, se não estivessem presentes nenhum dos requisitos, o réu, mesmo que tivesse sido condenado pelo tribunal do júri, aguardaria o trânsito em julgado da sentença em liberdade. No entanto, com a nova redação do pacote anticrime, caso a condenação da pena seja igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, o réu terá na sentença, desde já, a expedição do mandado de prisão, saindo do Tribunal do Júri, preso.

Dessa forma, conclui-se que a execução antecipada da pena é inconstitucional. Afirma Silva (2005, p. 46): "todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal". Com isso, a execução antecipada da pena não foi recepcionada pela Constituição.

4.1.Da (in)constitucionalidade do art. 492, I, "e", do CPP perante a supremacia das normas constitucionais e dos tratados internacionais de direitos humanos.

O nosso ordenamento jurídico é formado por um plexo de normas jurídicas e, dentro dele, estas normas jurídicas estão organizadas em uma relação de hierarquia. Ou seja, possuem espécies normativas superiores, como é o caso da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e, espécies normativas inferiores, que estão abaixo das normas delas (NOVELINO, 2014).

Diante disso, é nítido que a Constituição Federal é dotada de supremacia constitucional, em razão de sua rigidez. E, devido isso, todas as normas infraconstitucionais devem estar em sintonia com o texto constitucional. Pois, é da Constituição que as normas infraconstitucionais retiram seu fundamento de validade. E se, eventualmente, uma espécie normativa estiver em dissonância com a Constituição, ela será considerada inválida e inconstitucional. Afirma Silva (2005, p. 49) "normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição".

Assim sendo, não deveria ser possível a execução provisória da pena após condenação pelo tribunal do júri, alteração prevista no Art.492, I, "e" do CPP pela lei Anticrime nº 13.964/2019, se tal alteração se encontra em desobediência ao comando constitucional, correndo o risco da decisão ser reformada, por meio de recurso especial. Ora, o acusado é preso provisoriamente, após condenação pelo tribunal do júri, sendo que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) pode reconhecer que existe uma nulidade no júri, declarar essa nulidade e reformar a decisão, levando o réu a um novo julgamento. Durante todo esse processo, o acusado deveria permanecer preso? (LOPES, 2020)

Em decorrência do que foi dito, reitera Lopes Jr *apud* Tatemoto (2019, p. 2): "A questão é que agora temos alguém preso, e que amanhã pode ser absolvido, ou a pena pode ser reduzida, podem modificar regime, podem anular o processo inteiro e a pessoa ficou presa anos sem trânsito em julgado, sem fundamento cautelar".

Há de se compreender que no Brasil foi instituído o princípio da presunção de inocência, com o intuito de assegurar a liberdade dos indivíduos e proteger inocentes de terem uma prisão prematura, sem uma sentença definitiva. E, mesmo estando consagrada no art. 5º, LVII (BRASIL, 1988) e, sendo dotada de supremacia constitucional, não é absoluta, por poder ser relativizada pela aplicação das prisões cautelares. Portanto, segundo Lopes Jr (2020, p. 901), "somente se possa falar em (e tratar como) culpado após o transcurso inteiro do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação".

Repetidamente, é demonstrado que a execução antecipada da pena após condenação pelo tribunal do júri é inconstitucional. Esclarece Lopes Jr (2020, p. 900): "pois não se reveste de caráter cautelar e não foi recepcionada pelo art. 283 do CPP, além de violar a presunção de inocência ao tratar alguém de forma análoga à de um condenado, antes do trânsito em julgado".

> Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária

> competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. (BRASIL, 1942)

Ademais, o princípio da isonomia também é violado, e também é um princípio constitucional, ou seja, também é dotado de supremacia constitucional. Previsto no Art. 5º *caput* CF (Brasil, 1988), "Todos são iguais perante a lei". Dessa forma, não existe coerência, uma vez que o legislador estabeleceu a prisão obrigatória para réu condenado pelo tribunal do júri a uma pena igual ou superior a 15 anos, ou seja, réu acusado de crimes dolosos contra a vida, sendo que réus condenados por latrocínios, estupro com resultado morte e, outros crimes com penas superiores a 15 anos, a prisão não é obrigatória? Porque uma prisão impositiva para uns e para outros não? Debate Streck (2020, p.3):

> Isto quer dizer o quê? Simples. Que o júri é absolutamente soberano. Quer dizer: alguém comete um latrocínio, é julgado por juiz togado e pega 16 anos de prisão. Pode recorrer. A prisão não é obrigatória. Poderá ser preso, é claro. Provavelmente será e não recorrerá em liberdade. Mas, tecnicamente, a prisão não é impositiva. Mas no júri, acima de 15 anos, sim.

Por fim, a inconstitucionalidade do art. 492, I, "e" do CPP também fere os tratados internacionais de direitos humanos, que determina, conforme o art. 8, 2, h da CADH (CONVENÇÃO, 1969):

> 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:
>
> h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Logo, por conseguinte, a Constituição Federal trouxe garantias ao réu, através do princípio da presunção de inocência e do princípio da isonomia, da mesma forma a CADH. O Tribunal do Júri foi instituído para dar uma maior proteção aos acusados. Nesse sentido, a inconstitucionalidade do art. 492, I, "e", do CPP, suprimiu o objetivo do Tribunal do Júri, princípio da presunção de inocência, o princípio da isonomia e o princípio do duplo grau de jurisdição, violando, tanto os Direitos Fundamentais, como os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Garantias que atendiam as necessidades do acusado, o legislador usou para atingir negativamente o réu.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4.2 Entendimento dos tribunais em relação a (in)constitucionalidade da execução antecipada após decisão de 1º e 2º grau.

O tema acerca da execução provisória da pena gera inúmeras discussões jurisprudenciais. Dado que, como é possível admitir a execução antecipada da pena após uma decisão de 1º grau, se o STF reconheceu ser inconstitucional a execução antecipada após decisão de 2º grau?

O julgamento ocorrido em 07 de novembro de 2019, no STF, alterou o entendimento acerca da prisão em 2ª instância, que prevalecia de 2016 a 2019. A condenação em 2ª instância autorizava a execução provisória da pena, entendimento esse que foi alterado e, a partir de 07 de novembro de 2019, não é mais possível a prisão provisória da pena de condenação em 2ª instância.

Um dos casos de maior repercussão durante esse período foi o do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, condenado com mais de 08 anos de prisão, pelos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro. O ex-presidente foi solto em 08 de novembro de 2019. Reitera Gomes (2019, p. 1) "O ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi solto na última sexta-feira (8), um dia depois de o Supremo Tribunal Federal (STF) decidir que réus só podem ser presos depois de esgotados todos os recursos".

Ora, foi reconhecido ser inconstitucional a execução antecipada, após decisão de 2º grau, e a execução antecipada da pena, após julgamento pelo tribunal do júri? Afirma Lopes Jr (2020, p. 905) "É igualmente inconstitucional, com agravante de que se trata de execução antecipada em primeiro grau". No entanto, entendimentos jurisprudenciais contrariam a afirmação de Lopes Jr. Como elucida o il. Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto no Habeas Corpus nº 84.078/MG (STF, 2009):

> [...]. Considero que as decisões proferidas pelo juízo de primeiro e/ou segundo graus de jurisdição, no sentido da condenação do réu, como é o caso presente, devem ser respeitadas e levadas a sério, pois os órgãos judiciários prolatores de decisões de mérito são presumidamente idôneos para o ofício que lhes compete exercer. [...]. Considerando, assim, a legitimidade das instâncias ordinárias para proferir decisões condenatórias dotadas de efetividade, penso ser necessário que esta Corte permita sua execução provisória, sob pena de as tornarmos despiciendas. É de se ter em conta a possibilidade de execução provisória do julgado vem da necessidade de dar efetividade ao processo, evitando que se frustre a condenação já exaustivamente determinada nas instâncias ordinárias, em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> que a ação penal tramitou e foi submetida à análise percuciente pelos órgãos competentes para análise dos fatos. Veja-se que não se trata de relegar à inoperância o princípio da presunção de inocência do acusado, mas se estará a velar pelo cumprimento provisório de provimento condenatório, já exaustivamente decidido nas instâncias ordinárias. Volto a frisar, as instâncias competentes para exame dos fatos. Ora, o princípio do estado de inocência não é absoluto e incontrastável em nosso ordenamento jurídico; foi com base na sua ponderação que, por exemplo, esta Corte sempre entendeu e continua entendendo legítimos os institutos da prisão preventiva e da prisão temporária. Relativamente ao condenado, a execução provisória da pena também é de ser admitida, considerada não a culpa inconteste do réu, mas a existência de decisões judiciais condenatórias, calcadas nos exames dos fatos, que tornam legítima a privação da sua liberdade [...]

Fica nítido, portanto, que a posição do il. Ministro se mostra favorável à execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sob fundamento, que tal decisão não fere a Constituição Federal, não fere, particularmente, o princípio da presunção de inocência.

No julgamento do Habeas Corpus nº 118.770, a posição do Ministro Luís Roberto Barroso, foi similar ao posicionamento do Ministro Joaquim Barbosa. Em sua tese, o Ministro afirmou que a prisão de sentença condenatória do Tribunal do Júri não viola o princípio da presunção de inocência e que a decisão dos jurados é soberana.

Em seu voto, no HC nº 118.770, Ministro Luís Roberto Barroso, fundamenta (STF, 2009):

> [...] 9. A Constituição Federal de 1988 prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, d). Prevê, ademais, a soberania dos seus veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, c), a significar que os tribunais não podem substituir a decisão proferida. 10. Ao discorrer sobre a soberania da deliberação do Tribunal popular, Guilherme de Souza Nucci afirma que "o veredicto popular é a última palavra, não podendo ser contestada, quanto ao mérito, por qualquer Tribunal togado...". É certo que a legislação e a

jurisprudência admitem a invalidação do julgamento, notadamente em caso de decisão manifestamente contrária à prova dos autos ou de nulidade ocorrida no processo, nos termos do artigo 593, inciso III, do Código de Processo Penal. Veja-se, nessa linha, o RHC 132.632-AgR, Rel. Min, Celso de Mello, em que a decisão absolutória do júri foi invalidada a pedido da acusação. Porém, como regra geral, o Tribunal não poderá substituir uma decisão do júri, mas apenas determinar a realização de novo julgamento. 11. À vista deste quadro constitucional e legal, nada impede o imediato cumprimento de decisão condenatória pelo Tribunal do Júri. 12. Como já assentei, a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação pelo Tribunal do Júri, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri, e o Tribunal não pode substituir-se aos jurados na apreciação de fatos e provas (CF/1988, art. 5º, XXXVIII, c), o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144). Assim, interpretação que interdite a prisão como consequência da condenação pelo Tribunal do Júri representa proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas. [...]. 14. Por esse conjunto de razões, como regra geral quase absoluta, prevalecerá a decisão do Tribunal do Júri. Ademais, no caso de crimes dolosos contra a vida, mais notoriamente nos de homicídio, a celeridade da resposta penal é indispensável para que a Justiça cumpra o seu papel de promover segurança jurídica, dar satisfação social e cumprir sua função de prevenção geral. 15. Anote-se, por importante, que, no caso haja indícios fortes de nulidade do processo ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal competente para o julgamento do recurso de apelação, no exercício do poder geral de cautela, poderá suspender a execução da decisão condenatória até o julgamento final do recurso. Isto sem contar a permanente possibilidade de impetração de habeas corpus, "sempre que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (art. 5º, inciso LXVIII).

Em seu voto, o Ministro fundamentou três questões: o princípio da soberania dos veredictos, o princípio da presunção de inocência e a proteção dos direitos fundamentais (PACE, 2018).

Em relação ao princípio da soberania dos veredictos, ele argumentou não ser possível substituir decisão proferida pelo Tribunal do Júri, mesmo podendo ocorrer um novo julgamento, em caso de a decisão estar contrária às provas dos autos (PACE, 2018).

Posteriormente, ele fundamentou que o princípio da presunção de inocência não é uma regra, e sim um princípio, e que ele pode ser relativizado, em prol dos bens jurídicos que a Constituição assegurou resguardar, com o objetivo de que a lei penal seja efetiva (PACE, 2018).

Por fim, sua última argumentação foi sobre a execução imediata da pena, sob proteção dos direitos fundamentais. O Ministro Luís Roberto Barroso afirma que o impedimento para o cumprimento imediato da pena implica na proteção insatisfatória dos direitos fundamentais, isto é, viola o direito à vida, à dignidade humana e à integridade física e moral das pessoas. Segundo o Ministro, essa é a resposta penal, para que a Justiça cumpra seu papel de segurança pública (PACE, 2018).

Pois bem, ele fundamentou que o princípio da presunção de inocência não é uma regra, e pode ser relativizado. E o princípio da soberania dos veredictos? Não é um princípio? Não pode também ser relativizado? Diante desses argumentos, fica claro que o Ministro tratou o princípio da soberania dos veredictos como absoluto e, que está convertendo garantias, que deveriam ser usadas em favor dos acusados, contra eles.

Sobre o argumento de que o impedimento para o cumprimento imediato da pena implica na proteção insatisfatória dos direitos fundamentais, é totalmente incabível. E o acusado? Não tem direito à vida? À liberdade? Onde fica a dignidade humana dele?

É injusto. O acusado tem direito a ser tratado como inocente, até o trânsito em julgado. Ele não pode ter sua liberdade privada, sob fundamentos que contrariam a Constituição Federal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O tribunal do júri, o princípio da soberania dos veredictos, o princípio da presunção de inocência são garantias constitucionais, que não podem ser usadas contra o réu. É totalmente inconstitucional.

5.CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível compreender, ante o apresentado, que a execução antecipada da pena após condenação, em 1º grau, pelo tribunal do júri, atestou ser inconstitucional, na medida em que viola o princípio da presunção de inocência, que exige o trânsito em julgado da decisão, como condição para executar a pena, uma vez ponderado com o interesse constitucional, na efetividade de lei penal.

A respeito do princípio da soberania dos veredictos, observou-se que o legislador tentou manipular uma garantia constitucional do réu em desfavor dele e, assim, conseguir anular o princípio da presunção de inocência, tendo, dessa forma, o princípio da soberania dos veredictos como absoluto.

A aplicação do cumprimento imediato da pena, após condenação, pelo tribunal do júri, gerou diversos entendimentos doutrinários e jurisprudências. Como os posicionamentos dos Ministros Joaquim Barbosa e Luís Roberto Barroso, nos quais ambos se posicionaram favoráveis à aplicação da execução provisória da pena, através de fundamentos, claramente equivocados, afirmando que tal aplicação não fere o princípio da presunção de inocência, e que pode ser relativizado, por se tratar de um princípio, e não regra. Em contrapartida, o mesmo argumento não foi utilizado em relação ao princípio da soberania dos veredictos.

Portanto, entende-se que, o legislador, através do Pacote Anticrime, tinha o objetivo de buscar uma maior efetividade nas decisões condenatórias. No entanto, a aplicação da execução provisória da pena contraria a Constituição Federal, o Art. 283 do CPP e a Convenção Americana de Direitos Humanos, que também exige a comprovação legal da culpa como condição para o início da execução da pena.

Por fim, conclui-se que a discussão acerca do tema está longe de chegar ao fim. À vista disso, torna-se urgente a reinterpretação da alteração do art. 492, I, "e" do CPP, com intuito de resguardar o princípio da presunção de inocência, previsto no texto constitucional e, assim, não afetar o significado de trânsito em julgado.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, N. S., & MARTINS, R. (12 de Dezembro de 2019). **Execução Provisória da Sentença Penal Condenatória em Face Dos Princípios Constitucionais**. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/execucao-provisoria-da-

sentenca-penal-condenatoria-em-face-dos-principios-constitucionais/. Acesso em 23 de mai. de 2020.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto Lei nº 3.689/1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 26 abr. de 2019.

_____. Código Penal. **Decreto Lei nº 2.848/1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm/. Acesso em 26 abr. de 2019.

_____. Constituição Federal. **Constituição da República do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm/. Acesso em 26 de abr. de 2019.

_____. Projeto de Lei Anticrime. **Decreto Lei nº 13.964/2019**. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collectivenitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf/. Acesso em 26 de abr. de 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 25ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CINTRA, A. C., GRINOVER, A. P., & DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CONVENÇÃO de Viena sobre o Direito dos Tratados = VIENNA Convention on the Law of Treaties. 22 de maio 1969.

CUNHA, T. M. (07 de setembro de 2018). **Da necessária conformidade do Processo Penal com a Constituição Federal e com os Tratados Internacionais que versam sobre Direitos Humanos**. Disponível em: https://thiagocunhadireito.jusbrasil.com.br/artigos/621024549/da-necessaria-conformidade-do-processo-penal-com-a-constituicao-federal-e-com-os-tratados-internacionais-que-versam-sobre-direitos-humanos/. Acesso em 15 de mai. de 2020.

DUARTE, H. G. (setembro de 2013). **O processo penal no Estado Democrático de Direito**. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/25876/o-processo-penal-no-estado-democratico-de-direito/. Acesso em 26 de mar. de 2020.

FERNANDES, L. T. (05 de Março de 2019). **Por que execução imediata das condenações do júri é inconstitucional**. Disponível

em: https://www.conjur.com.br/2019-mar-05/execucao-imediata-condenacoes-juri-inconstitucional/. Acesso em 18 de mai. de 2020.

GOMES, M. (11 de novembro de 2019). **O Assunto #56: Lula solto após decisão do STF e o que acontece agora na política**. Disponível em: https://g1.globo.com/podcast/o-assunto/noticia/2019/11/11/o-assunto-56-lula-solto-apos-decisao-do-stf-e-o-que-acontece-agora-na-politica.ghtml/. Acesso em 24 de mai. de 2020.

JARDIM, A. S. **Direito Processual PenaL**. Rio de Janeiro: Foroense, 2002.

LEITE, G., & CRUZ, R. P. (19 de Abril de 2018). **Sobre a hierarquia das leis no direito brasileiro**. Disponível em: https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/sobre-a-hierarquia-das-leis-no-direito-brasileiro/. Acesso em 15 de mai. de 2020.

LEONEL, A. L., & MAGALHÃES, N. D. ***Perspectivas Jurídicas:*** *um novo olhar.* Teresina: Editora Garcia, 2016.

LOPES JR, . **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JR, A., & SILVA, P. A. **A incompreendida concepção de processo como "situação jurídica":** vida e obra de James Goldschimidt. p. 33-35. Panóptica, 2010.

MARQUES, J. F. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas, 1997.

NOVAIS, C. R. (28 de Janeiro de 2020). **Lei 13694/2019: Execução Imediata da Condenação pelo Júri e Marco Quantitativo Inconstitucional**. Disponível em: https://www.mpmt.mp.br/portalcao/news/836/81606/lei-136942019-execucao-imediata-da-condenacao-pelo-juri-e-marco-quantitativo-inconstitucional/. Acesso em 18 de mai. de 2020.

NOVELINO, M. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2014.

PACE, A. B. **Execução Imediata da Pena Após Condenação pelo Tribunal do Júri**. 2019. 58 páginas. Centro Universitário Curitiba. Curitiba. 2019.

ROCHA, R. (Fevereiro de 2020). **O pacote anticrime alterou o Tribunal do Júri**. Disponível em: https://rbispo77.jusbrasil.com.br/artigos/814049746/atencao-o-pacote-anticrime-alterou-o-tribunal-do-juri/. Acesso em 24 de abr. de 2020.

SILVA, J. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

STF. HABEAS CORPUS: HC 84.078/MG. Relator: Ministro EROS GRAU. DJ: 05/02/2009. STF. ps. 01/02. Disponível em:

http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531/. Acesso em 05 abr. 2019.

STF. HABEAS CORPUS: HC 118770, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO. DJ: 20/04/2017. Disponível em: file:///C:/Users/samsung/Downloads/HC_118_770_10mar2017.pdf/. Acesso em 19 mai. 2020.

STRECK, L. (30 de janeiro de 2020). **Júri: pode um simples "não" levar à imediata prisão do réu?**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jan-30/senso-incomum-juri-simples-nao-levar-imediata-prisao-reu/. Acesso em 21 de mai. de 2020.

TATEMOTO, R. (17 de outubro de 2019). **Jurista desmonta argumentos que defendem prisão após segunda instância: "Falácias"**. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2019/10/17/jurista-desmonta-argumentos-que-defendem-prisao-apos-segunda-instancia-falacias/. Acesso em 21 de mai. de 2020.

TÁVORA, N., & ALENCAR, R. R. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

TOURINHO FILHO, F. C. **Prática de processo penal**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VIVAS, F. (23 de Janeiro de 2020). **Pacote anticrime entra em vigor nesta quinta**. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/01/23/pacote-anticrime-entra-em-vigor-nesta-quinta-veja-ponto-a-ponto-o-que-passa-a-valer.ghtml/. Acesso em 24 de abril de 2020.

ZAPATER, M. (17 de Junho de 2016). **O Código de Processo Penal de 1941: tudo o que você disser poderá ser usado contra você**. *D*isponível em: http://www.justificando.com/2016/06/17/o-codigo-de-processo-penal-de-1941-tudo-o-que-voce-disser-podera-ser-usado-contra-voce/. Acesso em 15 de mai. de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

MOSAICO ACERCA DO COTIDIANO DE PROFESSORES LGBT'S NO ÂMBITO ESCOLAR

VANESSA ANDRIANI MARIA:
Advogada, pós-graduanda em Advocacia Cível e Direito do Trabalho. Membro da Comissão de Direitos Humanos e do Grupo de Violência de Gênero da OAB Santa Maria-RS.

CRISTIANO DOTTO RABENSCHLAG
(coautor)

RESUMO: Este artigo tem por escopo expor as atitudes, valores e críticas das pessoas que compõem o cotidiano dos professores LGBT's dentro do ambiente escolar, transparecendo alguns preconceitos vivenciados por estes educadores a respeito de sua orientação sexual. Para isso, partimos da escola, lugar privilegiado para o acesso à igualdade de gênero, na perspectiva de sua diversidade, instigando a reflexão sobre o papel da educação e seus professores nesse processo de enfrentamento à homofobia. Abordamos a importância de promover ações de desconstrução de práticas homofóbicas, evidenciando a existência de preconceito e discriminação a tais professores dentro do universo escolar. Os métodos utilizados foram o dialético e o observacional. Através de pesquisa bibliográfica e documental, o presente artigo buscou informações pertinentes a estas minorias. Quanto à perspectiva do enfrentamento à homofobia nos espaços escolares, compreendemos que a escola deve abordar de modo expressivo, os temas: diversidade sexual e homofobia, possibilitando ações que auxiliem no combate às diferenças e seja, sobretudo, ambiente acolhedor e humanizado. Os resultados sugerem que, apesar do desenvolvimento de campanhas sobre a homofobia na escola, ainda há muito a fazer nesse campo.

Palavras chave: Professores, Escola, Homofobia, Inclusão, Diversidade sexual.

ABSTRACT: This article aims to expose the attitudes, values and criticisms of the people who make up the daily life of LGBT teachers within the school environment, showing some prejudices experienced by these educators regarding their sexual orientation. For this, we started from the school, a privileged place for access to gender equality, in the perspective of its diversity, instigating reflection on the role of education and its teachers in this process of confronting homophobia. We approach the importance of promoting actions to deconstruct homophobic practices, highlighting the existence of prejudice and discrimination against such teachers within the school universe. The methods used were dialectic and

observational. Through bibliographic and documentary research, this article sought information relevant to these minorities. Regarding the perspective of tackling homophobia in school spaces, we understand that the school must address in an expressive way, the themes: sexual diversity and homophobia, enabling actions that help to fight differences and be, above all, a welcoming and humanized environment. The results suggest that, despite the development of campaigns on homophobia at school, much remains to be done in this field.

Keywords: Teachers, School, Homophobia, Inclusion, Sexual diversity.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. RECORTES DA VIVÊNCIA NO ÂMBITO ESCOLAR E A DIVERSIDADE; 3. CONSTATAÇÕES SOBRE DIVERSIDADE E PRECONCEITO NA ESCOLA; 4. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

É imperativo nos dias atuais aprender a conviver com o pluralismo, diversidade de gênero e o respeito às individualidades. A escola, como espaço formativo, onde existe ambiente de respeito e dedicação às particularidades de cada pessoa, exerce papel fundamental como instrumento social, garantindo o respeito à dignidade da pessoa humana e promovendo a inclusão de todos.

Cada cidadão, que forma a sociedade apresenta predicados ímpares, edifica sua própria formação social, identidade cultural e todos devem ser respeitados com dignidade, nos locais por onde circulam, diariamente.

Atualmente, a discussão a respeito de gêneros e sexualidades, que é crescente no Brasil, vem despontando na sociedade, refletindo no cotidiano das escolas, as quais devem exercer um papel conscientizador sobre a humanização, de reflexão crítica da realidade e do respeito à diversidade e à cidadania.

Todas as pessoas são diferentes, entretanto, no âmbito escolar nem sempre isso é considerado. Quando estas pessoas não se emolduram dentro das expectativas que a sociedade apregoa em relação aos preceitos de gênero masculino e o feminino sofrem discriminação.

Os preconceitos atribuídos acerca da diversidade sexual que caracterizam a homofobia advêm em sua maioria, do parco conhecimento a respeito do assunto, acarretando reproduções precipitadas e discricionárias. Neste sentido, profissionais da educação LGBT têm demonstrado grande dificuldade em estabelecer relações sociais positivas com os jovens, retratando um panorama de práticas discriminatórias de violações constitucionais, dentro das escolas.

2 RECORTES DA VIVÊNCIA NO ÂMBITO ESCOLAR E A DIVERSIDADE

Se a sociedade é constituída por uma diversidade de culturas, crenças, etnias, estilos de vida entre outras variadas características; a escola, por ser a representação desta sociedade, tende a reproduzir todas as relações sociais, inclusive as práticas de discriminação (mais especificamente a homofobia) em suas salas de aulas, pátios, corredores, banheiros, enfim, em todos os espaços por onde circulam estudantes, funcionários em geral e professores. (FACCO, 2009, p. 18).

O ambiente escolar constitui o universo onde as relações sociais são estabelecidas e firmadas. As interações estabelecidas entre todas as pessoas que nela se encontram refletem-se no mundo exterior.

A escola sempre proporciona aos alunos uma educação sexual voltada aos heterossexuais, e esquecem-se deste grupo que sempre existiu, porém por muitos anos ficou escondido, com medo de "falsos" valores morais que condenavam os adeptos, quando não como doentes mentais, taxavam como criminosos e sem vergonhas, como se a orientação sexual, fosse algo que o sujeito pudesse alterar ao seu bel prazer (SANTOS, 2012).

O que se observa atualmente é uma educação voltada ao conceito heteronormativo, que evidencia o comportamento que deve ser seguido por homens e mulheres em seu relacionamento afetivo e sexual. É como se só houvesse uma única forma, "a forma normal", ou seja, a heterossexual, as outras não se encaixam nesse perfil e são reprimidas e marginalizadas.

Independente das estratégias ou medidas empregadas para combater as diversas manifestações preconceituosas, é preciso se atentar para a urgência e complexidade dessa tarefa. A intervenção necessária ao enfrentamento das discriminações advindas do preconceito demanda uma articulação de meios, parcerias e ações para evitar que os indivíduos sejam alijados de determinados direitos e passem por privações como ter acesso restrito aos recursos materiais e simbólicos, somente por possuírem uma marca grupal, objetiva ou impingida, socioculturalmente desvalorizada. Ou seja, o simples fato de julgar a identidade sexual e/ou de gênero de determinado indivíduo já leva à criação de estereótipos que culminam em várias práticas homofóbicas. (LIMA, 2011)

A escola é um dos espaços mais difíceis para os sujeitos assumirem sua condição de homossexual, pois, segundo a concepção heteronormativa: só pode haver um tipo de desejo sexual e que esse tipo – inato a todos – deve ter como alvo um indivíduo do sexo oposto, a escola nega e ignora a homossexualidade (provavelmente nega porque ignora) e, dessa forma, oferece muito poucas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

oportunidades para que adolescentes ou adultos assumam, sem culpa ou vergonha, seus desejos. O lugar do conhecimento mantém-se, em relação à sexualidade, como o lugar do desconhecimento e da ignorância. (LOURO, 2001, p. 30)

A ideia da escola como um espaço de construções das diferenças, ou seja: diferenças, distinções, desigualdades... A escola entende disso. Na verdade, a escola produz isso. Desde seus inícios, a instituição escolar exerceu uma ação distintiva. Ela se incumbiu de separar os sujeitos – tornando aqueles que nela entravam distintos dos outros, os que a ela não tinham acesso. Ela dividiu também, internamente, os que lá estavam, através de múltiplos mecanismos de classificação, ordenamento, hierarquização. A escola que nos foi legada pela sociedade ocidental moderna começou por separar adultos de crianças, católicos de protestantes. Ela também se fez diferente para os ricos e para os pobres e ela imediatamente separou os meninos das meninas. Concebida inicialmente para acolher alguns – mas não todos – ela foi, lentamente, sendo requisitada por aqueles aos quais havia sido negada. Os novos grupos foram trazendo transformações à instituição. Ela precisou ser diversa: organização, currículos, prédios, docentes, regulamentos, avaliações iriam, explícita ou implicitamente, "garantir" – e também produzir – as diferenças entre os sujeitos. (LOURO,1999, p. 57)

Na mediação das relações de ensino e aprendizagem, as e os docentes progressistas, que conseguem superar suas próprias limitações e trazer o diálogo para a sala de aula, de forma ética e respeitosa com as várias identidades ali em formação, ampliam sua capacidade de avançar sobre um sistema que ignora a totalidade, e ampliando espaço e forças para que não continue calada a existência daqueles e daquelas que divergem da maioria em sua existência humana, nos convidando: [...] a rever nossa noção usual da necessidade e da contingência, porque ela é a mudança da contingência em necessidade pelo ato de retomada. Tudo aquilo que somos, nós o somos sobre a base de uma situação de fato que fazemos nossa, e que transformamos sem cessar por uma espécie de regulagem que nunca é uma liberdade incondicionada. Não há explicação da sexualidade que a reduza a outra coisa que ela mesma, pois ela já era outra coisa que ela mesma e, se se quiser nosso ser inteiro. (MERLEAU-PONTY, 1999, p.236).

Os professores homossexuais são dignos de respeito, sem perder de vista a afirmação da sexualidade, seja no âmbito da educação e/ou das políticas públicas. Nessa conjuntura, os assuntos relacionados à diversidade, sexualidade, gênero devem ser recebidas como alguma coisa natural intrínseca ao desenvolvimento do ser humano e de sua constante evolução.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

As escolas são lugares onde se desenvolvem se praticam e se elaboram de forma ativa a identidade sexual e as de outro tipo. Ali os alunos se "escolarizam", como seres sexuados e de distinto gênero, porém também os professores e, em menor grau, outros participantes (pais, mães, sobretudo, e outros responsáveis pelas crianças, por exemplo). A identidade sexual e outras identidades sociais, assim como as diversas formas de vida, se produzem em relação com as ofertas culturais e as condições institucionais da escola. A produção da identidade que se fundamenta na escola nunca é definitiva, nem pode abranger toda a vida (nem sequer a sexual), porém também é verdade que pode produzir nos indivíduos consequências duradouras e de efeitos múltiplos. (EPSTEIN et al, 2000, p. 14).

Louro (1997) observa que, embora não se possa atribuir à escola o poder e a responsabilidade de explicar identidades sociais ou de determiná-las de forma definitiva, é necessário reconhecer que "[...] suas proposições, suas imposições e proibições fazem sentido, têm 'efeitos de verdade', constituem parte significativa das histórias pessoais" (p.21). Ressaltamos que questionar sobre esses campos não é uma tarefa fácil, olhar para esses discursos de modo diferenciado é colocar em confronto relações de poder.

A criança estabelece princípios e regras de gênero, a partir da sociedade em que está inserida, de meios de comunicação a que tem acesso, de amigos com quem tem contato e com outros familiares. A criança observa ativamente e assegura a continuidade do que vivencia no espaço em que se insere, seja em casa, ou na escola.

Quando há homossexuais no ambiente escolar, torna-se mais pacífico reiterar e, acima de tudo, "permitir" o heterossexismo nesse ambiente. O que em regra se observa são adultos, inclusive alguns educadores, consentem e até praticam ofensas contra pessoas que se diferenciam dos papéis de gênero esperados, pelo que a sociedade impõe.

3 CONSTATAÇÕES SOBRE DIVERSIDADE E PRECONCEITO NA ESCOLA

O grande desafio que os professores LGBT's enfrentam nas escolas é ocupar um espaço legitimado como "somente masculino", principalmente no meio dos esportes. Em verdade, estes professores sofrem preconceitos homofóbicos por parte dos próprios professores e gestores da escola onde atuam. Questões como estas devem se fundar em um grande embate para os professores de Educação Física. Os professores homossexuais, enquanto membros de uma sociedade igualitária merecem ter uma prática de atividades físicas não discriminatória dos heterossexuais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Esses professores enfrentam desafios em sua inclusão na comunidade escolar e também social, e, portanto, há uma necessidade de pesquisar as temáticas emergentes. O estudo do gênero e da sexualidade busca explicar a reprodução das relações sociais entre os grupos e os papeis sociais e sexuais, o que leva consequentemente ao entendimento de outras relações.

No ambiente escolar, o que é relevante é o profissionalismo, independente da identidade sexual, vida pessoal, religião; o que interessa ao aluno é o conhecimento que o professor passa. Os professores devem ater-se ao conhecimento de sua disciplina e temas relacionados ao seu conteúdo e à relação dos alunos que esteja envolvida cientificamente com a escola.

O professor não precisaria se sentir excluído em um espaço onde a inclusão representa algo tão efetivo. Quando tal constrangimento é pertinente à orientação sexual do indivíduo, que não se encaixa nos moldes heteronormativos, como é o caso das pessoas LGBT's, a sensação de não se adequar aos moldes da instituição parece ser cada vez maior.

Conforme Louro (2003, p. 57), a escola, desde a sua origem, entende e produz "diferenças, distinções, desigualdades" sociais, étnicas, geracional, de gênero, de orientação sexual dentre outras. A negação dos/as homossexuais no espaço legitimado da sala de aula acaba por confiná-los às "gozações" e aos "insultos" dos recreios e dos jogos, fazendo com que, desse modo, jovens gays e lésbicas só possam se reconhecer como desviantes, indesejados e ridículos (LOURO, 2003, p. 68).

Significados culturais construídos ao longo da história são claramente demarcados na profissão docente e quando professores e professoras contrariam esses significados, transitando pelas fronteiras das sexualidades e dos gêneros, estranhamentos, conflitos, tensões e também redescobertas, reestruturações e desafios podem emergir no contexto escolar desencadeando avanços ou retrocessos no processo de construção da diversidade humana. (FRANCO, 2015)

Ainda a respeito do assunto Franco (ibid) observa que

... o/a professor/a gay, travesti e lésbica, ao exercer a profissão docente, não se desvincula das marcas da sexualidade e do gênero inscritas em seu corpo, provocando impactos nos diversos sujeitos que compõem a escola...

Ressalta-se a importância que o meio social possui no processo do educar, bem como também deve formar cidadãos críticos, independentes e porquanto conscientes dos seus deveres e direitos e que sejam capazes de compreender a realidade a qual vivem.

"A diversidade está inscrita no cotidiano escolar, nos seus vários sujeitos professores/ as, alunos/as, funcionários/as, pais e mães: brancos/as e negros/ as, meninos e meninas, jovens de ambos os sexos, hetero e homossexuais [...]" (SILVEIRA, 2014, p. 201).

O preconceito sutil constitui uma forma de expressão dos julgamentos antecipados que pode ser considerada o produto da propagação de uma "cultura igualitária". Desta forma, entende-se que: "... O fenômeno se adequou a novos valores, novas ideologias, novas normas sociais, produzindo uma nova modalidade de pensamento e expressão do preconceito que atende a essa nova realidade" (FLEURY et al, 2010, p. 79).

Nessa perspectiva, salienta-se que podem ser usadas práticas para aproximar o trabalho com o trato à diversidade pelo ponto de vista da gestão democrática,

> "pois a experiência da diversidade faz parte dos processos de socialização, de humanização e desumanização. A diversidade é um componente do desenvolvimento biológico e cultural da humanidade. Ela se faz presente na produção de práticas, saberes, valores, linguagens, técnicas artísticas, científicas, representações do mundo, experiências de sociabilidade e de aprendizagem (GOMES, 2007, p. 18)."

Entretanto, Gomes (ibid, p. 18) observa o conflito que existe o sobressair de uma cultura:

> "[...] como positivos e melhores os valores que lhe são próprios, gerando certo estranhamento e, até mesmo, uma rejeição em relação ao diferente. É o que chamamos de etnocentrismo", além de "[...] práticas xenófobas (aversão ou ódio ao estrangeiro) e em racismo (crença na existência da superioridade e inferioridade racial)", com isso, a diversidade pode vir a ser abordada de modo desigual e naturalizada".

Através de normas e regras, a escola exerce função unificadora, promovendo o respeito à diversidade e à igualdade de gênero. Assim, as pessoas que se encontram no ambiente escolar podem passar a ter uma maior compreensão do que considera diferente, diminuindo seus preconceitos perante a escola e a sociedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Analisar a escola como espaço sociocultural significa compreendê-la na ótica da cultura, sob um olhar mais denso, que leva em conta a dimensão do dinamismo, do fazer-se cotidiano, levado a efeito por homens e mulheres, trabalhadores e trabalhadoras, negros e brancos, adultos e adolescentes, enfim, alunos e professores, seres humanos concretos, sujeitos sociais e históricos, presentes na história, atores na história. Falar da escola como espaço sociocultural implica, assim, resgatar o papel dos sujeitos na trama social que a constitui, enquanto instituição (DAYRELL, 2001, p. 136).

4 CONCLUSÃO

O ambiente escolar, assim como outras instituições: família e a igreja colaboram para a formação de cidadãos mais éticos, contribuindo para eliminação de todas as formas de preconceito. Embora a maioria das escolas seja local que apresentem um discurso contra o preconceito e a diversidade sexual, os professores observam que são "definidos" como diferentes do grupo heterossexual.

Existe um longo caminho a ser seguido pelas instituições educacionais quanto à disseminação de debates a favor da igualdade entre os gêneros. Nesse sentido, é função da escola desconstruir preconceitos, tanto no ambiente escolar como fora dele, pois práticas preconceituosas, homofóbicas existem e golpeiam a dignidade de seres humanos, tanto dentro, quanto fora, atingindo a comunidade.

É verdadeiramente triste uma pessoa ter que lutar por direitos ínfimos e, além disso, passar pelo desprezo da sociedade que atribui ressalvas e preconceitos na vida destas pessoas. Nesse aspecto, o ambiente escolar deve prezar por uma educação mais humana e inclusiva, admitindo que os seres humanos não sejam iguais e não possuem as mesmas aspirações, são singulares e merecem ser reconhecidos como tal, para que possam conviver em comunidade harmoniosamente independente de sua sexualidade.

O fato do professor (a) não tratar de sua intimidade perante seus educandos, não significa que deva manter distanciamento dos alunos porque existe uma fronteira entre a vida pública e a privada.

Os professores LGBT's necessitam de muita atenção, força e luta para fazer valer suas orientações sexuais e identidades de gênero, ratificando sua afirmação profissional e o reconhecimento social.

Tanto educadores quanto gestores devem olhar de forma mais inteligente e sensível para aspectos que envolvam sexualidade, buscando alternativas para reestruturar a forma como o assunto pode ser discutido na escola, objetivando

favorecer o ensino e a aprendizagem dentro do contexto escolar: discriminando preconceitos e práticas de exclusão, incentivando políticas educacionais de inclusão. São muitos os apresentados, mas são ao mesmo tempo muitas as possibilidades educativas em torno do assunto para abrir e ocupar os espaços.

REFERÊNCIAS

DAYRELL, Juarez. A escola como espaço sócio-cultural. In: DAYRELL, J. (Org.). Múltiplos olhares sobre educação e cultura. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001. p. 136-161.

EPSTEIN, D. e JOHNSON, R. Sexualidades e institución escolar. Madrid: Morata, 2000.

FACCO, Lúcia. Era uma vez um casal diferente: A temática na educação literária infanto-juvenil. São Paulo: Summus, 2009.

FLEURY, A. R. D., & TORRES, A. R. R. (2010). *Homossexualidade e preconceito: O que pensam os futuros gestores de pessoas*. Curitiba, PR: Juruá.

FRANCO, NEIL. Olhares sobre a sexualidade do/a docente homossexual na escola. Revista Periódicus. 2ª edição. Nov. 2014 – abr. 2015.

GOMES, Nilma Lino. Indagações sobre currículo: diversidade e currículo. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Básica, 2007.

LENSKYJ, Helen. Combating homophobia in sport and physical education. Sociology of Sport Journal, n.8, 1991, p.61-69.

LIMA, M. E. O. (2011). Preconceito. In A. R. R. Torres, L. Camino, M. E. O. Lima, & M. E Pereira (Eds.), *Psicologia Social: Temas e teorias* (pp. 451-500). Brasília, DF: Technopolitik.

LOURO, G. L. O corpo educado: pedagogias da sexualidade. Belo Horizonte: Autêntica. 1997.

LOURO, Guacira Lopes. Gênero, Sexualidade e Educação. Petrópolis: Ed. Vozes. 1999.

LOURO, Guacira Lopes (Org.). O Corpo Educado: Pedagogias da sexualidade. Belo Horizonte: Ed. Autentica. 2001.

LOURO, G.L. Heteronormatividade e Homofobia. Diversidade sexual na educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas. Brasília: MEC/Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, UNESCO, 2003.

MERLEAU-PONTY, Maurice. Fenomenologia da percepção. 2. ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1999.

SANTOS, V. Homossexualidade no ambiente escolar. Ensino de sociologia em debate. Revista eletrônica. LENPES-PIBID de ciências sociais. 2 ed. N.2, vol. 01, juldez. Londrina: UEL, 2012.

SILVEIRA, R. M. G. Ambiente escolar e direitos humanos. In: FLORES, E. C.; FERREIRA L. DE F. G.; MELO, V. L. B. (orgs.). Educação em Direitos Humanos & Educação para os Direitos Humanos. João Pessoa-PB: Editora Universitária da UFPB, 2014, p. 201 -230.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E REPRESENTATIVA

JOAO PEDRO RIBEIRO DE MORAIS: Bacharelando em Direito pelo Centro Universitário UNINOVAFAPI

GEORGE WASHINGTON CARDOSO DO NASCIMENTO (coautor)

Artigo de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário UNINOVAFAPI, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientador: Profº Mestre José Augusto de Carvalho Medes Filho

RESUMO: O presente artigo científico tem como objetivo contar a história da Democracia e sua evolução até os tempos atuais, abordar o sistema democrático discorrendo sobre os seus dois tipos o representativo e participativo, assim expor e analisar as formas da implantação da democracia Representativa nos Estados democráticos de direito vendo suas consequências, dificuldades e benefícios como modelo de governo, enfatizando sempre a importância da democracia, para assim verificar e propor o sistema deliberativo como ideal contemporâneo, o projeto tem como justificativa servir de base para uma pesquisa científica que contribua significativamente para o estudo dos modelos de democracia e os benefícios da implantação da democracia deliberativa direta, e necessariamente promover a ideia de que a liberdade traz o conhecimento e com este contexto, a democracia deliberativa vem tomando forma e ganhando espaço, a questão da democracia apenas pela representação é que ela foi dominada pelas elites sociais e econômicas, e os meios de comunicação de massa tem o poder de influenciar o eleitorado, que na grande maioria é de baixa qualidade, possuem pouca informação e não tem o poder crítico de eleger o melhor dirigente para o país. Tornaram-se verdadeiros escravos eleitorais.

Palavras-chave: Democracia. Representação. Sociedade.

ABSTRACT: This scientific article has as objective to tell the story of democracy and its evolution to the present times, approach the democratic system by discussing its two types the representative and participatory, thus expose and analyze the forms of the implantation representative democracy in the democratic states of law seeing its consequences, difficulties and benefits as a model of government, always emphasizing the importance of democracy, in order to verify and propose the deliberative system as a contemporary ideal, the project is justified as a basis for

scientific research that contributes significantly for the study of models of democracy and the benefits of implementing direct deliberative democracy, and necessarily promote the idea that freedom brings knowledge and with this context, deliberative democracy is taking shape and gaining space, the question of democracy by representation is that it was dominated by social and economic elites, and the mass media has the power to influence the electorate, which in the great majority is of low quality, has little information and does not have the critical power to elect the best leader for the country. They became real electoral slaves.

Keywords: Democracy; Representation; Society

1 INTRODUÇÃO

O sistema de governo democrático surgiu na cidade-estado grega de Atenas e se caracterizava pelo o poder na mão dos considerados cidadãos, que discutiam e aprovavam medidas políticas e sociais de forma direta; e que indiretamente, representavam a sociedade de forma geral. O significado da palavra democracia, - do grego demo que significa povo e cracia significa poder- está ligado as ideias de governos cuja a força motriz emana do povo, onde a soberania popular e a distribuição equitativa de poder são os pilares desse sistema.

A definição de cidadania ateniense se restringia ao conceito de homem maior de dezoito anos, residente na cidade-estado de Atenas, filho de pai e mãe ateniense, com o serviço militar cumprido e dotado de certa riqueza; logo, as mulheres, crianças, estrangeiras e escravos não se enquadravam nesses requisitos e eram considerados inaptos de exercer o direito democrático.

Atualmente, tal sistema é bem mais amplo e participativo onde Estado Democrático de Direito é dotado de diversos significados e conquistas históricas, visto que o absolutismo já exerceu mando supremo no final da Idade Média dentre os séculos XIV e XV, centralizando o poder no soberano que governava a nação.

Uma análise histórica é indispensável para uma consistente conceituação e distinção dos dois tipos de democracia existentes: a representativa e a participativa, conhecida como deliberativa. Temos como democracia representativa aquela em que há uma eleição que ocorre normalmente por meio de votação como meio de eleger um grupo de pessoas que ocupe cargos distintos representando o povo ou uma nação, tendo como dever decidir, agir e representar a sociedade. A democracia representativa é, atualmente, a forma mais comum nos Estados. Já a democracia participativa está em ascensão novamente, pois sua essência evidencia que os cidadãos podem e devem participar das decisões do Estado, configurando uma

maior autonomia ao povo e assim remetendo a democracia ao seu verdadeiro espírito e sentido.

Resumindo, a democracia participativa é o modelo de organização política na qual o povo além de ser o titular legítimo do poder supremo, pode e deve exercê-lo diretamente. A democracia representativa é forma de organização política da sociedade onde se elegem um determinado número de representantes para gerir os interesses de toda uma sociedade.

2 REPRESENTAÇÂO

Sendo assim, qual será a melhor forma de democracia para as sociedades contemporâneas e em quais áreas elas são eficientes particularmente? Devemos procurar refletir sobre a sociedade civil, e se a democracia nela encontrada é a ideal para o povo, e se o povo que elegeu um representante se sente efetivamente representado, sem se torna uma massa de manobra usada apenas para eleger políticos que visam apenas seus interesses próprios. Desta maneira, conhecendo e analisando sociologicamente, a sociedade poderá empregar a democracia em seu valor pleno.

Hodiernamente os Estados Democráticos de Direito, apesar de representarem uma grande conquista, enfrentam problemas diversos com a democracia representativa e a forma em que ela está sendo empregada. A queda do regime socialista da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS pôs fim à centralização que existia nesses estados de autoritarismo, criando uma série de novas características as classes e as suas relações internas. Essas transformações foram responsáveis pela criação de uma divisão responsável por distinguir os países desenvolvidos dos países subdesenvolvidos: O Norte e o Sul.

Os países do Sul do globo, também taxados de países de Terceiro Mundo são palco das maiores dificuldades com a representatividade encontrada no mundo, que abrangem muito mais do que a política, pois seus reflexos alcançam a sociedade, educação, economia, etc. afetando diretamente na democracia e sendo um grito por mudanças eficazes. Nesses países, a democracia representativa possui totalidade e está desgastada sendo usada como instrumento de domínio das elites através dos partidos políticos, que fazem da nação eleitora uma mera massa de manobra para a realização de seus interesses pessoais.

2.1 PROBLEMA NA DEMOCRACIA

Usando o Brasil como exemplo, vemos que os problemas sociais e educacionais interferem na democracia. As faculdades do voto para analfabetos e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

maiores de 16 e 70 anos não promovem uma grande diferença entre as pessoas. O fato é que a educação pública de péssima qualidade e as desigualdades sociais forma um cidadão humilde e carente que não possui um mínimo conhecimento ou abstração necessários para formar uma opinião política coerente e dar a importância real ao direito do voto; e estes, por muitas vezes, acabam cedendo o seu direito de votar por favores políticos e até mesmo o vendem; acabando por eleger um representante ilegítimo.

A consequência dessa desvalorização do voto é bastante previsível: os eleitos preocupam-se apenas com seus objetivos pessoais e por vezes partidários, sem procurar fazer o melhor para a população. A crítica à democracia representativa é que a opinião pública somente é levada "a sério" a cada quatro anos, no período de eleições; pois quando eleitos, os políticos agem como bem querem e esquecem totalmente das propostas utilizadas como forma de campanha eleitoral, nem mesmo cumprindo-as.

Dessa forma, as atitudes dos eleitos representantes retiram o valor e o objetivo real da democracia representativa, pois o descompromisso com a população acaba por retirar a convicção dos cidadãos de que podem gerir, mesmo que indiretamente, os problemas da sociedade.

> "O cidadão total e o Estado total são duas faces da mesma moeda; consideradas uma vez do ponto de vista do povo e outra vez do ponto de vista do príncipe, têm em comum o mesmo princípio: que tudo é política, ou seja, a redução de todos os interesses humanos aos interesses da pólis, a politização integral do homem, a resolução do homem no cidadão, a completa eliminação da esfera privada na esfera pública, e assim por diante" (BOBBIO, 2006, p.55).

A representatividade democrática exerceu bastante importância como uma fase de evolução e é crucial entender que ela já se faz como decadente, ultrapassada e maculada, apesar de representar uma conquista em tempos de monarquias e ditaduras. Porém, atualmente, esta não consegue mais cumprir seus objetivos e encontra-se dominada por aqueles influentes nos meios de comunicação e das elites. A insatisfação popular é geral com a forma em que os políticos menosprezam a sociedade e seus problemas durante seus mandatos e como se aproveitam deles para se eleger.

Mudar o regime antiautoritário representativo para participativo implicaria num vasto processo de adequação. Conseguir as mudanças de formas satisfatórias

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

significa fazer a implantação aos poucos, porém, significativamente. A forma participativa, apesar de aparentar ser utópica, é de urgente necessidade, pois analisando seus ideais, é comprovado que esta se torna mais eficiente e menos propensa à corrupção. A população exercendo o controle e possuindo livres poderes para realizar ações, pelo menos na teoria, é o ideal. A democracia participativa seria então uma forma muito mais "democrática".

3 O FUTURO PARA A DEMOCRACIA

A democracia deliberativa deve ser implantada e efetivada pelo povo, pois as elites dominantes governamentais se contentam com a democracia representativa e temem que sua autonomia governamental seja retirada, levando consigo a oportunidade de realizar os objetivos próprios e a corrupção disseminada no Brasil.

Diante dessas considerações o objetivo geral do estudo foi verificar as formas de democracia e o processo de implantação da democracia representativa nos Estados Democráticos de Direito, estudando suas consequências como modelo de governo, para assim verificar os pontos negativos e positivos e propor o sistema deliberativo como ideal contemporâneo.

Deve haver, como solução, o pensamento, desenvolvimento e melhoria das informações para a sociedade na tentativa de que esta consiga exercer plenamente a liberdade de opção no voto. Considerando que é de extrema necessidade adquirir e praticar os direitos e exercitar constantemente o pensamento sociológico, político e racional para assegurar o pleno acesso aos direitos para todos.

Reconhecer que por mais que a economia transcorra de forma positiva, isso não implica na justa igualdade de distribuição na sociedade é um grande passo para desvendar que a elite política e dominadora da economia não está coerente e muito menos correta. É necessário promover a ideia de que a liberdade traz o conhecimento e com este contexto, a democracia deliberativa vem tomando forma e ganhando espaço.

A Constituição de 1988 prevê que o governo realizado pelo povo culmina em democracia deliberativa, na qual não é deixada de lado a eleição de representantes - visto que é impossível todos os cidadãos governarem ao mesmo tempo e juntos - mas é o povo que exerce o controle das decisões a serem tomadas. Para este feito ser possível, uma crítica política e social é adequada para que não haja mais a troca de favores persistentes.

Se essa democracia deliberativa é possível ou é um regime democrático simplesmente utópico só a tentativa de sua implantação vai poder dizer. Há de se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

destacar apenas que é o próprio povo que deve exigir essa mudança, pois não é de interesse de quem está no governo dividir o espaço das decisões com a sociedade, logo que dessa forma será observado bem mais o coletivo que o individual. O direito há essa democracia já está positivado na Constituição de 1988 e cabe agora a reflexão sobre a crise democrática e como proceder para alcançar o novo modelo democrático que vai eliminar a corrupção e as vantagens para uma pequena parcela da população.

Apesar da democracia como forma de governo ser uma das maiores conquistas da sociedade, ela enfrenta uma grande crise. Tudo isso porque a democracia que presenciamos na sociedade contemporânea do século XXI toma a forma de representativa indireta e decadente, pois não é mais suficiente para o anseio atual de se viver numa sociedade realmente democrática.

O regime representativo no qual a população só exprime a sua vontade a cada quatro anos e que depois disso confere autonomia ao representante para a tomada de medidas e decisões já não funciona. É fácil notar isso, mesmo para os mais ignorantes que chegam a vender seus direitos do voto: basta se perguntar qual o grau de satisfação dele para com o trabalho feito pelos representantes direcionados para sua classe econômica e área em que reside. Infelizmente depositar poder nas mãos de poucos historicamente sabemos que não é possível. A corrupção impera solta e prevalece o interesse próprio em detrimento da sociedade como um todo.

A questão da democracia apenas pela representação é que ela foi dominada pelas elites sociais e econômicas, e os meios de comunicação de massa tem o poder de influenciar o eleitorado, que na grande maioria é de baixa qualidade, possuem pouca informação e não tem o poder crítico de eleger o melhor dirigente para o país. Tornaram-se verdadeiros escravos eleitorais.

4 NO BRASIL E NO MUNDO

O conceito de democracia tem sofrido reviravoltas em sua trajetória. A democracia representativa já não satisfaz as demandas da sociedade enquanto a deliberativa parece quase impossível de ser implantada, principalmente nos países do Sul devidos as questões que englobam a sociologia do caso. Para formar uma resposta imediata, alguns sintetizam a democracia participativa como semidireta, como forma de aproximação a política e suas decisões.

Moroni, procurando discutir a complexidade e grandiosidade política da atualidade propõe que "[...] a democracia representativa, via partidos e processo eleitoral [...] não é suficiente para a complexidade da sociedade moderna" (2009, p. 109), ficando clara a necessidade da criação e implementação de formas de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

participação que considerem amplamente as questões contemporâneas e que sejam capazes de influenciar as decisões políticas.

> A participação social [...] amplia e fortalece a democracia, contribui para a cultura da paz, do diálogo e da coesão social e é a espinha dorsal do desenvolvimento social, da equidade e da justiça. Acreditamos que a democracia participativa revela-se um excelente método para enfrentar e resolver problemas fundamentais da sociedade brasileira (LAMBERTUCCI, 2009, p. 71).

Para Sell, (2006, p. 93) podemos entender a democracia participativa como

> [...] um conjunto de experiências e mecanismos que tem como finalidade estimular a participação direta dos cidadãos na vida política através de canais de discussão e decisão. A democracia participativa preserva a realidade do Estado (e a Democracia Representativa). Todavia, ela busca superar a dicotomia entre representantes e representados recuperando o velho ideal da democracia grega: a participação ativa e efetiva dos cidadãos na vida pública.

Os mecanismos da representatividade são limitados e com isso, os novos e modernos instrumentos de controle e participação no poder precisam ser postos em prática na democracia para com a sociedade atual. Estes mecanismos representam uma complementação, dando a prática democrática uma realização mais dinâmica, efetiva e real.

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

> O problema é que "apesar de serem encontrados no sistema jurídico brasileiro, novos canais que viabilizam a integração entre representantes e representados de forma mais efetiva, o que se percebe, é que o exercício da cidadania está delimitado ao direito de votar e ser votado" (FONSECA, 2009, p. 14).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Falta em nosso país uma cultura cívica que altere o modo operante do sistema vigente. Está em falta também a participação do Poder Executivo e do Poder Legislativo, que vem criando "um distanciamento entre governo e sociedade – que é próprio do regime representativo" (FONSECA, 2009, p. 15).

Mas a crise da democracia contemporânea envolve fatores que vão além da representação e da apatia política. Desde o início do século XX muitos teóricos políticos levantaram sérias dúvidas sobre a possibilidade de se colocar em prática um regime democrático no sentido literal do termo (governo do povo por meio da máxima participação do povo).

Dentre os obstáculos, um deles diz respeito ao aumento da necessidade de competências técnicas que exigem especialistas para a solução de problemas públicos, com o desenvolvimento de uma economia regulada e planificada. A necessidade do especialista impossibilita que a solução possa vir a ser encontrada pelo cidadão comum. Não se aplica mais a hipótese democrática de que todos podem decidir a respeito de tudo. O segundo obstáculo refere-se ao crescimento da burocracia, um aparato de poder ordenado hierarquicamente de cima para baixo, em direção, portanto, completamente oposta ao sistema de poder burocrático. Apesar de terem características contraditórias, o desenvolvimento da burocracia é, em parte, decorrente do desenvolvimento da democracia [...] O terceiro obstáculo traduz uma tensão intrínseca à própria democracia.

À medida que o processo de democratização evoluiu promovendo a emancipação da sociedade civil, aumentou a quantidade de demandas dirigidas ao Estado gerando a necessidade de fazer opções que resultam em descontentamento pelo não-atendimento ou pelo atendimento não-satisfatório. Existe, como agravante, o fato de que os procedimentos de resposta do sistema político são lentos relativamente à rapidez com que novas demandas são dirigidas ao governo (BOBBIO, 2000 apud NASSUNO, 2006, p. 173-174).

Mas a crise da democracia contemporânea, longe de diminuir sua validade, aumenta ainda mais a importância da participação da sociedade civil em um projeto de consolidação do Estado Democrático de Direito. É importante ressaltar que este novo conceito de planejamento público marcado pela participação popular exige a participação dos Movimentos Sociais que, bem antes do processo de redemocratização e sobretudo por ocasião da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 que promulgou a Constituição Federal de 1988 vem desempenhando um papel fundamental para consolidação do nosso Estado Democrático de Direito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Na Assembleia (sic) Nacional Constituinte, propostas de fortalecimento do poder de influência dos atores sociais foram apresentadas através das chamadas "iniciativas populares", levando, com a sua aprovação, a um aumento da influência dos atores sociais em diversas instituições (AVRITZER, 2002, p. 573).

É possível afirmar como a partir da aprovação da Constituição Federal de 1988 o tema da participação da sociedade ganha novos contornos e dimensões na *esfera pública*. "A Constituição de 1988 abriu espaço, por meio de legislação específica, para práticas participativas nas áreas de políticas públicas, em particular na saúde, na assistência social, nas políticas urbanas e no meio ambiente" (AVRITZER, 2009, p. 29-30), seja através de plebiscitos, referendos e projetos de lei de iniciativa popular (art. 14, incisos I, II e III; art. 27, parágrafo 4º; art. 29. Incisos XII e XIII), seja através da participação na gestão das políticas de seguridade social (art. 194), de assistência social (art. 204) ou dos programas de assistência à saúde da criança e do adolescente (art. 227).

> Diferentes áreas de políticas públicas, que foram inscritas na Constituição de 1988 como direitos sociais, definiram como uma das suas diretrizes a *participação social*, dentre elas a saúde e a assistência social. A primeira já desenvolvia experiências de participação comunitária desde o final da década de 1970, como os conselhos populares de saúde e as comissões de saúde da Zona Leste (São Paulo), as comissões interinstitucionais nos três níveis de governo previstas no Programa de Ações Integradas de Saúde, criado em 1984, e no Programa dos Sistemas Unificados Descentralizados de Saúde, de 1987 (CUNHA; PINHEIRO, 2009, p. 145 – grifo nosso).

Se, em um processo de gestão autocrático e ditatorial, a participação popular é quase nula, em um processo democrático ampliam-se os canais de discussão e participação. "O contato, que poderia ser apenas de caráter informativo, pode, em um governo participativo, permitir a partilha de decisões" (MAGAGNIN, 2008, p. 20).

O resultado é um processo mais democrático, mesmo que leve um tempo maior de duração, já que é preciso compartilhar com uma determinada comunidade os diferentes problemas e possíveis soluções que desafiam a gestão pública. O planejamento participativo pode não ser o mais indicado para tratar de problemas públicos, sobretudo em caso de problemas técnicos mais complexos, devendo-se adotar um misto de planejamento tradicional e participativo: "o planejamento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

participativo é apropriado quando os problemas estão claramente definidos" (MAGAGNIN, 2008, p. 21).

5 PLANEJAMENTO PARTICIPATIVO

O processo de um planejamento participativo pode ser dividido em três fases, segundo W. Allen, M. Kilvington e C. Horn: o início, onde há o envolvimento dos diversos segmentos e definição das regras a serem adotadas; o planejamento, ou seja, o trabalho em conjunto para traçar as ações necessárias a fim de alcançar os objetivos propostos; e por fim a implementação e o monitoramento (apud MAGAGNIN, 2008, p. 19).

É preciso considerar que a participação da sociedade na "res publica" (coisa pública) tem sido facilitada hoje em dia em função das novas tecnologias de informação e comunicação (TIC) sobretudo a *internet* – dando origem ao conceito de CiberDemocracia. A internet hoje em dia faz parte do cotidiano de uma parcela significativa da população de várias maneiras e permite a divulgação e o acesso a uma grande quantidade de informação, em várias áreas e nas mais diferentes esferas de poder: executivo, legislativo, judiciário, em nível federal, estadual ou municipal. A utilização da *internet* como ferramenta democrática possibilita que um número maior de cidadãos possa discutir os problemas da sociedade e isso independente do local onde ele esteja. Um cidadão do interior do Estado de Pernambuco pode acompanhar, por exemplo, em tempo real, os debates de propostas que são feitos na Câmara dos Deputados no Congresso Nacional e uma cidadã brasileira que esteja morando em algum País no estrangeiro pode fazer o download do discurso na plenária do Congresso Nacional de um deputado específico ou de um senador da república, sobre um tema de seu interesse, ou fazer uma denúncia no site da Controladoria Geral da União de má utilização de recursos públicos federais conveniados com algum ente federativo do país.

> No Brasil, a *internet* poderia ser utilizada como ferramenta para ampliar o processo de planejamento participativo nos municípios. Outro elemento que poderia contribuir para a ampliação do processo participativo está associado à utilização de novas tecnologias. Se as prefeituras recorressem à utilização de novas ferramentas computacionais ao invés da prática atual de reuniões presenciais pré-agendadas, talvez um número maior de participantes contribuísse para o planejamento municipal (MAGAGNIN, 2008, p. 31).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Examinando os principais pontos dos autores com o tema, alguns resultados já podem ser vistos, vendo que o governo serve ao povo, o Estado é de todo mundo, do público em geral, não podendo privilegiar nenhum cidadão mais que a outros. A democracia transforma o bom e o mau, o certo e o errado em números. Quanto mais gente concorda com algo, mais correto estará.

A Democracia Representativa é a forma de governo que melhor incorpora a participação do povo nas de decisões do Estado, pois, a sua principal característica é ocasionar que toda a sociedade em suas parcelas sejam bem representadas.

A crítica à democracia representativa é que a opinião pública somente é levada "a sério" a cada quatro anos, no período de eleições, assim alguns agindo como bem entendem, mas isso vem da falta de interesse dos eleitores na falta de noção do quanto importante é o seu voto, que só pensam em alguma ajuda que eles possam disponibilizar naquele momento, chegando a venderem seus votos.

Por fim com estas observações entendemos que Democracia representativa já alcançou muitos países e também teve grandes feitos, está cada vez se desenvolvendo mais e atendendo mais a vontade da sociedade, mas ainda está longe da perfeição, ela ainda tem muito que avançar, se moldar mais ás necessidades de cada lugar onde foi implantada, e que a população use o seu direito de ''observar'' os seus governantes. E os objetivos foram analisar as dificuldades encontradas nos países que adotam o modelo democrático representativo; Identificar os benefícios do modelo democrático deliberativo e como poderá ser feita sua implantação de forma eficiente para o povo retomar o poder de decisão direta; Verificar o possível sucesso empírico da substituição do modelo representativo para o modelo deliberativo nos Estados Democráticos de Direito.

A pesquisa se justifica, pois servirá de base para uma pesquisa científica que contribua significativamente para o estudo dos modelos de democracia e os benefícios da implantação da democracia deliberativa direta.

REFERÊNCIAS

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

CUNHA, Eleonora Chettini M.; PINHEIRO, Marcia Maria B. Conselhos nacionais: condicionantes políticos e efetividade social. In: AVRITZER, Leonardo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[org.]. **Experiências nacionais de participação social**. São Paulo: Cortez, 2009. (Coleção Democracia Participativa).

FONSECA, Jumária Fernandes Ribeiro. **O Orçamento Participativo e a Gestão Democrática de Goiânia**. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento e Planejamento Territorial). Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento e Planejamento Territorial da Universidade Católica de Goiás. Goiânia, 2009.

MAGAGNIN, Renata Cardoso. **Um sistema de suporte à decisão na internet para o planejamento da mobilidade urbana.** Tese (Doutorado em Engenharia Civil: Transportes). Escola de Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo. São Carlos-SP, 2008.

MORONI, José Antônio. O direito à participação no governo Lula. In: AVRITZER, Leonardo [org.]. **Experiências nacionais de participação social**. São Paulo: Cortez, 2009. (Coleção Democracia Participativa).

NASSUNO, Marianne. **Burocracia e Participação**: a experiência do orçamento participativo em Porto Alegre. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília. Brasília, 2006. Acessado em 18/06/2016.

SELL, Carlos Eduardo. **Introdução à Sociologia Política**: política e sociedade na modernidade tardia. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006. VIGLIO, José Eduardo. **Avaliação da experiência do Orçamento Participativo numa cidade média**: o caso de Jaboticabal – SP. Dissertação (Mestrado em Engenharia Urbana). Centro de Ciências Exatas e de Tecnologia da Universidade Federal de São Carlos. São Carlos-SP,2004.18/06/2016.

LAMBERTUCCI, Antônio Roberto. A participação social no governo Lula. In: AVRITZER, Leonardo (org.). **Experiências nacionais de participação social.** São Paulo: Cortez, 2009. (Coleção Democracia Participativa)

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROFISSIONAIS DE ESTÉTICA EMBELEZADORA NO DIREITO BRASILEIRO

GODOBERTO DOS REIS SANTOS NETO:
Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo a discussão a respeito da responsabilidade civil dos profissionais de estética embelezadora no Direito brasileiro. Fazendo considerações acerca da natureza jurídica obrigacional da relação médico–-paciente, de forma propensa a definição do que se mostra mais acertado a doutrina e jurisprudência no que concerne ao dano no tratamento estético embelezador. Vale ressaltar, que o presente trabalho não tem o escopo a crítica ou defesa de quaisquer dos entendimentos que serão apresentados, mas a sua demonstração. Nesse sentido, tratou-se no presente trabalho, da responsabilidade civil do médico, dando maior enfoque aos desdobramentos dessa atividade, no tratamento reparador ou corretivo e tratamento estético embelezador.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Estética embelezadora; Relação médico-paciente; Doutrina e jurisprudência; Tratamento estético embelezador.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Responsabilidade civil 2.1 Conceito; 2.2 Desenvolvimento histórico; 2.3 Espécies; 2.3.1 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva; 2.3.2 Responsabilidade contratual e extracontratual; 3. Do tratamento estético; 4. Desdobramentos da obrigação médica; 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

1.INTRODUÇÃO

Devido a constante e gradativa mudança social, a tendência da sociedade, nos dias atuais, se mostra a não tolerância a omissão reparatória daqueles que causaram danos a outrem, advinda do juízo de justiça existente no bojo social.

> [...] Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana" (STOCO, 2007, p.114).

Nesse sentido, a integridade física, compreendido como direito inerente a personalidade, justifica um direito de tratamento privilegiado para si, seguindo com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

enfoque ao dano. Assim, mostra-se de extrema relevância o instituto da responsabilidade civil, que se amolda, de forma dinâmica e flexível as necessidades sociais, nas diversas facetas do dano ao corpo.

O tema foi esmiuçado, sendo apresentadas as teorias preponderantes a elucidação do mesmo, como seu conceito, desenvolvimento histórico, as espécies de responsabilidade, o tratamento estético, e os desdobramentos da obrigação médica. Com base em todo agregado, foi trabalhado a responsabilidade civil dos profissionais da estética a luz do Direito brasileiro.

Dessa forma, o objetivo principal desse trabalho foi atingido, conseguindo brilhantemente expor os elementos inerentes a responsabilidade civil, bem como apresentar os principais entendimentos doutrinários e jurisprudências acerca do tema, proporcionando o conhecimento do tema em sua completude.

2.RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1Conceito

A responsabilidade civil, se distende na noção *do não prejudicar*, não causar dano a outrem. "A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam" (RODRIGUES, 2003, p. 6).

Os célebres doutrinadores Plácido e Silva assim definem a responsabilidade civil:

> "Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção" (PLÁCIDO e SILVA, 2010, p. 642).

Em seu sentido etimológico, a responsabilidade civil jungi a ideia de obrigação, porém, com ela não podendo ser confundida, vez que "a obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente à violação do primeiro" (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 3).

Ademais, a muito tempo se discutiu qual era a gênese do prejuízo causador do dano e seu consequente dever de reparação, acreditava-se veemente que este nasceria da ocorrência do fato/ato ilícito, pensamento este que *caiu por terra*, diante a aceitação no Direito brasileiro do prejuízo causado a outrem por ato lícito, bastando apenas caracterização do dano como anormal e específico.

Em corroboração a tal entendimento, e assim, portanto, em aceitação a possibilidade do dever de reparar também ter surgido do fato/ato lícito, afirma Gilmar Ferreira Mendes:

> "a existência ou inexistência do dever de reparar não se decide pela qualificação da conduta geradora do dano (lícita ou ilícita), mas pela qualificação da lesão" (MENDES, 2009, p.892).

O artigo 157 do Código Civil, dispositivo de alta relevância nesse momento de definição de entendimentos preponderantes do nosso estudo, assim determina o momento de ocorrência da lesão:

> "Art. 157. Ocorre lesão quando uma pessoa, sob preemente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta" (BRASIL, 2002).

Dessa forma, tomando em consideração a lesão como elemento da obrigação manifestamente desproporcional, é de fácil observação a aceitação doutrinária e não oposição legal, a existência do binômio da conduta geradora do dano.

2.2 Desenvolvimento histórico

Ao longo do tempo, o homem, em contínua evolução, se dedicou, com presteza, a proteção do seu patrimônio e daqueles que o rodeavam, reagindo de maneira imediata e brutal a qualquer dano ou prejuízo a eles causados. "Nesta época predominava o sistema da vingança privada" (SOARES, 2003, p.01).

Em corroboração a tal liame, assevera Pamplona Filho:

> "A origem do instituto da responsabilidade civil parte do Direito Romano, e esta calcada na concepção de vingança pessoal, sendo uma forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lídima reação pessoal contra o mal sofrido" (GAGLIANO, 2003, p. 11).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O surgimento da responsabilidade civil se deu no Direito Romano, em uma época de reparação do mal pelo mal. É dizer, não se tinha ao menos a consideração da culpa, bastando apenas a ocorrência do dano, o que demonstra a predominância, à época, da responsabilidade objetiva[1], que será melhor esmiuçada ao decorrer do nosso estudo.

A reparação ao dano, tanto ao patrimônio quanto as pessoas, sempre existiu, não seguindo uma forma sedimentada, mas sofrendo constantes adaptações, no escopo a construção de uma forma mais justa e eficiente.

A necessária regulamentação da situação ora apresentada (reação imediata e brutal), deu origem a Lei de Talião[2], empregando o *"olho por olho, dente por dente"*. A utilização dessa lei, na prática, garantia uma reação posterior ao dano.

Apesar da Lei de Talião garantir uma reação posterior ao cometimento do dano, ainda sim perpetuava a retaliação, situação que foi tornando-se decrépita a população da época, dando origem a um novo instituto da responsabilidade, a Responsabilidade Aquiliana *(Lex Aquilia*[3]*).*

Em explicação a Responsabilidade Aquiliana e seus efeitos, ensina Pablo Stolze e Pamplona Filho, verbis:

> "Um marco na evolução histórica da responsabilidade civil se dá, porem, com a edição da *Lex Aquilia*, cuja importância foi tão grande que deu nome a nova designação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual" (GAGLIANO e PAMPLONA, 2003, p. 11).

Esta Lei Romana, substituiu a punição fixa da Lei de talião, estabelecendo mecanismos assecuratórios a indenização proporcional ao dano causado pelo infrator, em ascendência a diferenciação da responsabilidade penal (delitiva) e cível (apenas extracontratual, até então).

Vale ressaltar, que descaso seria o não abordar do relevante papel da *soberania estatal*, a queda dos efeitos práticos da Lei de Talião, que ajudou a sedimentar ainda mais a proibição da *justiça com as próprias mãos*, deixando de lado a voluntariedade da vítima, para se tornar um dever, agindo o Estado como seu protagonista.

O Código de Napoleão[4] (código francês), com entrada em vigor no ano de 1804, após a Revolução Francesa (1789), influenciou vários povos, por todo o mundo. Consequentemente, diversos países, inclusive o Brasil, trazendo a mister previsão a

responsabilidade contratual (condicionado a prestação), bem como avultando a distinção a responsabilização penal e cível.

Assim, tendo em vista o preceito segundo o qual o Código francês serviu como parâmetro a construção do Código Civil brasileiro, vale destacar que o código de 1916, em seu artigo 159, já determinava que "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano" (BRASIL, 1.916).

Ou seja, apesar de ser um código que já se tem como superado pelo Código Civil de 2002, já não se encontrava a existência da culpa a situações específicas, o que a torna, mesmo que tênue, caracterizador da responsabilidade civil.

> "Cumpre salientar que já era indiferente ser a conduta dolosa, imprudente, negligente ou imperita, sendo qualquer daquelas espécies de culpa suficiente para caracterizar a responsabilidade civil e isso independentemente da gravidade, bastando a culpa levíssima para levar à obrigação de reparar" (MIGUEL, 2007, p. 07).

A presença da culpa, ou com outras palavras, a responsabilidade civil subjetiva[5], continua sendo regra no atual Código Civil (2002). Podendo ser identificado em seus artigos 927 ("aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"), caput, e 186 ("aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito").

Apesar da responsabilidade civil subjetiva ser regra, também se mostra aceitável exceções baseadas na *teoria do risco* [6]. A exemplo, temos a presença do artigo 927 do mesmo diploma, determinando que "haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". (BRASIL,2002).

A responsabilidade objetiva não se encontra presente apenas no atual Código Civil Pátrio, mas também, no Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990, assegurando a hipossuficiência do consumidor, frente ao prestador de serviços/fornecedor, como disposto em seu artigo 14:

> "Art. 14. O fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos." (BRASIL, 1990).

Diante o exposto, desprende-se que apesar da teoria da culpa, consubstanciada pelo Direito francês e influenciadora de diversas legislações mundiais, ter sido confrontada diretamente a teoria objetiva, esta não foi capaz de inutiliza-la, devido a sua limitação a abarcar todas as situações jurídicas previsíveis.

2.3 Espécies

O dinamismo social, foi capaz de elevar a ideia de vingança privada, a responsabilização pecuniária pelo dano causado. A doutrina majoritária, define as diversas espécies de responsabilidade civil, são elas: subjetiva e objetiva ; contratual e extracontratual.

2.3.1 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

A responsabilidade civil subjetiva, *stritu sensu*, preconiza o elemento culpa como um pressuposto necessário a sua caracterização. A exemplo, como outrora citado, temos o atigo 186, "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (BRASIL, 2002).

Assim, despreende-se que "a culpa genérica ou lato sensu constitui, em regra, elemento necessário da conduta humana para que se crie a obrigação de reparar o dano causado" (TARTUCE, 2011, p.411).

Quanto ao ato ilícito, este compreende a conduta humana contrária às normas jurídicas e que viola direito subjetivo de outrem, causando dano patrimonial e/ou moral, estabelecendo-se o dever de repará-lo, nos termos dos arts. 927 e 944 do Código Civil (DINIZ, 2009, p.207).

Como já sabido, vez que já tratado anteriormente, apesar da responsabilidade civil subjetiva ter sido por muito tempo predominante no direito mundial, esta tornou-se insuficiente a solução de todos os casos que surgiam, ungindo assim, a necessidade (apontada pela doutrina e jurisprudência) a uma nova responsabilidade, que independesse da culpa. A essa responsabilidade deu-se o nome de objetiva.

A esse respeito, afirma Tapedino :

> "a expansão da teoria objetiva na Codificação e na Jurisprudência ocorreu quando "percebeu-se a insuficiência da técnica

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> subjetivista, também chamada aquiliana, para atender a todas as hipóteses em que os danos deveriam ser reparados" (TEPEDINO, 1999 p.175).

Dessa forma, a caracterização da responsabilidade objetiva, se desvincula totalmente da ocorrência da culpa. Mais a mais, essa responsabilidade está baseada na teoria do risco, segundo a qual aquele que exerce uma atividade criadora de perigos especiais, deve responder pelos danos que ocasionar a outrem. Pode ser encontrada, a título de exemplo, no artigo 927 do Código Civil.

Corroborando assentado entendimento acerca da responsabilidade civil objetiva, afirma Sérgio Cavalieri:

> "Todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de nexo de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa" (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 137).

2.3.2 Responsabilidade contratual e extracontratual

Além da responsabilidade civil objetiva e subjetiva, há no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no Código Civil, a divisão da responsabilidade em contratual e extracontratual.

A responsabilidade contratual "[...] é aquela que deriva da inexecução de negócio jurídico bilateral ou unilateral, isto é, do descumprimento de uma obrigação contratual, sendo que a falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação, gera esse ilícito contratual" (SOUZA, 2019,p.n).

Cediço, portanto, que quando duas pessoas, em comum acordo celebram um contrato, estabelecem de maneira mutua obrigações que devem ser cumpridas. Da mesma forma, ocorre com a obrigação contratual unilateral, que é uma obrigação que só se concretizará após sua bilateralização. Sobre essa responsabilidade, leciona Cezar Fiuza:

> "A responsabilidade por atos unilaterais de vontade, como a promessa de recompensa é também contratual, por assemelhação, uma vez que os atos unilaterais só geram efeitos e, portanto, responsabilidade, após se bilateralizarem, Se um indivíduo promete pagar uma recompensa a que lhe restitui os documentos perdidos, só será efetivamente responsável, se e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> quando alguém encontrar e restituir os documentos, ou seja, depois da bilaterização da promessa." (FIUZA, 2011, p.331).

Tendo em vista o objeto principal da responsabilidade contratual, o dever de resultado, nada mais lógico do que concluir pela presunção de culpa daquele que inadimplir o contato (também chamado de ilícito contratual).

O inadimplemento da obrigação principal pactuada pelas partes gerará uma obrigação a ela acessória, o dever de indenizar, ou seja, a reparação proporcional do dano causado, ou que se causará advindo desse descumprimento. Como se presume da simples leitura do artigo 1056 do Código Civil ("não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos").

Ressalta-se, a existência de exceção a culpa pelo inadimplemento contratual, a qual permite a parte devedora declarar, mediante cláusula contratual expressa, *caso fortuito*[7] ou *força maior*[8], pondo a termo a exigência das obrigações. É o professo pelo disposto do artigo 393 do Código Civil ("O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado").

Já a responsabilidade extracontratual "[...] ou aquiliana é aquela que deriva de um ilícito extracontratual, isto é, da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz, consoante o art. l56 do CC, não havendo vínculo anterior entre as partes, por não estarem ligados por uma relação obrigacional ou contratual" (SOUZA, 2019,p.n).

Assim sendo, essa responsabilidade ocorre quando da ocorrência de lesão a um Direito, sem que tenha havido relação jurídica preexistente entre as partes envolvidas, cabendo a vítima o ônus da prova.

De fato, se mostra quase que inimaginável um caso concreto, no âmbito do profissional estético, a qual se aplique esse tipo de responsabilidade, vez que comumente, o exercício da atividade se dá após a celebração de prévio contrato.

3.DO TRATAMENTO ESTÉTICO

O tratamento estético, se mostra como a intervenção humana a modificação do corpo. Divide-se em duas vertentes: o tratamento estético reparador e embelezador.

O tratamento estético reparador, também chamada de corretiva, desempenha papel de alta relevância na vida das pessoas, vez que permite que um indivíduo que

se sinta excluído ou não aceito socialmente por conta de certa deformidade, a reverta ou a diminua, para que enfim sinta-se aceito e igual.

Flávia Lucas Gomes e Cesar Peghini, assim definem o tratamento estético reparador:

> "O tratamento estético reparador, ou corretiva, tem por objeto a correção de determinada deformidade física, seja ela advinda desde o nascimento ou que tenha ocorrido no decorrer da vida por algum acidente" (GOMES e PEGHINI, 2015, p.n).

Ginaldo Veloso França, acertadamente leciona a cirurgia plástica como uma espécie do tratamento reparatório, ressaltando sua importância a inclusão social do indivíduo:

> "[...] a cirurgia plástica, em algumas vezes denominada reconstrutora, reparadora ou corretiva, é de indiscutível legitimidade e da mais insuspeita necessidade quando seu objetivo se destina a corrigir condições deformadoras congênitas ou adquiridas e mutilações resultantes de traumas" (FRANÇA, 2014, p.n)

A obrigação, no tratamento estético reparatório, é uma obrigação meio (que será estudada mais a fundo no próximo tópico). Dessa forma, para que haja a responsabilização do profissional estético nesses casos, é de suma importância a comprovação do nexo causal da culpa e dano, caracterizando uma responsabilidade subjetiva.

O tratamento estético embelezador, por sua vez, encontra seu ponto crucial na vaidade, vez que não se mostra urgente, mas uma simples mudança na aparência. Sobre a nítida diferença entre o tratamento estético reparatório e o embelezador, Flávia Lucas Gomes e Cesar Peghini assim dispõem:

> "Nos tratamentos estéticos embelezadores, diferentemente do anterior, ele não busca uma ação corretiva, mas sim uma melhora na aparência. Neste caso, quando o paciente busca este tipo de intervenção, os motivos que o levam não são emergenciais, pois para a realização da mesma, deve estar bem de saúde" (GOMES e PEGHINI, 2015, p.n).

A obrigação no tratamento estético embelezador, diferentemente do reparatório, é uma obrigação fim (que também será estudada mais a fundo no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

próximo tópico). Dessa forma, condicionada a um resultado. A qual compromete-se o profissional estético a um resultado específico e imutável. Nesses casos, não se mostra necessária a comprovação da culpa, muito menos do nexo causal ao dano, caracterizando uma responsabilidade objetiva.

4. DESDOBRAMENTOS DA OBRIGAÇÃO MÉDICA

O instituto da obrigação, no Direito brasileiro, encontra respaldo legal no artigo 397 do Código Civil, segundo o qual "obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação." (BRASIL, 2002).

O doutrinador Antunes Varela a define como "o vínculo jurídico por força do qual uma pessoa tem o poder de exigir de uma outra certo comportamento (prestação), para satisfação de um interesse digno de protecção legal." (VARELA, 1973, p.50).

Essa obrigação, quando ao enfoque na área médica, desdobra-se em duas vertentes: obrigação de meio e de resultado, os quais serão melhor analisados a seguir.

4.1Obrigação de meio

Na obrigação de meio, vislumbra-se que a relação médico-paciente, não tem a garantia de resultado satisfatório, o que há é a busca do melhor resultado possível, dentre os limites profissionais, para que se contorne a deformidade. A esse respeito, diz Hugo Alves da Silva:

> "Diz-se que a obrigação é de *meio* quando o devedor promete empregar seus conhecimentos, meios técnicos para a obtenção de determinado resultado, sem, no entanto responsabilizar-se por ele. É o caso, por exemplo, dos advogados, que não se obrigam a vencer a causa, mas a bem defender os interesses dos clientes; bem como o dos médicos, que não se obrigam a curar, mas tratar bem os enfermos, fazendo uso de seus conhecimentos científicos" (SILVA, 2014, p.n).

Seguindo mesmo liame, os Tribunais Pátrios tem entendido que a prestação do serviço de saúde não ser condizente com o resultado esperado pelo paciente, por si só, não presume a culpa do profissional, devendo esta ser demonstrada pela vítima:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> II - A prestação de serviços de saúde constitui obrigação de meio e não de resultado, pois o compromisso do profissional se restringe a envidar todos os esforços para o alcance do objetivo pretendido (em regra, a recuperação da saúde do paciente), e não à obtenção do resultado em si.
>
> III - Ausente a demonstração da culpa da ré em sessões de fisioterapia prestadas à requerente, que demanda, para sua caracterização, prova da imprudência, negligência ou imperícia do profissional de saúde no tratamento da paciente, não há que se falar em indenização. (TJ-MG - AC: 10106160015298002 MG, Relator: João Cancio, Data de Julgamento: 04/06/2019, Data de Publicação: 10/06/2019).

Diante exposto, é o que ocorre na cirurgia reparatória ou corretiva. Não há garantia que o procedimento irá atingir o que era esperado pelo paciente. Assim, "está incluído neste tipo de cirurgia todas as que buscam uma correção de deformidade ocasionada por acidente, doenças ou até mesmo defeitos genéticos" (GOMES e PEGHINI, 2015, p.n).

4.2 Obrigação de resultado

Na obrigação de resultado, que é o caso do tratamento estético embelezador, tema central deste trabalho, o resultado contratado pelo paciente, objeto da obrigação, se mostra imutável, de forma que se o resultado não for o almejado, o médico deverá ser responsabilizado.

Tal obrigação evidencia a presunção da culpa do profissional, ou seja, sua responsabilização objetiva. Sobre as particularidades da obrigação de resultado, bem como sua responsabilização, assevera Sérgio Cavalieri Filho:

> "O mesmo já nao ocorre com a cirurgia estética. O objetivo do paciente é melhorar a aparencia, corrigir alguma imperfeicao física – afinar o nariz, eliminar as rugas do rosto etc. Nesses casos, nao há dúvida, o médico assume obrigacao de resultado, pois se compromete a proporcionar ao paciente o resultado pretendido. Se esse resultado nao é possível, deve desde logo alertá-lo e se negar a realizar a cirurgia" (FILHO, 2014, p. 445).

Convém ressaltar que o ordenamento jurídico visa harmonizar o procedimento estético com o artigo 13 do Código Civil, proibindo o ato de disposição do próprio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

No que tange aos atos médicos propriamente ditos e as cirurgias plásticas, realidade assente que estas são de resultado, conforme ratificado por diversas vezes em nossos Tribunais Superiores:

> 2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de uma prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura.
>
> 3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios.(STJ - REsp: 236708 MG 1999/0099099-4, Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado DO TRF, Data De Julgamento: 10/02/2009, T4 - Quarta Turma, Data De Publicação: 20090518 . Dje 18/05/2009)

Como se vê, o médico assume obrigação de resultado na cirurgia plástica estética embelezadora, porquanto se compromete em proporcionar ao paciente resultado aparente. Contudo, quando não existir viabilidade de transformação satisfatória do corpo humano, o médico deverá negar a realização da cirurgia, bem como informar ao paciente que o resultado almejado não irá ocorrer, conduta que coaduna-se com a ética profissional e o princípio da boa-fé contratual.

Perante o exposto, infere-se que a realização de intervenções cirúrgicas estéticas malsucedidas, correspondentes ao insucesso do procedimento contratado, gera a presunção de culpa do profissional que a realizou.

5.CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se, portanto, que com o passar dos anos, com avanços sociais e tecnológicos, a responsabilidade civil passou por inúmeras mutações, consequentemente gerando os desdobramentos da responsabilização médica.

No Direito brasileiro, o médico cirurgião poderá ser responsabilizado pelas falhas técnicas que vier a cometer, porém, o grande diferencial será a responsabilidade assumida por ele, que como analisado, será subjetiva, ou seja, sem previsão a culpa.

No tratamento reparador ou corretivo, a responsabilidade, segundo entendimentos doutrinários e jurisprudenciais apresentados, se mostra de meio, logo, não se podendo garantir o resultado almejado pelo paciente, não se vinculando a um determinado padrão de beleza, por não ser o foco. Mas, ao melhor resultado que poderia ser produzido diante as limitações do profissional da saúde.

Já no tratamento estético embelezador, o cenário é totalmente diferente, vez que seu ponto crucial é a vaidade, um determinado patamar de embelezamento estabelecido em contrato, no qual o cirurgião se obriga a atingir o resultado almejado pelo paciente, respondendo por eventual inadimplemento, segundo doutrina e jurisprudência, através da responsabilidade objetiva, ou seja, sendo previsível sua culpa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado / Maria Helena Diniz – 14. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.

FIUZA, Cesár. Direito Civil: curso completo. 15 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

FILHO, Cavalieri Sergio. Programa de Responsabilidade Civil., 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2014. p. 445.

FRANÇA, Genival Veloso de. Direito Médico, 12ª edição., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.

GOMES, Flávia Lucas; PEGHINI, Cezar. Tratamento estético: responsabilidade civil do médico em caso de danos. LFG, 2018. Disponível em: < https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/tratamento-estetico-responsabilidade-civil-do-medico-em-caso-de-danos >. Acesso em: 04 de março de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

MENDES, Gilmar Ferreira Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

MIGUEL, Frederico de Avila. RESPONSABILIDADE CIVIL: Evolução e Apanhado Histórico. A problemática da efetiva reparação do dano suportado pela vítima em razão da culpa como pressuposto. 2007. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/280207.pdf>. Acesso em: 10 de março de 2020.

REVISTA BIOÉTICA. Responsabilidade civil do cirurgião plástico em procedimentos estéticos: aspectos jurídicos e bioéticos. 2012. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/758>. Acesso em: 04 de agosto de 2020.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: responsabilidade civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4. p.6.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil.1. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 57.

SILVA, Hugo Alves. Obrigação natural, de meio e de resultado. 2014. Disponível em:

<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8546/Obrigacao-natural-de-meio-e-de-resultado>. Acesso em: 13 de março de 2020.

SINÔNIMOS. Dicionário de Sinônimos Online. Disponível em: <http://www.sinonimos.com.br/> .

SOUZA, Marcus Valério Saavedra Guimarães de. Responsabilidade contratual e extracontratual. Disponível em: <http://www.valeriosaavedra.com/conteudo_19_responsabilidade-contratual-e-extracontratual.html>. Acesso em: 20 de agosto de 2020.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único / Flávio Tartuce. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil / Gustavo Tepedino. – 1. ed. –Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VARELA, Antunes. Das Obrigações em Geral, Almedina, Coimbra, 1973, 2ª edição, pág. 50.

NOTAS:

[1] É a responsabilidade advinda da prática de um ilícito ou de uma violação ao direito de outrem que, para ser provada e questionada em juízo, independe da aferição de culpa, ou de gradação de envolvimento, do agente causador do dano.

[2] Consiste na rigorosa reciprocidade do crime e da pena, apropriadamente chamada retaliação. A perspectiva da lei de talião é o de que uma pessoa que feriu outra pessoa deve ser penalizada em grau semelhante, e a pessoa que infligir tal punição deve ser a parte lesada.

[3] Era uma lei romana que dava indenização aos sujeitos feridos por culpa de alguém, estabelecida no século III a.C, na República Romana.

[4] Código civil francês outorgado por Napoleão Bonaparte e que entrou em vigor 21 de março de 1804. O Código Napoleônico propriamente dito aborda somente questões de direito civil, como as pessoas, os bens e a aquisição de propriedade.

[5] Se dará quando o causador de determinado ato ilícito atingir este resultado em razão do dolo ou da culpa em sua conduta, sendo obrigado a indenizar do dano causado apenas caso se consume sua responsabilidade.

[6] Se alguém exerce uma atividade criadora de perigos especiais, deve responder pelos danos que ocasionar a outrem.

[7] É uma circunstância provocada por fatos humanos que interfere na conduta de outros indivíduos.

[8] É aquela a que a fraqueza humana não pode resistir.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A TIPICIDADE PENAL DO FRACIONAMENTO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR: Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

JOÃO GABRIEL CARDOSO[1]
(coautor)

O tema de licitações possui imensa relevância no âmbito da Administração Pública, principalmente no que diz respeito ao dia a dia do agente político que gere a coisa pública e de um sistema que a corrupção em sentido amplo é endêmica.

Trata-se de instituto que proporciona uma grande responsabilidade ao gestor público, pois além da Lei nº 8.666/93, ele deve respeitar diversos princípios orientadores, dentre eles, destacam-se o da proposta mais vantajosa para a Administração e o da probidade administrativa (art. 3º, Lei nº 8.666/93).

Adentrando ao tema que é objeto de discussão, primeiramente cumpre definir o que seria fracionamento. Nas sábias palavras da autora, Geísa Maria Teixeira de Araújo, define-se fracionamento como o "nome empregado para denominar a compra ou a contratação de serviços e obras parceladas com o intuito de fugir da modalidade de licitação adequada ou provocar a indevida dispensa de licitação "(Teixeira, 2001, p. 64).

Observa-se, portanto, que o fracionamento pode ensejar tanto a fuga da modalidade de licitação adequada, quanto a própria dispensa da licitação, a depender da decisão adotada pelo gestor público.

Diante desse conceito, cumpre indagar o seguinte: o fracionamento de licitação configura ilícito administrativo? Inicialmente podemos afirmar que a depender da situação, a resposta pode ser positiva. A própria Lei n. 8.666/93, que visa trazer regras gerais de licitações, expõe em seu art. 23, §5º a vedação do fracionamento, pelo menos via regra:

> É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

Então, respondendo à pergunta questionada, podemos afirmar que, *a* priori, o fracionamento de licitação seria um ilícito administrativo, tanto que a vedação se encontra na Lei de Licitações, assim como também na Lei de Improbidade Administrativa, que pune, como uma das modalidades de lesão ao erário, a frustração do procedimento licitatório, desde que seja praticado dolosa ou culposamente. (art. 10, inciso VIII).

Logo, concluímos que se o gestor público dolosa ou culposamente fraciona determinada contratação para fugir de determinada modalidade licitatória ou até mesmo para dispensá-la indevidamente, em tese, estará incorrendo em conduta ímproba, podendo vir a ser responsabilizado pelas sanções civis da Lei de Improbidade. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já teve a oportunidade de enfrentar o tema e decidiu que o fracionamento de contratação que acarreta a dispensa de licitação, enquadra-se como ato de improbidade administrativa que gera dano *in reipsa*à Administração Pública (REsp 1.280.321/MG).

Ocorre que o cerne do nosso artigo é questionar o seguinte: o fracionamento de procedimento licitatório configura crime? A pergunta é polêmica, pois a resposta vai depender de como se deu o fracionamento. Para melhor compreensão da temática exposta, temos que partir da premissa de que as hipóteses de dispensa e inexigibilidade estão previstas na Lei n.° 8.666/93, em que tipo objetivo deste injusto penal possui 02 (duas) partes, punindo condutas distintas, a saber:

a) Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

b) Deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade (as formalidades estão previstas especialmente no art. 26 da Lei),

Ademais, o injusto penal é classificado como:

a) lei penal em branco (uma vez que depende de complemento normativo);
b) imprópria, em sentido amplo ou homogênea (o complemento normativo emana do legislador) do subtipo homovitelínea ou homológa (o complemento emana da mesma instância legislativa).

Adiante, existem 02 (duas) correntes sobre a exigibilidade ou não de dano ao erário neste tipo penal e sobre o dolo específico. Para a jurisprudência do STJ[2]e da 2ª Turma do STF este injusto penal exige-se resultado danoso (prejuízo ao erário) e dolo específico de finalidade específica para que este crime se consume, tratando-se de crime (delito) material[3][4][5].

Já para a 2ª corrente não se exige este prejuízo ao erário em que para fins práticos o crime seria formal, corrente abalizada pelo entendimento da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Os argumentos consistem de que para à configuração da tipia em apreço, não se faz necessária a prova de prejuízo financeiro ao erário, porquanto o bem jurídico tutelado não se resume ao patrimônio público e coincide com os fins buscados pela CF/88, ao exigir em seu art. 37, XXI, "licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes". De mais a mais, tutela-se a moralidade administrativa, a probidade, a impessoalidade e a isonomia. [STF. 1ª[6] Turma. Inq 3674/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 7/3/2017 (Info 856)].

Caso ele acarrete a dispensa de licitação de forma indevida e dolosa, não há dúvidas de que estamos diante de um ilícito penal, pois o próprio art. 89 da Lei 8.666/93 prevê como figura típica a dispensa ou a inexigibilidade fora das hipóteses previstas em lei.

No entanto, essa mesma resposta não poderia ser positiva, em nosso entender, caso a licitação fosse fracionada pelo gestor com o intuito de fugir de uma modalidade de licitação adequada, como por exemplo, a do gestor que fraciona em convites uma licitação que poderia ser feita em tomada de preços ou concorrência. A resposta pode parecer absurda, mas não pode ser outra, haja vista que o legislador mesmo considerando como prática ilegal (art. 23, §5º), ele acabou não criminalizando tal conduta.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para corroborar a tese, citamos o ilustre doutrinador Cezar Roberto Bitencourt, que em sua obra Direito Penal das Licitações, defende a atipicidade dessa conduta. Observe:

> "É insustentável o entendimento de que o fracionamento indevido do objeto da licitação adequa-se à descrição constante do art. 90 da lei de regência. Com efeito, o fracionamento do objeto licitado, em verdade, aumenta a competitividade, pois muito mais limitada seria a participação de empresas na licitação de uma grande obra. Poder-se-ia estar diante de alguma irregularidade administrativa, mas não de infração penal, para qual há a exigência da tipicidade (...) o fracionamento do objeto da licitação, ainda quando irregular, não encontra adequação típica no art. 90 da lei de regência, sendo, no particular, uma conduta atípica" (BITENCOURT, 2012, p. 208).

Essa também é a posição do ilustre autor Marcelo Leonardo, a qual nos filiamos. Sustenta o autorque o legislador acabou por olvidar em tipificarpenalmente a conduta de fracionamento de licitação em modalidade diversa da exigida. Em síntese diz o ilustre autor que:

> "O legislador quis ser rigoroso, mas acabou deixando lacunas na criminalização de condutas. Não constitui crime, previsto na Lei n. 8666, a conduta de realizar modalidade de licitação em desacordo com a lei. Por exemplo, fazer convite quando o exigível era a concorrência. O art. 89 só pune a dispensa de licitação, não a sua realização, ainda que em modalidade diversa da exigida. A Lei de Licitações não pune, como crime, o desrespeito à vedação, contida no §5º de seu art. 23, de parcelamento da mesma obra ou serviço (divisão em módulos) para fugir à tomada de preços ou à concorrência" (LEONARDO, 2001, p. 52-53).

A jurisprudência abaixo confirma que há crime quando o fracionamento da licitação resulta em sua dispensa e é justamente neste quadro que sustentamos de fato, ou seja, quando gera a dispensa o fato é típico, pois o art. 89 da Lei 8.666/93 pune essa conduta:

> AÇÃO PENAL. EX-PREFEITA. ATUAL CONSELHEIRA DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. FESTA DE CARNAVAL. FRACIONAMENTO ILEGAL DE SERVIÇOS PARA AFASTAR A OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO. ARTIGO 89 DA Lei N. 8.666/1993. ORDENAÇÃO E EFETUAÇÃO DE DESPESA EM DESCONFORMIDADE COM A LEI.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> PAGAMENTO REALIZADO PELA MUNICIPALIDADE ANTES DA ENTREGA DO SERVIÇO PELO PARTICULAR CONTRATADO. ARTIGO 1º, INCISO V, DO DECRETO-LEI N. 201/1967 C/C OS ARTIGOS 62 E 63 DA LEI N. 4.320/1964. AUSÊNCIA DE FATOS TÍPICOS. ELEMENTO SUBJETIVO. INSUFICIÊNCIA DO DOLO GENÉRICO. NECESSIDADE DO DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR DANO AO ERÁRIO E DA CARACTERIZAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO. - Os crimes previstos nos artigos 89 da Lei n. 8.666/1993 (dispensa de licitação mediante, no caso concreto, fracionamento da contratação) e 1º, inciso V, do Decreto-lei n. 201/1967 (pagamento realizado antes da entrega do respectivo serviço pelo particular) exigem, para que sejam tipificados, a presença do dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo. Precedentes da Corte Especial e do Supremo Tribunal Federal. - Caso em que não estão caracterizados o dolo específico e o dano ao erário. Ação penal improcedente. (APn 480/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/03/2012, DJe 15/06/2012)

Nesse outro julgado se sustenta que o fracionamento quando gera dispensa de licitação só é crime quando há dolo específico. Essa é a posição mais atual dos Tribunais Superiores, senão vejamos:

> PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. ARESTO CONDENATÓRIO QUE RECONHECE A AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DO EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. VERIFICAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. Verifica-se que o paciente, na função de Prefeito Municipal, foi denunciado em razão de ter dispensado a licitação para compra de areia em hipótese não prevista em lei, fracionando a compra e o pagamento em várias etapas. 2. Entende essa Corte que o crime do art. 89 da Lei n.º 8.666/1993 não é de mera conduta, sendo necessária a demonstração do dolo específico de causar dano ao erário e a configuração do efetivo prejuízo ao patrimônio público, o que não foi reconhecido pelo Tribunal a quo. 3. O aresto condenatório consignou apenas que é evidente o dolo genérico da conduta ainda que não se possa provar o efetivo prejuízo causado à administração pública, pelo fato de ter o paciente efetuado contratação direta em hipótese não prevista pela Lei de Licitações, sem prévia orientação técnica e jurídica a respaldar os procedimentos realizados. 4. Não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> havendo comprovação da ocorrência de prejuízo ou de dolo de causar dano ao erário com as contratações realizadas, deve ser reconhecida a atipicidade das condutas. 5. Ordem concedida a fim de anular a condenação e o respectivo processo de execução penal do paciente. (HC 377.711/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017).

Como podemos visualizar, nenhum dos julgados encimados confirmam que é crime quando o fracionamento consiste em trocar uma modalidade de licitação por outra.

Das considerações finais

Do exposto, pode-se concluir que o fracionamento de licitação somente será fato típico quando acarretar a dispensa indevida, conforme prevê o art. 89 da Lei em comento, lembrando que conforme jurisprudência predominante para fins de tipificação desta conduta importante se faz observar se nesta conduta há dolo específico (o que discordamos, pois, o tipo penal não exige dolo específico). Por outro lado, se o fracionamento da licitação consiste em fracionar para contratar por modalidade diversa da que seria exigida ao caso, podemos concluir que segundo doutrina e jurisprudência não há fato típico, haja vista o legislador não ter tipificado como crime esse tipo de conduta (posição que comungamos também), podendo gerar responsabilidade em outros campos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Geísa Maria Teixeira de. **Licitações e contratos públicos: teoria e prática.** 2ª ed. Fortaleza: Edições Livro Técnico, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito penal das licitações.** São Paulo: Saraiva, 2012.

4-BRASIL. **Lei de Licitações.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm . Acesso em 05 de maio. 2020.

5-BRASIL. **Lei de Improbidade Administrativa.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm . Acesso em 05 de maio. 2020.

6- BRASIL. **Julgado do Superior Tribunal de Justiça.**https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21394443/recurso-especial-resp-

1280321-mg-2011-0180122-9-stj/inteiro-teor-21394444?ref=juris-tabs . Acesso em 06 de maio. 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Para que o crime do art. 89 da Lei de Licitação se consuma é necessário que tenha havido resultado danoso?** Publicado em 12 de abril de 2012. Disponível em:<<https://www.dizerodireito.com.br/2012/04/para-que-o-crime-do-art-89-da-lei-de.html>>. Acesso em 15 de maio de 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Aspectos importantes sobre o crime do art. 89 da Lei de Licitações**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/99b410aa504a6f67da128d333896ecd4>. Acesso em: 15/05/2020

LEONARDO, Marcelo. **Crimes de responsabilidade fiscal: crimes contra as finanças públicas; crimes nas licitações; crimes de responsabilidade de prefeitos.** Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001.

NOTAS:

[1]É Delegado de Polícia no Estado do Ceará. Ex-servidor público federal da Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduado em Direito Administrativo pela Faculdade de Ciências Wenceslau Braz. Autor de obra jurídica, autor de artigos jurídicos e professor universitário da Faculdade Ieducare. Aprovado em diversos concursos na área de segurança pública.

[2] Corte Especial do STJ na APn 480-MG, Rel. originária Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. para acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, julgada em 29/3/2012.

"O entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o crime do art. 89 da Lei 8.666, de 1993, **somente é punível quando produz resultado danoso ao erário"** (STJ - Apn 214/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 07/05/2008)

"As ações criminais, que envolvem o cometimento de crimes previstos na Lei de Licitações, exigem, para a configuração do delito, a evidenciação do dolo específico e **do dano ao erário**, para que consubstanciem a justa causa para a condenação pena" (STJ - APn 330/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 03/10/2007).

"O tipo descrito do art. 89 da Lei de Licitação tem por escopo proteger o patrimônio público e preservar o princípio da moralidade, mas **só é punível quando produz**

resultado danoso"(STJ - Apn 261/PB, Rel. Min. Eliana Calmon, Corte Especial, julgado em 02/03/2005).

[3] STJ. 6ª Turma. HC 377.711/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 09/03/2017.

[4] STF. 2ª Turma. Inq 3731/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 2/2/2016 (Info 813).

[5] STF. 2ª Turma. Inq 3965, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 22/11/2016.

[6] Lembrando que dentro da própria 1ª Turma do STF temos divergência de entendimento: PENAL. CRIME LICITATÓRIO. DEPUTADO FEDERAL. ARTIGO 89 DA LEI 8.666/93, SEGUNDA PARTE. FORMALIDADES. DESCUMPRIMENTO. TIPICIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. DENÚNCIA NÃO RECEBIDA. 1. O artigo 89, segunda parte, da Lei 8.666/93, é norma penal em branco, a qual, quanto às formalidades a que alude, é complementada pelo art. 26 da mesma Lei. 2. O delito em questão tutela bem jurídico voltado aos princípios da administração pública (CF, artigo 37). O descumprimento das formalidades só tem pertinência à repressão penal quando involucrado com a violação substantiva àqueles princípios. 3. No caso, as justificativas do preço, da escolha do fornecedor e a ratificação do procedimento atenderam às formalidades legais, no que diz com perspectiva do denunciado. Conduta do gestor lastreada em Pareceres Técnicos e Jurídicos razoavelmente justificados, e não identificados conluio ou concertamento fraudulento entre o acusado os pareceristas, nem intenção de fraudar o erário ou de enriquecimento ilícito. 4. Ausência constatável *ictu oculi* de indícios mínimos de tipicidade objetiva e subjetiva, a inviabilizar um prognóstico fiável de confirmação da hipótese acusatória. Denúncia não recebida.
(Inq 3962, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 20/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-191 DIVULG 11-09-2018 PUBLIC 12-09-2018).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA: EQUIPARAÇÃO AO CRIME DE RACISMO SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL—ANÁLISE DA ADO Nº 26

JANAINA MOREIRA MACIEL ARRUDA:
Bacharelanda no curso de Direito pelo Centro Universitário – UNINOVAFAPI

LUMA ARAUJO DA ROCHA SILVA
(coautora)

Artigo de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário – UNINOVAFAPI como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Me. ALEXANDRE AUGUSTO BATISTA DE LIMA

RESUMO: O presente artigo compromete-se em analisar a Constitucionalidade da atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, em que houve a equiparação do crime de homofobia ao racismo, tendo como base o voto do ministro relator Celso de Mello, que foi a favor de tal equiparação, e o ministro Ricardo Lewandowski, como voto contrário da maioria. Com os objetivos de esclarecer a cerca dos conceitos e definições da comunidade LGBTQI+ e examinar se houve o descumprimento do dever de criminalizar a homofobia e transfobia no Brasil, bem como a performance do STF como legislador positivo. Foram utilizados como fonte os artigos disponíveis nas bases de dados Google Acadêmico, Scielo, assim como livros e revistas que foram analisados por meio de um ritual de revisão de literatura. Quanto aos resultados, constatou-se que o STF extrapolou sua competência, ferindo os princípios da separação dos poderes, legalidade e reserva legal; intervindo sobre matéria exclusiva do Poder Legislativo. Concluindo-se, assim, que a melhor solução seria a criação de uma lei específica pelo órgão competente – Congresso Nacional, reconhecendo o direito de igualdade e assegurando o princípio da dignidade humana.

Palavras-chave**:** Homofobia. Racismo. Minorias. Criminalização. Legislador positivo.

ABSTRACT: This article is committed to analyzing the constitutionality of the action of the Supreme Federal Court in the judgment of Direct Action of Unconstitutionality for Omission No. 26, in which there was an equation between the crime of homophobia and racism based on or voting on the rapporteur of Minister Celso de Mello who was in favor of equalization and of Minister Ricardo Lewandowski as a majority vote. With the objective of clarifying the concepts and definitions of the

LGBTQI + community and examining whether or not there was a duty to criminalize homophobia and transphobia in Brazil, as well as a performance by the STF as a positive legislator. It was used as a source of articles available in the Google Scholar databases, Scielo, as well as books and magazines that were analyzed through a literature review ritual. Regarding the results, it can be seen that the Supreme Court extrapolates its competence, violating the requirements of the norms of powers, legality and legal reserve, intervening on matters exclusive to the legislative power. In conclusion, the best solution would be the creation of a specific law for the competent body, the National Congress, the recognition of the right to guarantee and guarantee the right to human dignity.

Keywords: Homophobia. Racism. Minorities. Criminalization. Positive legislator.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 SURGIMENTO DO GRUPO LGBTQI+. 3 A INÉRCIA DO PODER COMPETENTE EM CRIMINALIZAR A HOMOFOBIA. 4 IMPORTÂNCIA DA CRIMINALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO RACISMO. 4.1 O Supremo Tribunal Federal como órgão legislador na criminalização da homofobia. 4.2 O princípio da legalidade e princípio da reserva legal diante do julgado da ADO nº 26. 4.3 Análise do voto ministro relator Celso de Mello. 4.4 Análise do voto do Ministro Ricardo Lewandowski. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇAO

A comunidade LGBTQI+, que assim pode ser determinada para caracterizar lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, queer, intersexuais, dentre outras, nasceu com intuito de reunir forças e lutar contra a homofobia existente há séculos sobre a sexualidade e identidade de gênero das pessoas que assim se identificam.

A Homofobia consiste na intolerância, discriminação ou qualquer manifestação de repúdio à homossexualidade e à homoafetividade. A repulsa às diferentes formas de orientação sexual representa um desrespeito às liberdades básicas garantidas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pela Constituição Federal.

Em 23 de dezembro de 2013, o Partido Popular Socialista (PPS) ingressou no Supremo Tribunal Federal (STF) com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, que tem como foco a criminalização da homofobia, pois bem, podemos saber que até o momento não existem leis em nosso código penal que tratem sobre a questão. No ano de 2019, por maioria dos votos determinou-se que a conduta passaria a ser punida pela Lei de Racismo (7716/89), que hoje prevê crimes de discriminação ou preconceito por "raça, cor, etnia, religião e procedência

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

nacional". Sob essa perspectiva o entendimento do STF não extrapola a sua competência?

O artigo tem como objetivo geral a análise da legitimidade do STF na decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) Nº 26 em que há equiparação dos crimes de homofobia ao crime de racismo. Tendo como objetivos específicos analisar os conceitos e definições do grupo LGBT, verificar o descumprimento do dever constitucional de criminalizar a homofobia e a transfobia no Brasil e discutir a atuação do STF como órgão legislador.

Diante da fragilidade do grupo LGBT no Ordenamento Jurídico Brasileiro e a inércia do Poder Legislativo em protegê-los, o tema nos remete a refletir até que ponto o Poder Judiciário pode adentrar nas funções do legislativo, pois tem-se poderes divididos, com funções típicas e atípicas na Constituição Federal.

A revisão sistemática da literatura foi adotada como método de agrupamento dos dados, indexados nas bases de dados SCIELO, Google Acadêmico, livros e revistas, em síntese do conhecimento acerca da temática proposta, de modo a responder à questão norteadora.

Os resultados foram apresentados em quatro tópicos e seus subtópicos a saber: O surgimento do grupo LGBTQ+, a inércia do poder competente em criminalizar a homofobia, o Supremo Tribunal Federal como órgão legislador na criminalização da homofobia, o princípio da legalidade e o princípio da reserva legal diante do julgado da ADO nº 26, a análise do voto do ministro relator Celso de Mello e análise do ministro Ricardo Lewandowski.

2 SURGIMENTO DO GRUPO LGBTQI+

Neste tópico será abordado o surgimento do grupo LGBTQI+ (lésbicas; gays; bissexuais; transexuais; queer, intersexuais e entre outras), bem como o seu significado, o que representa, a diferenciação de questões terminológicas, a fim de esclarecer as questões de gênero, sexualidade, bem como evidenciar os problemas enfrentados por essa comunidade.

Diante de muitos movimentos existentes no Brasil, o grupo LGBTQI+ - que está relacionado ao objeto de pesquisa - tem ganhado ao decorrer desses anos muita visibilidade e espaço em discussões no âmbito judiciário. Por muitos anos, esse movimento vem enfrentando lutas, violências, discriminações e preconceitos.

A expressão LGBT consagrou-se no Brasil em 08/06/2008, na I Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, incluindo-se também

"queer", "intersexuais", as "assexuais" e todas as demais pessoas inseridos por sua orientação sexual ou identidade de gênero (LGBTQI+) (SIMÕES & FACCHINI, 2009).

Conforme o autor Alves Junior (2012), as diversas formas de expressão da diversidade sexual humana derivam com base nos aspectos fundamentais e estruturantes da identidade de cada pessoa. Como, durante anos, a homossexualidade era considerada por muitos psicólogos e psiquiatras como um transtorno de personalidade ou transtorno sexual, no ano de 1973 foi desmitificada essa teoria pela APA (American Psychological Association). Partindo desse parâmetro, entende-se que a sexualidade humana envolve aspectos da personalidade e da natureza interna de cada pessoa (BRASIL, 2019).

De acordo com Constituição Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos, a orientação sexual define-se como a capacidade de cada pessoa ter uma atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos do mesmo gênero, de gênero diferente ou de mais de um gênero. Já a identidade de gênero, caracteriza-se pela experiência interna e individual de cada pessoa que pode ou não corresponder ao sexo do seu nascimento (FREITAS, 2007).

Após encontrarem melhores entendimentos e interpretações da homossexualidade, surgiu um novo termo relacionado a este acontecimento, a homofobia. Segundo Costa e Nardi (2015), o termo homofobia refere-se à conceitualização da violência e discriminação contra indivíduos que apresentem orientação sexual diversa da heterossexual. O que causou um grande aumento da desigualdade social, de modo que as pessoas estão cada vez mais intoleráveis e menos empáticas umas com as outras (BRASIL, 2019).

Conforme Dias (2012), a homofobia compreende qualquer ato ou manifestação de ódio ou rejeição a homossexuais, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais. Essa denominação abrange outras expressões, como lesbofobia, bifobia e transfobia, que dão ainda mais visibilidade à intolerância em todos os seus âmbitos devido à aversão que os homofóbicos têm a qualquer atitude vinda desse grupo.

A partir dessas considerações, é claro que a liberdade e a realidade de cada ser humano são caracterizadas por valores compostos por sua essencialidade, sendo cada um responsável por seu próprio destino, e esse preconceito e discriminação da sociedade permitem que o grupo LGBTQI+ possa lutar pelos seus direitos de exercer, de forma livre, as prerrogativas inerentes a toda a sociedade, para que as pessoas pertencentes a eles possam ter acesso à liberdade estatal e sejam reconhecidas como pessoas/cidadãos perante a lei.

3 A INÉRCIA DO PODER COMPETENTE EM CRIMINALIZAR A HOMOFOBIA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A Constituição de 1988, tem em seu texto a garantia da "não-discriminação" como direito fundamental, com base no princípio da igualdade. Tal igualdade, de acordo com Silva (2013), constitui característica imprescindível de Democracia, não permitindo privilégios e distinções que um Regime Liberal consagra.

Afirma Dias (2014), que a igualdade e a justiça são como valores primordiais para uma sociedade pluralista e sem preconceitos. A Constituição Federal (art. 1º, III) tem como um dos seus objetivos fundamentais proporcionar o bem de todos, sem preconceito de raça, origem, cor, sexo, igualdade ou qualquer outra forma de discriminação. Assegurando ainda que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

A Constituição Federal (1988) adotou o direito penal como mecanismo responsável para defender os direitos humanos, que de acordo com Nucci (2020, p.73), "É o conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação". Sendo responsável pela tipificação criminal de condutas contra os grupos vulneráveis, que tanto sofrem violências.

A nossa Constituição tem caráter Dirigente, definindo tarefas à serem concretizadas, sendo a do poder legislativo criar leis, e caso isso não ocorra geram o fenômeno chamado de omissão constitucional. O que levou ao ajuizamento da ADO nº 26, devido à omissão do legislativo durante muitos anos para a criminalização da homofobia e da transfobia (SIQUEIRA; SANTANA, 2019).

A ADO, é um instrumento criado para realizar o controle de constitucionalidade, combatendo a inaplicabilidade efetiva das normas constitucionais, exemplifica Silva (2013, p.49) da seguinte maneira:

> A Constituição, por exemplo, prevê o direito de participação dos trabalhadores nos lucros e na gestão das empresas, conforme definido em lei, mas, se esse direito não se realizar, por omissão do legislador em produzir a lei aí referida e necessária à plena aplicação da norma, tal omissão se caracterizará como inconstitucional. Ocorre, então, o pressuposto para a propositura de uma ação de inconstitucionalidade por omissão, visando obter do legislador a elaboração da lei em causa.

O STF, até o ano de 2007, realizava seus julgamentos de ADOs baseado na posição não concretista, de forma que o STF apenas reconhecia a omissão do Poder Legislativo, não podendo criar as leis que eram objetos da ação, ou seja, não atuava

como legislador positivo. Após 2007, houve um novo entendimento jurisprudencial que passou a adotar a posição concretista geral, sendo que, além de declarar a omissão legislativa, passou a aplicar legislação infraconstitucional já existente e/ou determinar prazo para que o legislativo crie a norma requerida. Mas é importante ressaltar que esse entendimento é direcionado aos Mandados de Injunção e não as Ações de Inconstitucionalidade, como é o caso do objeto de estudo (TEXEIRA, 2019).

Dessa forma, quanto a inércia da criminalização da homofobia e da transfobia, o autor da ADO nº26/DF expõe que esses atentados discriminatórios estariam inclusos nos mesmos comportamentos definidos à ideia de racismo mas que a Lei nº 7.716/89 – Lei do Racismo, referiu-se somente a discriminação oriunda de preconceitos de cor, etnia, religião ou procedência nacional, excluindo assim as inúmeras outras formas de racismo que o art. 5º, inciso XLII, da Constituição Federal visa proteger (CABRAL, 2019).

Verifica-se, então, a omissão do Poder Legislativo quanto a ausência da conduta exigida pela Constituição, conforme o artigo 5º XLI, que diz: "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". Tendo assim, demonstrado-se inerte quanto à criação de normas incriminadoras para atos atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais do grupo LGBTQI+ (BRASIL, 2019).

4 IMPORTÂNCIA DA CRIMINALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO RACISMO

No Brasil, encontra-se uma grande diversidade de cidadãos em diferentes aspectos, tais como etnia, nacionalidade, cultura, religião, orientação sexual e de gênero, cor, entre outros, tornando-se assim um Estado conhecido mundialmente por sua excentricidade (ALMEIDA e CASTRO, 2017).

Durante anos, sofremos com a prática discriminatória enraizada em nossa sociedade, levando ao Poder Legislativo a criação de leis específicas para garantir os direitos fundamentais, elencados em princípios e artigos da Constituição Federal de 1988, podendo-se, inclusive, grifar o artigo 5º nos seus incisos XLI e XLII, que criminalizam a prática do racismo e abominam qualquer tipo de discriminação. Logo, um ano após a promulgação da Constituição, surge a lei 7.716/89, trazendo em seu corpo medidas para combater o preconceito e discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, sendo essa uma alteração dada pela lei 9.459/1997. Porém nada se fala sobre discriminação de pessoas com orientação sexual homoafetiva e de gênero (ALMEIDA e CASTRO, 2017).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A Constituição Federal/88 assegura em seu art. 5º, inciso XLII, que: "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei", nesses termos garante não só a discriminação em virtude da raça, mas também, como cabe a obrigação ao Congresso Nacional incriminar os atos atentatórios provenientes de preconceitos em face da orientação sexual ou identidade de gênero (BRASIL, 2019).

É evidente que o art. 5º, e seus incisos, trata no seu título II, os "Direitos Fundamentais" - conceituado por Pinho (2019) - como os indispensáveis ao ser humano, que asseguram a todos uma existência digna, livre e igual. Dessa forma, o Estado tem o dever de concretizá-los e aplicá-los ao cotidiano dos cidadãos.

Entende-se, assim, que os direitos fundamentais se referem a direito subjetivo, e que, por sua vez, são de aplicação imediata, conforme o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, Martins (2014), pontua que os brasileiros e estrangeiros têm o direito de ver a concretização do texto da Constituição. Quando estes vierem a sofrer racismo, exigindo a garantia da legislação penal que pune todos os que praticarem tais atos discriminatórios.

Silva (1967), explica que as normas constitucionais se dividem em *self-executing provi*sions e *not-executing provisions,* respectivamente, significando autoaplicáveis e não autoaplicáveis. As *self-executing* são referentes às normas de plena eficácia jurídica, ou seja, não há necessidade de normas infraconstitucionais. Já as *not-executing,* são as normas que dependem de complemento de leis ordinárias. De forma que a norma abordada no inciso XLII do art. 5º da CF/88 é uma norma não auto executável. Logo, quando o constituinte cria a norma para que tipifiquem o crime de racismo, o cumprimento passa a ser responsabilidade do legislador ordinário (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, a fim de fazer jus à determinação da Carta Magna, o legislador ordinário proferiu, a Lei 7.716/89, que tipifica os crimes em decorrência de preconceito de raça ou cor. Analisando-se que à época tipificaram apenas, como mostra seu artigo 1º, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Sendo válido ressaltar que nada referente a crimes de orientação sexual ou identidade de gênero, apesar de inúmeros acontecimentos de homofobia e transfobia no Brasil (CABRAL, 2019).

4.1 O Supremo Tribunal Federal como órgão legislador na criminalização da homofobia

Conforme a premissa de Pinho (2016), a separação de poderes surgiu para contrariar o Absolutismo, visando evitar a concentração do poder nas mãos de uma

pessoa só. Com isso, foram atribuídas funções governamentais para cada órgão independente e especializado, ficando então distribuídas como Legislativo, Executivo e Judiciário. Contando que o Legislativo tem como função típica elaborar leis e o Judiciário, a responsabilidade para distribuir justiça e aplicar leis aos casos concretos, em litígios. Dessa forma, é necessário o exame da atuação do STF (Poder Judiciário) e se agiu conforme o seu papel diante da ausência do Poder Legislativo.

O STF é o órgão de cúpula do Poder Judiciário e a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme definido no art. 102 da Constituição da República (1988). Entre suas principais atribuições está a de julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da própria Constituição e a extradição solicitada por Estado estrangeiro (BRASIL, 2019).

Segundo Barroso (2019), a principal função e objetivo dos Tribunais Constitucionais ou Supremas Cortes é cumprir a Constituição, protegendo-a de todas as ameaças e omissões, independente se vindo de particulares ou de outros poderes. O controle de constitucionalidade é utilizado para impedir que uma lei criada pelo Poder Legislativo (preferência dada à sua função típica), venha a confrontar princípios ou artigos do texto constitucional ou em casos de inércia na produção de normas expressas na Constituição.

Em princípio, o Brasil e alguns outros países da Europa têm uma postura diferente da judicial *review*, dos Estados Unidos, que se limitam a declarar uma lei constitucional. No Estado brasileiro, a jurisdição constitucional desempenha algumas funções a mais do que somente analisar leis vindas do poder legislativo. Dentre elas estão:

> A aplicação direta da Constituição a determinadas situações, com atribuição de sentido a determinada cláusula constitucional; a interpretação conforme a Constituição e a criação temporária de normas para sanar hipóteses conhecidas como de inconstitucionalidade por omissão, que ocorrem quando determinada norma constitucional depende de regulamentação por lei, mas o Legislativo se queda inerte, deixando de editá-la (BARROSO, 2019, p. 470).

A atuação do Supremo Tribunal Federal também pode ser definida como o fenômeno chamado de Ativismo Judicial, que consiste em o poder judiciário assumir responsabilidades além de sua competência observando assim uma atuação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

excessiva do judiciário. Para muitos estudiosos, como o jurista Streck (2013) *apud* Gonçalves; Caldas e Portilho (2020) o ativismo judicial pode ser uma ameaça à democracia e ao princípio da separação de poderes, de forma que, esse fenômeno deriva dos entendimentos pessoais dos juízes e dos tribunais.

A princípio o STF estabeleceu que sendo procedente a declaração da omissão de inconstitucionalidade o órgão competente seria informado para tomar as providências necessárias a fim de sanar a omissão. Porém de acordo com o ministro Gilmar Mendes (2014) *apud* Gonçalves; Caldas e Portilho (2020) devido à demora para corrigir a inconstitucionalidade, a decisão proferida pode adotar medidas para regularizar a matéria omissa, mas desde que tenha um prazo certo ou até que o Poder Legislativo edite a lacuna existente. Assim entende-se que o Tribunal não tem como finalidade ser legislador positivo, mas sim de garantir o cumprimento das premissas da Constituição Federal por força de decisão judicial.

4.2 O princípio da legalidade e princípio da reserva legal diante do julgado da ADO nº 26

Ao longo dos anos, os órgãos do Poder Judiciário, em especial o STF, este abarrotado de demandas, vem sendo o pacificador de diversas matérias, legisladas ou não, que aparentemente não estão em comunhão com a Carta Magna ou simplesmente nunca existiram. Os diferentes litígios e a busca pela efetividade dos direitos levaram a Corte Suprema a comportar-se como legislador positivo e, assim, o fazendo por diversas vezes em ações diretas de inconstitucionalidade por omissão ou por mandados de injunção, usurpando de forma clara a função do Poder Legislativo, ferindo o princípio da separação dos poderes e da legalidade, elencados pelo constituinte originário **(**SILVA, 2016).

Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, que trata da criminalização da homofobia chegou ao STF para que ele analisasse os pedidos de (1) reconhecimento da omissão legislativa; (2) aplicação da lei de racismo e (3) ordem para o poder legislativo editar tal norma.

O STF, em seu controle concentrado, verificando a mora legislativa na (ADO 26) tem o papel de informar ao poder competente que ele crie uma legislação indicada pela lei maior como um poder-dever, para que seja garantido o direito de não discriminação considerado essencial à vida humana; não podendo acatar o pedido de aplicação da lei de racismo, pelo fato de, o ato de criar uma tipificação penal sobre identidade de gênero e sexual dos indivíduos, viola a reserva legal que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

é exclusiva do poder legislativo e fazendo analogia a um *malam partem* proibido por norma legal (CABRAL, 2019).

Na Constituição Federal/88, art. 5º, XXXIX, prevê que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", assim se encontra o princípio da legalidade de forma, que só se considera crime alguma conduta, caso esta esteja prevista em lei (BRASIL, 1988). Conforme Bitencourt (2017), as normas penais são de função exclusiva de lei, de forma que não pode aplicar nenhuma pena sem que antes exista uma lei definindo-o como crime.

Ainda explica que o princípio da reserva legal significa que a estruturação de algumas matérias deve ser realizada, precisamente, por intermédio de lei formal, conforme o previsto na Constituição Federal. Com isso, assegura que compete, privativamente, à União legislar sobre matéria de Direito Penal, com base no art. 22, I, CF/88.

O doutrinador Nucci (2019) diz que a legalidade faz o poder do Estado Absoluto ser conduzido pela vontade do povo, por meio de seus representantes, para poder criar delitos e penas; e que a tripartição dos Poderes ainda complementa para o Estado, permitindo que o legislativo seja o responsável pela criação da lei penal, sendo função do Judiciário aplicá-la, na prática, com apoio do Executivo, que garante a polícia e o aparato estatal repressivo, quando necessário.

Dessa forma, percebe-se que o princípio da legalidade tem como finalidade impedir e acabar com a persecução penal do responsável por cometer, em determinado período, uma conduta não tipificada em lei penal, que depois venha a ter sido prevista. Seguindo a premissa da Carta Magna de que não há lei sem prévia determinação legal (CABRAL, 2019).

Segundo Greco (2019), existe uma diferença entre o princípio da legalidade e o da reserva legal, sendo o princípio da legalidade uma premissa que permite a aplicação de todos os instrumentos dispostos no art. 59 da Constituição Federal, como: leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções; de maneira oposta ao princípio da reserva legal, que se limita à criação legislativa, no caso de matéria penal, permitindo somente as leis ordinárias e as complementares. Sendo assim, não é de competência do STF reconhecer ou criar uma lei que criminalize a homofobia.

4.3 Análise do voto ministro relator Celso de Mello

No dia 08 de junho de 2019, o STF veio a decidir por 8 (oito) votos a 3 (três) a criminalização da homofobia equiparada ao crime de racismo. Neste dia a corte

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

atendeu parcialmente aos pedidos realizados pelo Partido Popular Socialista (PPS) e a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT). No decorrer deste capítulo será analisado o voto do ministro relator Celso de Mello, no julgamento da ADO nº 26 (BRASIL, 2019), o qual, a princípio, faz um apanhado da inicial do PPS e esclarece termos como identidade de gênero e orientação sexual, que são muito importantes para entender a extensão da personalidade humana.

A atuação do STF no julgamento da ADO nº 26 age em conflito com o Princípio da Separação de Poderes e o próprio ministro Celso de Mello aponta em seu voto que o Poder Judiciário não dispõe de função legislativa e passaria a desempenhar atribuição diversa da que lhe é devida, dentro de um sistema que adota os poderes limitados, contrariando, assim, o princípio constitucional da separação de poderes. Em vista disso, é função do Congresso Nacional legitimar os direitos fundamentais da população, vindo a ser um dos pedidos do PPS a solicitação de fixação de prazo para que o mesmo aprovasse lei referente à matéria, o que não aconteceu.

Mas, por outro lado, o ministro também alega que caso o STF não resguardasse os princípios constitucionais, sanando a falha do legislativo, agiria de forma omissa, já que a necessidade de proteção nos atos da vida civil são normas supralegais conservadas pela Carta Magna. Nesse aspecto o ministro motiva a inclusão da homofobia na lei de racismo da seguinte maneira:

> Condutas contrárias à liberdade de orientação sexual possuem nítido caráter discriminatório e violador da dignidade do ser humano, em patente confronto com esse conjunto de normas constitucionais. A homofobia decorre da mesma intolerância que suscitou outros tipos de discriminação, como aqueles em razão de cor, procedência nacional, religião, etnia, classe e gênero (BRASIL, 2019, p. 70).

Dessa forma, o racismo, a homofobia e a transfobia são atos discriminatórios que têm em comum o objetivo de inferiorização do ser humano, tendo a lei 7.716/89 o fundamento de criminalizar tais atos. Mas cabe salientar que o grupo LGBT, por ser constituído de minorias e grande número de vítimas de preconceito e violência, carece de uma proteção maior do Estado. Diz ainda o ministro:

> Se o Congresso Nacional, no entanto, a despeito de cientificado por esta Corte de sua omissão, deixar de adotar as providências cabíveis no prazo estipulado, legitimar-se-á, segundo jurisprudência firmada por esta Corte, a possibilidade do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Supremo Tribunal Federal formular solução jurisdicional que viabilize, enquanto não sobrevier a legislação reclamada, a aplicação da norma constitucional impregnada de eficácia limitada (BRASIL, 2019, p. 68).

Em seu discurso, o ministro relator, traz a ideia de que o STF é o guardião da Constituição Federal deliberado pela própria Assembleia Nacional Constituinte, e que dessa forma, cabe-lhe assegurar a proteção e o respeito ao "texto sagrado da Constituição Democrática do Brasil". Portanto, compete à Suprema Corte zelar pela integridade dos direitos fundamentais de todos e repudiar condutas governamentais abusivas.

Em suma, é indubitável a existência de diversos grupos e indivíduos e ao contrário do que declara o ministro relator, existem uns mais superiores que outros e a ausência de tutela judicial ao grupo minoria LGBTQ+ evidencia a proteção insuficiente do bem jurídico a ser tutelado que fere o sistema constitucional.

4.4 Análise do voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O ministro Lewandowski, por outro lado, tem sua análise voltada para a igualdade, sendo a luta pelo reconhecimento um dos maiores motivos de contestação pelos direitos humanos dos grupos minoritários. De modo que assimilar a outras normas já existentes ou culturas não se trataria de um gesto de igualdade.

É necessário evidenciar a importância do reconhecimento, que são imprescindíveis para a autorrealização, a felicidade e a autoconfiança, que já foram até matéria jurisprudencial em que se discute a respeito da busca pela felicidade que é o "verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana". Com isso, compreende-se a necessidade de uma legislação criminal específica, para suprir a carência de tutela jurisdicional para o grupo LGBTQ+ (BRASIL, 2011).

Ademais, grupos estes minoritários, grandes vítimas de preconceito e violência, necessitam de uma proteção especial do Estado. Diante do texto da Constituição (1988), em seu art. 5º, XLI, "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais", ressalta a importância e obrigatoriedade da criminalização desses atos discriminatórios (BRASIL, 2019). Destaca-se os seguintes achados da fala do ministro a respeito da omissão legislativa:

> A omissão parlamentar em cumprir o mandado de criminalização, nos casos de que ora se trata, pode ser compreendida como um fenômeno que, mais do que jurídico,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> é político: como explica Ran Hirschl, com a ascensão do conceito de supremacia constitucional em todo o mundo, os tribunais tornaram-se instituições sensíveis aos reclamos de grupos sistematicamente excluídos da esfera política, contando com o apoio – explícito ou implícito – dos atores políticos, os quais, ao transferir sua responsabilidade para as instituições judiciais, evitam sua responsabilização política por decisões impopulares (BRASIL, 2019, p. 9).

O referido ministro trata de pontos importantes, como um comparativo com os crimes tipificados pela violência contra mulher, pelo fato de que morrem mais homens do que mulheres, em virtude de violência. No entanto, as mulheres morrem de uma forma que apenas elas são vítimas, em virtude do menosprezo ou pelo simples fato de serem mulheres Diniz, Gumieri (2018) *apud* Lewandoswski (2019). A tipificação de crimes como o feminicídio e Lei Maria da Penha, são vistos como uma vitória para esse grupo que tanto carecia de reconhecimento e proteção devido à violência de gênero e denegação histórica, o que demonstra necessidade de uma criminalização para esses grupos minoritários e o reconhecimento da mora legislativa.

A partir dos dados anual do disk 100 de 2018, fornecidos pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), as denúncias de violações de direitos humanos contra a comunidade LGBTQI+ somaram 1.685 casos resultando em 2.879 violações reportados. Todavia, é sabido que a realidade desses números é bem maior- tanto quanto as queixas não registradas, quanto os crimes que nunca chegaram a essa estatística. Destas, 70,56% são referentes à discriminação, seguida por violência psicológica – que consiste em xingamentos, injúria, hostilização, humilhação, entre (BRASIL, 2019).

Dessa maneira, a criação de uma norma de eficácia, com especificidade, acarretaria em uma mudança cultural. E a demonstração de repúdio para tais atos de violências contra esses grupos, tornar-se-iam legalmente protegidos e reconhecidos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando-se em consideração todos esses aspectos que foram apresentados, faz-se necessário relembrar o objetivo geral do presente estudo: Na criminalização da homofobia equiparada ao racismo, o STF não extrapola sua competência?

Diante das pesquisas apresentadas, constata-se que o Brasil é um país com grande número de casos de homofobia comparado ao mundo, em virtude de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

questões de sexualidade e gênero, fato que acarretou a luta durante muitos anos do grupo LGTBQI+ em busca de reconhecimento.

Com isso, é evidente a inércia do Legislativo na criação de leis para combater a prática de homofobia, afastando-se da sua função típica de legislar, deixando assim de garantir um dos objetivos da Constituição Federal, de 1988, o qual seja promover o bem de todos sem qualquer preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Por conseguinte, isso levou a atuação do STF no julgamento da ADO nº 26, a qual criminalizou a homofobia e se fez perceber a inaplicabilidade efetiva dos princípios da separação dos poderes, legalidade e, principalmente, da reserva legal, que garante privativamente ao Direito Penal a criação de leis incriminadoras, sendo esta matéria exclusiva do Legislativo.

É notório que para o ministro Celso de Mello, o grupo LGBTQI+ busca os mesmos objetivos de proteção que são amparados pela lei do racismo, isto posto, diante da omissão do legislativo, o STF como guardião da Constituição, considerou-se no dever de resguardar os direitos que lhe são assegurados, reconhecendo assim a homofobia como crime de racismo. Contudo é explícito que diante das pesquisas apresentadas, essa função não cabe ao judiciário o que ocasiona a violação do princípio da separação de poderes.

À vista disto, chegamos à conclusão que a criminalização da homofobia pelo STF não foi a melhor saída, pois sua função era apenas de reconhecer a omissão e encaminhar ao Legislativo, como foi apontado pelo ministro Lewandowski, para aquele sanar a lacuna existente, de forma que o grupo LGBTQI+ lutou por volta de 13 anos em busca do reconhecimento do poder público, para a criação de uma legislação específica a fim de dar visibilidade à discriminação, opressão, desigualdade e violência sofridas por essa comunidade. Logo, com essa atuação do STF tornaram-se alvos de entendimentos pessoais dos juízes, e não da premissa assegurada pela Carta Magna.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Institucional**. 2019. Secretaria de documentação. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>. Acesso em 08 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. ADO nº 26, 1. O presente voto, ao dispor dos eminentes pares e das partes na íntegra, expressa fundamentação nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil, e se contém em aproximadamente 27 páginas. [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: min. Celso de Mello. **Pesquisa de jurisprudência.** Brasília, 19 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26VotoRelatorMCM.pdf. >Acesso em 03 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. ADO nº 26, 1. O presente voto, ao dispor dos eminentes pares e das partes na íntegra, expressa fundamentação nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil, e se contém em aproximadamente 27 páginas. [...]. Requerente: Partido Popular Socialista.: Ministro Alexandre de Moraes. **Pesquisa de jurisprudência.** Brasília, 19 de dezembro de 2013. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf.> Acesso em: 10 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal., Recurso Extraódinário. Diário Oficial da União. Brasília, 01 jul. 2011. União civil entre pessoas do mesmo sexo. Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas. Relator: Ministro Celso de Mello. **Jurisprudência nº 477.554**. Brasília, DF, 01 de julho de 2011. Disponivel em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554.pdf> acesso em 24 maio de 2020

BRASIL. Disque 100 registra quase três mil violações contra a população LGBT. Brasilia: **Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH)**, 2019. Disponível em:< https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/junho/disque-100-registra-quase-tres-mil-violacoes-contra-a-populacao-lgbt.> Acesso em 25 de maio de 2020

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 23ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, v. 1, p. 53 e p. 54.

CABRAL, V. F. L. **Análise jurídico-constitucional da decisão proferida pelo ministro celso de mello na relatoria da ação direta de inconstitucionalidade por**

omissão n.º 26/DF. UFRN, 2019. Dísponível em:< https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/9312/1/AnaliseJuridicoConstitucional_Cabral_2019.> Acesso em 13 de maio de 2020.

COSTA, A. B.; NARDI, H. C. **Homofobia e preconceito contra diversidade sexual: debate conceitual**. SETEMBRO DE 2015. Disponível em:< http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141389X2015000300015.> Acesso em 03 de maio de 2020.

DE CASTRO, A. ; DE ALMEIDA, J. Q. **Da contravenção penal ao crime de racismo**: uma história de impunidade. **Mosaico**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 15, p. 30-47, dez. 2018. ISSN 2176-8943. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/mosaico/article/view/76867>. Acesso em 08 Maio 2020.

DIAS, M.B. Homofobia é crime? 2012. Disponível em: < http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_615)homofobia_e_crime.docx.pdp > Acesso em 23 de abril de 2020.

DIAS, M.B. **Para a Constituição ser chamada de cidadã**. 2014. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_604)para_a_constituicao_ser_chamada_de_cidada.pdf>. Acesso em 29 de abril de 2020.

DIMOULIS, D.; MARTINS, L. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 72.

FREITAS, J.D. **Princípios de Yogyakarta**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 04 de março de 2020.

GONÇALVES; CALDAS E PORTILHO. O ativismo judicial do supremo tribunal federal na criminalização da homofobia e transfobia (ADO 26). **Revista Processus de Estudos de Gestão, jurídicos e financeiros**, 2020. Disponível em:< http://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/183/183>. Acesso em 10 de maio de 2020.

GRECO, R. ***Direito Penal Estruturado***. São Paulo, Editora Forense Ltda, 2019. 9788530985875. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530985875/>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

NUCCI, G. S. **Manual de direito penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 16. Ed. – Rio de Janeiro: forense, 2020.

NUCCI, G. S. *C**urso de Direito Penal - Vol. 1 - Parte Geral - Arts. 1ª a 120 do Código Penal**, 3ª edição*. São Paulo; Editora Forense LTDA, 2019. 9788530983123. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983123/.> Accesso em 11 de maio 2020.

SILVA JR., J. A. da. **Uma explosão de cores**: sexo, sexualidade, gênero e diversidade. In VIEIRA, T. R. (org). **Minorias sexuais**: Direitos e Preconceitos. Brasília: Consulex, 2012.

SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros LTDA, 1967.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 37º edição. São Paulo, Malheiros Editores Ltda, 2013.

SILVA, L. D. O STF: legislador negativo?. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4798, 20 ago. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51390. >Acesso em: 21 maio 2020.

SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. **Na trilha do arco-íris:** do homossexual ao movimento LGBT. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009.

SIQUEIRA. A.P. SANTANA N. S. A criminalização da homofobia e sua inclusão na lei do racismo nº 7.716/89. **Anais do 18° Simpósio de TCC e 15° Seminário de IC do Centro Universitário** ICESP. 2019(18); 424-435. Disponivel em: < http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/2d92d2b4320b1bcea54af62d38abf9bd.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2020.

PINHO, R. RC. *Coleção Sinopses Jurídicas 17 - **Direito constitucional**: teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. São Paulo, Saraiva, 2018. 9788553601226. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601226/.> Acesso em 06 Maio 2020.

PINHO, R. RC. *Col Sinopses Jurídicas 18 - **Organização, estado, poder e histórico das constituições**.* São Paulo; Saraiva, 2016. 9788547210458. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547210458/.>Acesso em 08 maio 2020.

TEXEIRA, C. A. S. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26 e mandado de injunção nº 4733: criminalização da homofobia e transfobia, um diálogo entre os movimentos lgbt e o poder público.** Brasília. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/13724/1/21500456.pdf.> acesso em 20 de maio de 2020.

www.conteudojuridico.com.br

A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR NOS ACIDENTES DE TRABALHO

FERNANDA BARRETO NAVES: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2011). Especialização em Direito e Processo do Trabalho (2013). Ex-Analista Judiciário, Área Judiciária do TRE-MG (2014-2016). Ex-Analista Judiciário, Área Judiciária do TRF da 2a. Região (2016-2017). Analista Judiciário, Área Judiciária do TRT da 17a. Região (a partir de 2017).

Resumo. O presente artigo busca investigar acerca da possibilidade da aplicação da teoria da responsabilidade civil objetiva aos acidentes de trabalho e estabelecer seus fundamentos. Por meio de um breve apanhado histórico – no qual é abordada a origem e o desenvolvimento do instituto no Brasil e no mundo – aliado à conceituação de institutos atinentes à matéria, traça-se a evolução da questão até sua recente pacificação por meio da decisão do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, no julgamento do Tema 932 da Repercussão Geral, a Excelsa Corte concluiu pela compatibilidade da previsão do Art.927, parágrafo único, do Código Civil com o Art.7º, XXVIII, da Constituição Federal de 1988, e, consequentemente, pela constitucionalidade da responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho.

Palavras-chave: Responsabilidade civil subjetiva vs. responsabilidade civil objetiva; Responsabilidade civil objetiva do empregador; Indenização por acidentes do trabalho; Teoria do risco; Art.927, parágrafo único, CC. Art.7º; XXVIII, da CRFB/1988.

Abstract. The present article looks to investigate the possibility of applying the theory of the objective civil liability to occupational accidents and to establish its foundations. Through a brief historical overview – in which the origin and the development of the institute in Brazil and in the world is approached, together with the conceptualization of institutes related to the matter, the evolution of the question is drawn up to its recent pacification through the decision of the Federal Supreme Court. With effect, in the judgement of the Subject 932 of the General Repercussion, the Court concluded that the provision of the Article 927, sole paragraph, of the Civil Code was compatible with the article 7th, XXVIII, of the Federal Constitution of 1988, and, consequently, for the constitutionality of the employer's objective liability for damages resulting from occupational accidents.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Keywords: Subjective vs. objective civil liability; Employer's objective civil liability; Occupational accidents compensation; Risk theory; Art.927, sole paragraph, Civil Code; Art.7th XXVIII, of the Federal Constitution of 1988.

Sumário: 1 Introdução: breve apanhado histórico da responsabilidade civil. 2 Conceito de responsabilidade civil. 3 Responsabilidade civil subjetiva vs. objetiva. 4 Possibilidade da responsabilização objetiva do empregador nos casos de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais; 5 Pacificação da questão: a decisão do STF no RE 828040. 6 Conclusão. 7 Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO: BREVE APANHADO HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A expressão "responsabilidade" deriva do vocábulo latino *respondere*, que traduz o dever de responder por algo, proveniente do vínculo que obriga o devedor a alguma prestação jurídica.

A noção de que todo aquele que ocasiona um dano a outrem deve repará-lo remonta aos primórdios da humanidade, inicialmente sob a primitiva forma da vingança privada (*vindicta*), em que o mal era reparado pelo mal.

A vingança privada era uma "forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal" (GONÇALVES, 2015, p. 24).

Mais tarde, a reparação passa a ser consagrada na Lei de Talião, na qual o legislador escalonava a espécie de sanção devida a cada diferente tipo de agressão, com base na difundida regra do "olho por olho, dente por dente".

Na lição de Alvino Lima (1999, p. 21), segue-se, à Lei de Talião, a composição tarifada, criada pela Lei das XII Tábuas, que constitui-se em importante marco, uma vez que representa a passagem da norma consuetudinária para a escrita.

Em seguida, sucede-se um período caracterizado por um mecanismo de reparação mais brando e civilizado, marcado pela composição voluntária entre a vítima e o ofensor, por meio da qual o lesado passa a ter a faculdade de substituir a retaliação ao agressor por uma compensação de ordem econômica. É o surgimento da *Lex Aquilia*, que agrega a noção de "culpa" ao dever de indenizar.

Venosa (2009, p. 17) explica que a *Lex Aquilia*:

> [...] foi um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou no início do século II a.C., que possibilitou atribuir

> ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens.

Quando o Estado começa se organizar politicamente e a produzir normas jurídicas, proibindo a realização da justiça pelas próprias mãos, inicia-se novo período em que a composição voluntária é substituída pela composição Estatal. O Estado assume, ele só, a função de punir: surge aí a ação de indenização nos termos como a conhecemos atualmente.

O direito francês assimilou e aperfeiçoou as ideias românicas de ressarcimento e formulou o princípio geral de que a responsabilidade se funda na culpa, definição que influenciou o Código de Napoleão e, consequentemente, as legislações de todo o mundo.

Para o direito francês:

> [...] direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou da imprudência (GONÇALVES, 2015, p.26).

Nessa toada, o entendimento que predominou por diversos séculos acerca da responsabilidade foi aquele delineado no artigo 1.382 do Código de Napoleão, que regulamentou a noção da culpa como sucedâneo da responsabilidade de indenizar os prejuízos causados.

Dessa forma, para haver a responsabilidade civil, deveriam fazer-se presentes os pressupostos do dano, do nexo causal e da culpa. Esta teoria ficou conhecida como "teoria da culpa" ou "responsabilidade subjetiva".

A responsabilidade subjetiva, contudo, mostrava-se insuficiente dado que, em muitos casos, era impossível à vítima relacionar provas da conduta faltosa do agressor.

Em termos de direito comparado, os primeiros questionamentos em relação à teoria da culpa começaram a surgir após a Revolução Industrial, quando o aumento de acidentes de trabalho, e a subsequente dificuldade de demonstração de culpa por parte do empregador, acabava por impossibilitar o ressarcimento à vítima.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Respondendo aos anseios da nova configuração social, a doutrina francesa sistematizou a teoria do risco, lastreada na ideia de que aquele que cria o risco responde pelas consequências lesivas a terceiros. Funda-se essa teoria, ainda, em um princípio de equidade, oriundo do direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*).

A evolução da teoria do risco na França passa por decisões importantes, como a "Teffaine", em 1896, na qual a Corte de Cassação condenou um empregador a indenizar uma vítima de acidente causado pela explosão de uma caldeira, a decisão Raymond Saleilles, em 1897, e o caso Louis Josserand, em 1930.

No Brasil, a questão da responsabilidade foi introduzida inicialmente na seara criminal, pelo Código Criminal de 1830, que previa o dever de o agente ofensor indenizar a vítima pelo dano decorrente do delito praticado.

Na seara civilista, o Art.159 do Código Civil (CC) de 1916, com forte influência do Código Napoleônico, absorve a ideia de responsabilidade fundada na culpa, estipulando que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano" (BRASIL, 1916).

A teoria do risco foi paulatinamente sendo incorporada aos estudos jurídicos nacionais. Alguns doutrinadores contribuíram para o desenvolvimento de tal teoria dentre nós, como Alvino Lima (Tese: Da culpa ao risco), Wilson Melo (Tese: Responsabilidade sem culpa), José de Aguiar Dias e Caio Mário da Silva Pereira (LIMA, 1960; MELO, 1974).

Diversos diplomas legais foram sufragando a responsabilidade civil de natureza objetiva (lei dos transportes ferroviários, legislação de acidente do trabalho, Código Brasileiro do Ar, Código de Defesa do Consumidor (CDC), legislação do meio ambiente, entre outros) e abriram caminho para a reparabilidade plena, fundada na teoria do risco.

Nesse panorama é que se mostrou imperativa a reformulação das regras concernentes à responsabilidade civil, de modo a ampliar de forma objetiva as possibilidades de reparação àquele que foi lesado em seu direito.

2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A noção de responsabilidade baseia-se na necessidade da convivência em sociedade, que deve ser organizada, ordenada, regulamentada. É o Direito que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

estabelece essa ordem, pela formulação e aplicação de princípios e regras que objetivam viabilizar a paz social.

Destarte, se alguém, por meio de uma ação ou omissão, causa dano ou prejuízo a outrem, a convivência em sociedade pressupõe a necessidade de reparação, a qual se opera pelas normas jurídicas que ditam a obrigação de indenizar e, concomitantemente, reprimem o enriquecimento sem causa da parte que gerou o prejuízo, desempenhando, ainda, a função pedagógica de apontar aos membros da coletividade que os atos ilícitos são rechaçados e punidos.

Assim, a responsabilidade civil traduz a noção de reparação e decompõe-se nos seguintes elementos: conduta (ação ou omissão), dano e nexo causal. Para que haja responsabilidade civil, logo, é necessária uma ação ou omissão que importe em violação ao direito alheio, resultando em dano (seja moral, seja material), e um nexo de causalidade entre um e outro.

Conforme Fábio Ulhoa Coelho (2000, p.254): "a responsabilidade civil é a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último".

Washington de Barros Monteiro, Carlos Maluf e Regina Silva (2010, p.556) ressaltam a importância do tema para a convivência em sociedade:

> a teoria da responsabilidade civil visa ao restabelecimento da ordem ou equilíbrio pessoal e social, por meio da reparação dos danos morais e materiais oriundos da ação lesiva a interesse alheio, único meio de cumprir-se a finalidade do Direito, que é viabilizar a vida em sociedade, dentro do conhecido ditame de *neminem laedere*.

Para Maria Helena Diniz (2009, p.847): "a responsabilidade civil é a obrigação de reparar dano causado a outrem por fato de que é autor direto ou indireto".

A doutrina tradicional divide a responsabilidade civil em contratual ou extracontratual, caso exista ou não um contrato prévio entre as partes envolvidas.

A responsabilidade contratual resulta de ilícito contratual - não cumprimento de obrigação preexistente e a extracontratual ou aquiliana resulta de ilícito extracontratual, ou seja, violação de deveres genéricos de abstenção ou deveres jurídicos gerais. A responsabilidade civil aquiliana, logo, não é fruto da vontade das partes, originando-se, ao contrário, de fato jurídico ou de ato ilícito.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA VS. OBJETIVA

A responsabilidade civil subjetiva é aquela decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo, baseando-se em um princípio geral, representado pelo brocardo latino *unuscuique sua culpa nocet,* segundo o qual cada um responde pela própria culpa. Como a culpa aparece aqui como fato constitutivo do direito à indenização, cabe ao ofendido, em regra, o ônus de prová-la.

O marco histórico na origem da imputação da responsabilidade em razão da culpa, repise-se, é a *Lex Aquilia*, editada na República Romana. A partir daí o princípio "nenhuma responsabilidade sem culpa" passou a ser incorporado nas mais diversas legislações dos países ocidentais, tendo sido positivada em vários códigos, inclusive no Brasil.

O Código Civil brasileiro de 2002 consagra, como regra geral, a responsabilidade subjetiva, exigindo a culpa como pressuposto da reparação, fato que se constata a partir da definição de ato ilícito no artigo 186: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (BRASIL, 2002).

Assim, a culpa na responsabilidade subjetiva, por ter natureza civil, caracterizar-se-á quando o agente causador do dano agir com negligência ou imprudência.

Como doutrinariamente cediço, a negligência caracteriza-se pela falta de observância do dever de cuidado, por omissão. Já a imprudência ocorre quando o agente culpado pelo dano atua sem cautela. Há, ainda, a chamada imperícia que, não obstante ausente no CC, constitui uma forma importante de manifestação da culpa. Ela decorre da falta de habilidade ou aptidão no exercício de uma atividade científica ou técnica.

Contudo, a indispensabilidade do pressuposto subjetivo para a obrigação de indenizar por prejuízos passa a ser, ao longo do século XX, amplamente questionada. A multiplicação dos danos resultante da vida moderna, o aumento populacional, a revolução tecnológica, a tendência de culpabilizar a vítima e a crescente dificuldade de provar a culpa do autor do ato ilícito acarretaram à necessidade de se repensar a tradicional teoria da responsabilidade civil.

Asseverou Alvino Lima (1994, p.49):

> dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa não era possível resolver um sem-número de casos que a civilização

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> moderna criava e agravava; imprescindível se tornava, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, para colocar a questão sob um ângulo até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação, e não interior, subjetivo, como na imposição de pena.

Nessa senda, desenvolveu-se a teoria do risco, que impõe, em todas as suas formas (risco-proveito, risco-criado, risco profissional, risco excepcional e risco integral) a responsabilidade objetiva.

A responsabilidade civil objetiva é aquela que prescinde de culpa, sendo que para o surgimento da obrigação de reparar bastam a ação ou omissão do agente, o dano e o nexo causal.

O Código Civil Brasileiro de 2002 inovou ao autorizar, no parágrafo único do Art.927, a aplicação da responsabilidade objetiva para além dos casos previstos em lei, também "quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem" (BRASIL, 2002).

Há, ainda, outros dispositivos do Código Civil que demonstram o acolhimento da responsabilidade objetiva pelo legislador de 2002, a exemplo dos artigos 931 e 933.

Mas o que seria "uma atividade que normalmente implica risco para os direitos de outrem"?

A doutrina tradicional conclui que se trata de atividade perigosa, fazendo analogia com dispositivos do Direito Comparado, por exemplo, o Código Civil da Itália, que dispõe em seu Art.2.050 que "aquele que ocasiona dano a outrem no exercício de uma atividade perigosa, pela sua natureza ou pela natureza dos meios empregados, fica obrigado à indenização se não provar que adotou todas as medidas idôneas para evitar o dano" e o Código Civil de Portugal, cujo artigo 493, 2, estabelece que: "quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, exceto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de preveni-los".

No Brasil, a legislação trabalhista deixa evidente a diferença entre risco e perigo:

> Art. 193, da CLT: São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado" (BRASIL, 1943).

A Norma Regulamentadora (NR) nº 26 da Portaria nº 3.214/1978 do extinto Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), quando trata da sinalização de segurança, estabelece que perigo é um alto risco, cuidado, um risco médio e atenção, um risco leve (BRASIL, 1978).

Por outro lado, esclarece o Guia de Análise Acidentes de Trabalho, publicado em 2010 pelo mesmo órgão, que perigo pode ser conceituado como qualquer fonte ou situação com potencial para provocar danos. Já o risco é definido como a exposição de pessoas ao perigo (BRASIL, 2010, p.8).

Então, qual o risco apto a gerar a responsabilidade civil objetiva?

O Enunciado 38, aprovado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF) adotou o seguinte entendimento:

> Art. 927: a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do Art.927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade (BRASIL, 2002).

Neste ponto é válido citar a doutrina do ilustre jurista Miguel Reale (1978, p.176):

> Quando a estrutura ou natureza de um negócio jurídico como o de transporte ou de trabalho, só para lembrar os exemplos mais conhecidos, implica a existência de riscos inerentes à atividade desenvolvida, impõe-se a responsabilidade objetiva de quem dela tira proveito, haja ou não culpa.

Nessa toada, é na seara trabalhista que o conceito de responsabilidade objetiva assume maior importância. É que, em se tratando de reclamações trabalhistas, na maior parte das vezes, o autor é o empregado, ou seja, a parte hipossuficiente. Impõe-se, assim, uma grande dificuldade de prova, seja porque as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

testemunhas, normalmente empregados do mesmo patrão, temem represálias, seja porque os próprios trabalhadores encontram dificuldade em ingressar em juízo, muitas vezes por falta de instrução.

No caso dos acidentes de trabalho, o quadro agrava-se ainda mais, uma vez que se registra no Brasil amplo descumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho, desenvolvendo-se o labor muitas vezes em condições excessivamente penosas e perigosas, o que favorece o aparecimento de doenças ocupacionais e provoca acidentes.

4 POSSIBILIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DO EMPREGADOR NOS CASOS DE ACIDENTES DE TRABALHO E DOENÇAS OCUPACIONAIS

A Carta Magna, em seu Art. 7º, XXVIII, assegura aos trabalhadores urbanos e rurais o direito ao "seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa" (BRASIL, 1988).

A doutrina trabalhista majoritária, levando em consideração a previsão *in fine* do supracitado dispositivo, defende que a Constituição Federal (CRFB) de 1988 adotou, como regra, a responsabilidade subjetiva do empregador.

Nesse contexto, durante muitos anos houve intensa celeuma doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de atribuição excepcional de responsabilidade objetiva ao empregador, com arrimo na previsão do parágrafo único do Art.927 do Código Civil, que assim dispõe:

> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL,2002).

Sobre o tema, verifica-se a existência de duas principais linhas argumentativas.

Para uma primeira corrente, denominada de "negativista" por Fernando José Cunha Belfort, a teoria, se bem que aplicável ao Direito Civil, não teria campo para atuação no Direito do Trabalho, tendo em vista que a CRFB/1988, em seu artigo 7º, XXVIII, somente prevê a indenização quando o acidente ocorre por dolo ou culpa do empregador (BELFORT, 2010).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Defende esta corrente que o Código Civil (lei ordinária), por meio de seu Art.927, parágrafo único, não pode contrariar dispositivo constitucional expresso com relação à responsabilidade proveniente do acidente do trabalho.

Contudo, uma segunda linha de pensamento, chamada "positivista", sustenta a plena aplicação do instituto ao Direito do Trabalho, uma vez que a própria Constituição prevê, em seu artigo 7º, a inclusão de outros direitos além daqueles nele relacionados, quando em benefício do trabalhador, positivando apenas um "piso" de direitos, e não um "teto": "Art. 7º. São direitos dos trabalhadores (...) além de outros que visem à melhoria de sua condição social:" (BRASIL, 1998, grifo nosso).

Nesse passo, não haveria que se falar em conflito entre o Art.927, parágrafo único, do Código Civil e o Art.7º, XXVIII, da CRFB/1988, uma vez que o próprio dispositivo constitucional permite que se incluam no rol de direitos dos trabalhadores "outros que visem à melhoria de sua condição social", expressão que, segundo Arnaldo Sussekind (SUSSEKIND, 1999, p.80), não só fundamenta a vigência de direitos não previstos no Art.7º da Carta Magna, como também "justifica a instituição de normas, seja por lei, seja por convenção ou acordo coletivo, seja, enfim, por laudo arbitral ou sentença normativa".

Noutro giro, ostenta essa expressão uma dimensão mandamental, pois "estabelece um objetivo a ser perseguido pelo Poder Público, que é a melhoria da condição social do trabalhador" (LAURINO, 2003, p.191-198).

Com efeito, tal artigo introduz em nosso ordenamento jurídico o Princípio da Progressividade expresso no Art.26 do Pacto de San Jose da Costa Rica, em relação ao qual enuncia Daniela Muradas:

> [...] o princípio da progressividade dos direitos sociais, concebido no domínio teórico do Direito Internacional dos direitos humanos, enuncia o compromisso internacional dos Estados promoverem, no máximo de seus recursos disponíveis, a proteção da pessoa humana em sua dimensão econômica, social e cultural. Pelo Princípio da progressividade dos direitos humanos de caráter econômico, social e cultura, vincula-se a atividade legiferante nacional ao progresso ininterrupto das condições de proteção à pessoa humana na sua dimensão social, sendo juridicamente inviável a eliminação dos padrões sociais já estabelecidos, sem a correspondente criação de um conjunto normativo compensatório e qualitativamente mais vantajoso (MURADAS, 2010).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para Antônio Elias de Queiroga e Carlos Roberto Gonçalves, há uma necessidade de aprimoramento e evolução do conceito de responsabilidade civil, devendo o Art.7º, XXVIII, da CRFB/1988 ser interpretado levando-se em conta a finalidade e a razão de ser do ordenamento jurídico como um todo (GONÇALVES, 2002; QUEIROGA, 2003).

Carlos Ribeiro Bastos assevera:

> As normas constitucionais são como que envolvidas por uma camisa-de-força. Destarte, o intérprete se vê na contingência de descobrir para além da simples literalidade dos textos o 'para que' e o 'para quem' das suas prescrições, de sorte a distender o fio da interpretação até o limite daqueles parâmetros sistemáticos (BASTOS, 2002).

Jorge Luiz Souto Maior arremata:

> A obrigação de indenizar por acidente de trabalho não depende de prova de culpa. A responsabilidade é objetiva, conforme prevê o artigo 927 do Código Civil. A previsão constitucional, por óbvio, não limita esse direito do acidentado, na medida em que a norma constitucional é de caráter mínimo, podendo, portanto, ser ampliada pela lei infraconstitucional, como se dá na presente situação (SOUTO MAIOR, 2005).

Na mesma linha, na IV Jornada de Direito Civil do CJF, em 2006, foi aprovado o Enunciado 377, com a seguinte disposição: "o Art.7º, XXVIII, da Constituição Federal não é impedimento para a aplicação do disposto no Art.927, parágrafo único, do Código Civil quando se tratar de atividade de risco" (BRASIL, 2006).

5 PACIFICAÇÃO DA QUESTÃO: A DECISÃO DO STF NO RE 828040

Finalmente, em 2019, a questão restou pacificada pelo Excelso STF, que firmou entendimento no sentido de que é constitucional a imputação da responsabilidade civil objetiva ao empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho em atividades de risco.

Na oportunidade, foi fixada a seguinte tese de repercussão geral:

> O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil é compatível com o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por

> danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade (BRASIL, 2019).

Em seu voto, o Ministro Relator Alexandre de Moraes sublinhou que, no curso da história, os ordenamentos jurídicos foram se desenvolvendo para hipóteses de responsabilidade objetiva em razão das inúmeras injustiças no campo do trabalho.

Cotejando as normas da Constituição e do Código Civil, Alexandre de Moraes entendeu, por fim, pela plena compatibilidade do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil e o artigo 7º, XXVIII, da CRFB, ressaltando que:

> Se no caso concreto, em virtude do tiroteio, vamos dizer que houvesse ferimentos tanto no trabalhador quanto em um transeunte que estivesse no supermercado; em relação ao transeunte a responsabilidade seria objetiva pelo CC; em relação ao trabalhador, cuja atividade o risco é inerente, se não se aplicar o Art.927, parágrafo único, ele deveria demonstrar o dolo ou culpa do empregador. Algo absolutamente incoerente do ponto de vista sistêmico (BRASIL,2019).

6 CONCLUSÃO

Embora a CRFB/1988 tenha adotado, como regra, a responsabilidade subjetiva do empregador (Art.7º, XXVIII), é certo que o *caput* do artigo positivou um "piso" de direitos (e não um "teto"), de modo que a própria Carta Magna permite que se incluam no rol de direitos dos trabalhadores "outros que visem à melhoria de sua condição social".

Nessa senda, não há que se falar em conflito entre o Art.927, parágrafo único, do Código Civil e o Art.7º, XXVIII, da CRFB/1988, eis que a norma civilista mostra-se em compasso com o mandado constitucional de progressividade de direitos extraído do *caput* de seu Art.7º. Ademais, o entendimento do Excelso STF segue essa linha, tendo sido fixada a tese da compatibilidade entre os artigos supracitados e a consequente constitucionalidade da reponsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho nos casos previstos em lei ou em situações de exposição habitual do trabalhador a risco especial.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BELFORT, Fernando José Cunha. **A responsabilidade objetiva do empregador nos acidentes de trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 38 aprovado na I Jornada de Direito Civil. Brasília, 2002. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/699. Acesso em 7 jun. 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 377 aprovado na IV Jornada de Direito Civil. Brasília, 2006. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/512. Acesso em 31 mai. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.** Brasília, 1988; Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 4 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 6 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de jan. de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 6 de jun. 2020.

BRASIL. **Lei n. 3.071, de 01 de jan. de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 6 de jun. 2020.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Secretaria Segurança e Saúde no Trabalho. **Portaria nº 3214 de 8 de junho de 1978**. Aprova as Normas Regulamentadoras - NR - do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas a Segurança e Medicina do Trabalho. Brasília, 1978. Disponível em: http://www.lex.com.br/doc_308880_PORTARIA_N_3214_DE_8_DE_JUNHO_DE_1978.aspx. Acesso em Acesso em 7 de jun. 2020.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Secretaria de Inspeção do Trabalho. Departamento de Segurança e Saúde no Trabalho. **Guia de análise de acidentes de trabalho**. São Paulo: Imprensa oficial, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema nº 932, Repercussão Geral: RE nº 828040**, Relador Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 05.09.2019. Brasília, 2019. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/. Acesso em Acesso em 5 de jun. 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações, Responsabilidade Civil**. 3ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: volume 3 teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.** 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LAURINO, Salvador Franco de Lima. **Globalização, eficácia das normas constitucionais e realização dos direitos sociais.** Revista de Direito da Mackenzie. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, ano 4, nº 1, p. 191/198, 2003.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Em defesa da ampliação da competência da justiça do trabalho.** Revista RDT. Brasília: Consulex, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros, MALUF, Carlos Alberto Dabus e SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil 5:** Direito das obrigações **-** 2ª parte. 37ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

MURADAS, Daniela. **O princípio da vedação do retrocesso no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr Editora, 2010.

QUEIROGA, Antônio Elia. **Responsabilidade civil e o novo código civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

REALE, Miguel. **Diretrizes gerais sobre o projeto de código civil, estudos de filosofia e ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1978.

SILVA, Wilson Melo. **Responsabilidade sem culpa**. São Paulo: Saraiva, 1974.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO E RESPONSABILIDADE DO CIDADÃO FRENTE AOS ÓRGÃOS DE SEGURANÇA PÚBLICA

MARCELO MUCIO LOPES OLIVEIRA:
Graduando em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM – Manaus, AM.

RUBENS ALVES DA SILVA[1]
(orientador)

RESUMO: Este estudo tem por objetivo geral examinar o direito e a responsabilidade do cidadão frente ao aparelho de segurança pública, servindo como uma contribuição singela e despretensiosa pelo qual seu organizador pretende proporcionar algumas informações essenciais, relativas à própria defesa e à proteção como um ponto de referência para a solução dos enigmáticos problemas da segurança, apenas viabilizando uma troca de experiências, permitindo outros questionamentos, gerando uma consciência, admitindo comparações e ampliando o campo da pesquisa e oportunizando conclusões, com fundamento nas experiências anteriores somadas pelo autor e vivenciadas no real panorama da insegurança e da violência humana. Assim este artigo é u simples recurso que se opõe ao fenômeno da crescente escalada da violência e da insegurança, que hoje já não exclui nem discrimina ninguém. Seu desenvolvimento não constitui uma tese, apenas são conjecturas com possibilidade de ilustrar e orientar consultas, portanto, não são suficientes para compor o elenco das grandes soluções. A questão da segurança como instituição requer programas, determinações, vontades, motivações e iniciativas multidisciplinares, constantes e profundas. Embora que no plano global a prevenção e o combate à violência exijam esse engajamento de envergadura, em áreas de pequenos adensamentos populacionais é garantida a desejada tranquilidade pública pela presença efetiva e atuante de um policial vigilante e diligente com o mínimo indispensável de equipamento, sem maiores investimentos, além da participação decisiva do cidadão já que a segurança é dever de todos.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança Pública; Sistema de Segurança Pública; Cidadania e Segurança Pública.

ABSTRACT: This study has the general objective of examining the citizens right and responsibility towards the public security apparatus, serving as a simple and unpretentious contribution by which its organizer intends to provide some essential information, related to public defense and protection, not as a tool. reference point for the solution of the enigmatic problems of security, just enabling an exchange of experiences, allowing other questions, generating awareness, admitting comparisons

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

and expanding the field of research and providing conclusions, based on previous experiences added by the author and lived in the real panorama of insecurity and human violence. So this article is a simple resource that opposes the phenomenon of the growing escalation of violence and insecurity, which today no longer excludes or discriminates against anyone. Its development does not constitute a thesis, it is only conjectures with the possibility of illustrating and guiding consultations, therefore, they are not sufficient to compose the list of great solutions. The issue of security as an institution requires constant, deep programs, determinations, desires, motivations and multidisciplinary initiatives. Although, at the global level, preventing and combating violence requires this widespread engagement, in areas of small population densities the desired public tranquility is guaranteed by the effective and active presence of a vigilant and diligent policeman with the minimum necessary equipment, without greater investments, in addition to decisive citizen participation, since security is everyone's duty.

KEYWORDS: Public Security; Public Security System; Citizenship and Public Security.

1 INTRODUÇÃO

A proposta fundamental deste trabalho é contribuir para que seja devolvido aos cidadãos o sagrado direito democrático à segurança pessoal, familiar e comunitária. Fruto da visão de seu autor como acadêmico do curso de Direito sobre os problemas de segurança vivenciados pela sociedade no momento, além de discussões, estudos, pesquisas, bem como das contribuições oferecidas por um leque de especialistas em segurança pública, esta artigo contém a ideia de que a responsabilidade pela segurança pública não e só dos órgãos responsáveis, mas principalmente do cidadão.

A violência, de que espécie for, contra pessoas, bens e o próprio Estado, tem levado o pânico a todos os contingentes sociais, pois já não poupa nem mesmo a intimidade do lar e não respeita a vítima indefesa ou as testemunhas atingindo a todos, inclusive àquelas autoridades constituídas a que cumpre o dever de combatê-la.

Desta forma o presente trabalho se justifica, diante da premissa de conhecer as dificuldades encontradas pelos órgãos de segurança envolvendo as questões de Segurança Pública, já que a grande maioria da população acha que não deve ter nenhum tipo de responsabilidade sobre esse problema. Isto posto, não resta dúvida que o tema "SEGURANÇA PÚBLICA" é sem dúvida uma prioridade para os governos, que através de ações que deverão ser executadas com a maior brevidade possível,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

devem tentar se não resolver o problema pelo menos ameniza-lo. É neste mister que se insere o presente estudo.

Este trabalho apresenta os conceitos de Segurança Pública; Sistema de Segurança Pública; Cidadania e Segurança Pública dentro dos aspectos jurídicos, sociológicos e filosóficos. Assim o trabalho apresenta de vários cientistas sociais a respeito do problema central do trabalho fundamentado, principalmente na questão da insegurança que reina no Brasil e a ausência do exercício cotidiano da cidadania em todas as classes sociais.

Assim a insegurança não se restringe unicamente ao fato da violência, ela também está representada nas questões sociais como a falta de emprego, a incrível ameaça constante de demissão, a corrupção geral em todos os setores da vida social, o problema da desigualdade social cada vez mais grave, a questão da impunidade, as mazelas do sistema de previdência e do sistema financeiro, a falta de acesso ao sistema de saúde e de educação, a completa falta de lazer para os pobres, os problemas ambientais generalizados, famílias desestruturadas, políticas públicas desconexas com a realidade para as crianças e os adolescentes, bem como aos idosos e as minorias, as poucas oportunidades de melhora de vida, a distribuição de renda aviltante, a falta de crença popular nas instituições públicas, etc. o ato do bandido, a ação da polícia, da morte necessária.

Assim este trabalho refletiu na questão as segurança pública e da questão da cidadania ativa em face de tão duro cenário? Cidadania e segurança caminham juntos e as possíveis respostas apontam para um rumo bem diferente do que é feito no Brasil atualmente em que o caminho da cidadania pode reduzir o espaço da insegurança.

Com isso, o presente estudo explora, portanto, a riqueza empírica de contribuições informais e baseadas no cidadão para a prevenção ou desencorajamento do crime comum, partido do seguinte questionamento: como e até que ponto os cidadãos estão envolvidos em parcerias locais e que lições podemos aprender com isso para nossos debates teóricos e políticos?

Assim, ao longo desse estudo discute-se questões referentes a Segurança Pública; o Sistema de Segurança Pública; e, a Cidadania e Segurança Pública. Embora a cidadania tenha sido frequentemente incentivada e promovida por políticos e formuladores de políticas, ela também pode ter uma desvantagem importante.

2 SEGURANÇA PÚBLICA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Na teoria jurídica a palavra segurança assume o sentido geral da garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos dependentes do adjetivo que a qualifica. Segurança jurídica, consiste, garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu (LAZZARINI, 2009).

Já o termo segurança social significa a previsão de vários meios que garantem ao indivíduo e suas famílias condições sociais dignas; tais meios se revelam basicamente como conjunto de direitos sociais. A Constituição, nesse sentido, preferiu definir como defesa do Estado e das Instituições Democráticas, Segurança Pública, como manutenção da ordem pública interna. Mais aí se põe uma petição de princípio, já que a ordem pública requer definição, até porque, a caracterização de seu significado é de suma importância, porquanto se trata de algo destinado a limitar situações subjetivas de vantagem, outorgadas pela Constituição (NILBET, 2014).

Em nome dela se tem praticado as maiores arbitrariedades. Com a justificativa de garantir a ordem pública, na verdade, muitas vezes, o que se faz é desrespeitar direitos fundamentais da pessoa humana, quando ela apenas autoriza o exercício regular do poder de polícia. Ordem pública será uma situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir, em curto prazo, a prática de crimes. Convivência pacífica não significa isenta de divergências, de debates, de controvérsias e até de certas rusgas interpessoais. Ela deixa de ser tal quando discussões, divergências, rusgas e outras contendas ameaçam chegar às vias de fato com iminência de desforço pessoal, de violência e do crime (LUCÁKS, 2016).

A segurança pública consiste numa situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicações de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses. Na sua dinâmica, é uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas (BICUDO, 2012).

Segundo a Constituição de 1988, a segurança pública é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio através da polícia federal, da polícia ferroviária federal, as polícias civis, das polícias militares e corpo de bombeiros militares. A palavra polícia correlaciona-se com a segurança. Vem do grego polis que significa o ordenamento político do Estado (BORGES, 2010).

Polícia significa, então, a atividade administrativa tendente a assegurar a ordem, a paz interna, a harmonia e, mais tarde, o órgão do Estado que zela a segurança dos cidadãos. Assim a polícia , sem qualificativo, designa o órgão a que se atribui, exclusivamente, a função negativa, a função de evitar a alteração da ordem jurídica (LAZZARINI, 2009).

A atividade da polícia realiza-se de vários modos pelo qual a polícia se distingue em administrativa e de segurança. A polícia administrativa tem por objetivo as limitações impostas a bens jurídicos individuais (liberdade e propriedade). A polícia de segurança que, em sentido restrito, é a polícia ostensiva que tem por objetivo a preservação da ordem pública e, pois, as medidas preventivas que sua prudência julga necessárias para evitar o dano ou o perigo para as pessoas, mas apesar de toda a vigilância, não é possível evitar o crime, sendo, pois necessária à existência de um sistema que apure os fatos delituosos e cuide da perseguição aos seus agentes (FISCHER, 2015).

Esse sistema envolve as atividades de investigação, de apuração das infrações penais, a indicação de sua autoria, assim como o processo pertinente à punição do agente. É aí que a polícia judiciária, que tem por objetivo precisamente aquelas atividades de investigação, apuração das infrações penais e de indicação de sua autoria, a fim de fornecer os elementos necessários ao Ministério Público em sua função repressiva da condutas criminosas, por via de ação penal pública (COMPARATO, 2009).

Mas a segurança pública não é só repressão e não é problema apenas de polícia, pois a Constituição federal, ao estabelecer que a segurança é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144), acolheu concepção de que é preciso que a questão da segurança seja discutida e assumida como tarefa e responsabilidade permanente de todos, Estado e população (IANNI, 2013).

Daí decorre também a aceitação de outras teses daquele certame, tal como a de que se faz necessária uma concepção de ordem pública, em que a colaboração e a integração comunitária sejam os novos e importantes referenciais, e a de que a amplitude da manutenção da ordem pública, o combate à criminalidade deve ser inserido no contexto mais abrangente e importante da proteção da população, o que requer a adoção de outro princípio ali firmado de acordo com o qual é preciso adequar a polícia às condições e exigências de uma sociedade democrática, aperfeiçoando a formação profissional e orientando-a para a obediência aos preceitos legais de respeito aos direitos do cidadão, independentemente de sua condição social (LAZZARINI, 2009).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2.1 Sistema de segurança pública

A segurança pública é exercida pela Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Civis, Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares. Mas as competências coincidem entre a União e os Estados. (LAZZARINI, 2009).

Quando a Constituição de 1988 atribui à Polícia Federal competência na matéria, logo se vê que são atribuições em campo e questões delimitadas e devida e estritamente enumeradas, de maneira que, afastadas essas áreas especificadas, a segurança pública é de competência da organização policial dos Estados. Cabe, pois, aos Estados organizar a segurança pública (DALLARI, 2015).

Tanto é de sua responsabilidade primária o exercício dessa atividade que, se não cumprir devidamente, poderá haver ocasião de intervenção federal, nos termos do Art. 34, III, que dá, como um dos objetivos da intervenção federal, "por termo a grave comprometimento da ordem pública" (COMPARATO, 2009).

Então, quando a Constituição de 1988 determina que a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades, isso significa basicamente a lei estadual, mas também a lei federal, nos estritos limites de sua competência, relativamente às polícias (Federal, Rodoviária e Ferroviária), ressalvada, é claro, a competência da União para estabelecer as norma gerais, respectivamente sobre as Polícias Militares e as Polícias Civis (LAZZARINI, 2009).

A CF/1988 menciona três Polícias Federais (Art. 144), I-III; a Polícia Federal propriamente dita, a Polícia Rodoviária Federal e a Polícia Ferroviária Federal. Todas elas são organizadas e mantidas pela União (LAZZARINI, 2009).

São as Polícias Estaduais, responsáveis pelo exercício das funções de segurança pública e de Polícia Judiciária: a Polícia Civil, a Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar. À Polícia Civil, dirigida por delegado de carreira, em cada Estado, incumbe as funções de polícia judiciária, nos termos já definidos antes, e a apuração de infrações penais, exceto: a) as de competência da polícia federal; b) as militares (LAZZARINI, 2009).

À Polícia Militar, em cada Estado, cabe a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública, enquanto ao Corpo de Bombeiros Militar de cada Estado compete, além de outras definidas em lei, como a de preservação e debelação de incêndios, a execução das atividades de defesa civil. Essa policiais militarizadas dos Estados são consideradas forças auxiliares do Exército e se subordinam, juntamente com as

Polícias Civis, aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal. Além desses órgãos tem-se também as Guardas municipais que segundo a CF/1988l, os Municípios não possuem nenhuma forma específica de responsabilidade pela segurança pública. Mas não podem eximir-se de ajudar os Estados no cumprimento dessa função. Contudo é autorizado pela Constituição nenhuma forma de segurança e menos ainda de polícia judiciária aos Municípios (LAZZARINI, 2009).

A CF/1988, no entanto, reconhece a faculdade de constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei. Aí certamente está uma área que é de segurança pública: assegurar a incolumidade do patrimônio municipal que envolve bens de uso comum do povo, bem como de uso especial e bens patrimoniais.

Também fazem parte do sistema de segurança pública, embora vinculados a Polícia Civil os Órgãos de Perícia Médico-Legal e Criminalística. Essa vinculação é um erro, por este órgão ter a necessidade de autonomia. Em um artigo publicado na Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Legal, Pacheco (2011), observa que:

> O campo da medicina legal é amplo, complexo, obrigando àqueles que nele laboram, além do acurado conhecimento médico generalizado e especial, necessário será ser o especialista portador de integridade moral, identificação com os objetivos da justiça, além, e, sobretudo, de fortalecer ante as pressões, as ameaças, as tentações, a ânsia do poder que muitas vezes esmagam os indivíduos.

À autora observa que, em toda a América Latina, os Órgãos de Perícia Médico-Legal e Criminalísticas estão vinculados diretamente ao Poder Executivo, no caso os Ministérios da Justiça, ou ao Poder Judiciário, no caso as Cortes Supremas de Justiça e Tribunais Superiores ou Corte Provincial. Somente no Brasil e Equador, observa, pertencem as Polícias Civis. De onde demandam solicitações para uma execução numa fragrante incoerência de estarem os peritos submissos administrativamente às direções das polícias civis (PACHECO, 2011).

O fato da inexistência. Na estruturação do aparelho de segurança pública, de Polícias Marítimas/Fluviais e ambientais, chama muito a atenção. Estas atividades são compartilhadas pelas Polícias Federais e Militares estaduais, mas causa espécie que atividades de patrulhamento de rodovias e ferrovias, além do trânsito das cidades possuam aparelho específico, enquanto atividades de suma importância, inclusive de segurança nacional são tratadas apenas como funções das polícias existentes (IANNI, 2013).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3 CIDADANIA E SEGURANÇA PÚBLICA

Nos últimos 25 anos, a ascensão do crime e, em um sentido muito mais amplo, a insegurança se tornaram grandes preocupações do debate público e da ação política, no Brasil. Uma das novas direções sendo seguidas nesse contexto é a ênfase nas parcerias público-privadas para resolver crimes e desordens no mundo ocidental, principalmente na Europa, que não vem sendo seguida no Brasil (BATISTA, 2009).

Assim, na Europa autoridades policiais e judiciais não têm mais a responsabilidade exclusiva de manter a ordem pública - se é que o fizeram. Outras agências, públicas e privadas, também devem se envolver para tornar a sociedade mais segura. Um desenvolvimento relacionado é a promoção da idéia de segurança da comunidade em detrimento da prevenção ao crime (BENGOCHEA, 2014).

O crime é visto como muito estreito no escopo; o conceito precisa de mais amplitude e profundidade em termos de orientação teórica e abordagem política. Em vez de uma orientação limitada sobre a tradicional aplicação da lei, novas teorias criminológicas examinam, portanto, o florescimento de parcerias multi agências, que incorporam uma visão ampla não apenas sobre crime e desordem, mas também sobre as dimensões do bem-estar do cidadão, capacidade de viver economias locais saudáveis, qualidade física dos ambientes urbanos e comunidades empoderadas que afastam as iniciativas políticas de uma preocupação somente com vítimas e infratores (SONNENBURG, 2009).

A popularidade desses empreendimentos contribuiu para uma mudança de foco de governo para governança como um meio de facilitar e dirigir redes organizacionais complexas (RODRIGUES, 2009).

O termo governança refere-se a um conjunto de instituições além do governo, que dependem mutuamente da consecução de seus objetivos, implicam um certo grau de auto direção e interagem de maneira relativamente igual. Negação e consenso são parte integrante da maneira como a ação coletiva é realizada. Quer o conceito de governança represente ou não relações e práticas organizacionais já estabelecidas há muito tempo, lançadas fica claro que um número crescente de instituições é visto como responsável pela implementação e manutenção de programas de segurança comunitária. Essas instituições envolvem não apenas a polícia, empresas de segurança privada e esquemas de policias; o setor social - educação, jovens trabalhadores e assistência social - também percebeu que as questões de segurança pública são relevantes para seu trabalho (CAVALCANTE NETO, 2009).

Hoje, a governança de projetos de segurança urbana abrange uma ampla variedade de partes interessadas. Dado esse cenário, há uma surpreendente escassez de pesquisas empíricas sobre o lugar dos cidadãos em projetos e programas de segurança comunitária. Embora não totalmente ignorado por acadêmicos o interesse na maneira como os cidadãos participam da governança local do crime é bastante limitado (MARCINEIRO, 2009).

Os estudos no campo da justiça criminal tendem a se concentrar apenas no lado formal e organizacional do policiamento e combate ao crime. No entanto, os esforços para envolver os moradores em tornar os bairros melhores lugares para se viver, cada vez mais papel vital em repensar o tratamento local de crimes e desordens comuns. Os programas de reforma, no Reino Unido e na Holanda, são fortemente voltados para cidadania ativa - dando aos cidadãos mais oportunidades para definir e enfrentar os programas de suas comunidades; fortalecendo comunidades - ajudando as comunidades a formar e manter suas próprias organizações para lidar com preocupações comuns; e parcerias públicas envolvendo cidadãos e comunidades no panorama e na prestação de serviços públicos (COLODETTE, et. al., 2008),

Em particular, esse o programa de reformas parece reconhecer a premissa fundamental de que cidadãos e agências estatais coproduzem a segurança da comunidade; reconhece também as limitações do governo, prometendo que uma nova estrutura institucional participativa promova a eficácia coletiva entre os cidadãos e envolva serviços públicos em apoio (GUIMARÃES, 2010).

A literatura existente fornece debates animados sobre racionalidades subjacentes ao envolvimento público voluntário em processos e trajetórias de justiça criminal. Portanto, As expectativas otimistas, as razões para incentivar as pessoas a participar incluem redução de custos para o governo (embora a participação do cidadão não seja necessariamente mais barata), a abertura de profissionais para o público em geral, melhor sinergia no fluxo de informações entre as autoridades e os público e, portanto, melhorias na eficácia dos processos de justiça criminal (BATISTA, 2009).

Além disso, a ativação de residentes locais em projetos de segurança de vizinhança geralmente tem objetivos ambiciosos de redução do crime, construção de comunidades e empoderamento social que podem garantir (sentimentos de) abrigo, proteção e pertença. Acredita-se que a participação cidadã reafirme os laços comunais, aprofunde a democracia e a transparência e facilite um conhecimento geral do que é e faz o sistema de justiça criminal (CAVALCANTE NETO, 2009).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Essa última noção é importante, porque conceitos errôneos sobre a gravidade dos problemas causados pelo crime e práticas policiais e de sentença tendem a levar a uma diminuição geral da confiança nas operações da justiça criminal e a uma expressão mais estridente de sentimentos punitivos. É nesse sentido que os defensores da cidadania afirmam que o compromisso público com a justiça criminal (BENGOCHEA, 2014).

Os processos não apenas fortalecem as formas de democracia deliberativa participativa, mas também ajudam a neutralizar as demandas populistas por lei e ordem e políticas mais duras de prisão. No entanto, permanece aberto ao debate se a cidadania é (a) fácil de alcançar e (b) desejável (COLODETTE, et. al., 2008),

Um tema-chave aqui é o custo e os benefícios sociais das motivações políticas subjacentes ao engajamento das pessoas em processos cívicos voltados para a redução do crime e da desordem no Brasil, que possui um sistema de comunidades vulneráveis socialmente muito forte (SONNENBURG, 2009).

Primeiro, o desejo de revigorar o senso de comunidade para facilitar os mecanismos informais de prevenção ao crime pode não ser realista, porque, principalmente em ambientes urbanos, nunca existiram grupos fortes e homogêneos de pessoas. Há um desvio entre os atritos cotidianos que dificultam a união moral e a (s) idéia (s) de pensadores comunitários (MARCINEIRO, 2009).

Além disso, estudos detalhados na Grã-Bretanha e nos EUA demonstraram que a participação do cidadão é mais fácil de se desenvolver em áreas de classe média caracterizadas por riqueza relativa, baixos índices de criminalidade e fortes redes comunitárias recíprocas que incentivam a conexão e o apoio mútuos o que certamente se difere do Brasil, já que aqui esse tipo de comunidade, prefere viver no isolamento do que em comunidade (RODRIGUES, 2009).

No Brasil, paradoxalmente, a participação do cidadão floresceria melhor em comunidades menos privilegiadas, enquanto as organizações comunitárias são menos comuns nas áreas pobres e desfavorecidas onde são mais necessárias Entretanto, alguns autores questionam a idéia de bairros de classe média bem organizados no Brasil. Eles argumentam que as redes sociais nessas áreas são realmente muito fracas, pois famílias e indivíduos tendem a viver sozinhos, o que torna mais difícil atrair voluntários para participar de programas locais de prevenção ao crime. Os apelos ao potencial participativo do capital social, portanto parecem muito positivos em comunidades carentes no Brasil, já que vivem constantemente em situação de extrema violência em todos os sentidos (CORRÊA, 2009).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Além disso, a cidadania dificilmente pode ser alcançada sem o apoio de profissionais públicos, principalmente policiais. Embora os próprios residentes possam fazer muito para prevenir e resolver problemas diretamente e sem interferência do governo, na maioria dos casos, fundos públicos, recursos e autoridade governamental são ingredientes indispensáveis para soluções que realmente funcionam (GUIMARÃES, 2010).

No entanto, quanto mais organizados os residentes locais, maior será sua capacidade de se conectar com instituições formais (estatais) e, assim, explorar recursos mais amplos de poder. Isso significa, que interesses particulares e paroquiais podem afetar a tomada de decisões públicas em detrimento de comunidades já marginalizadas, possivelmente tendendo a produzir subprodutos preocupantes de polarização, repressão e exclusão (SONNENBURG, 2009).

No pior cenário, a cidadania pode inviabilizar o vigilantismo sem assumir automaticamente atos extralegais de autodefesa. Violações percebidas da ordem social e, em resposta, os atos planejados de força dos cidadãos (reais ou ameaçados) contra os (supostos) autores do crime com o objetivo de oferecer garantias de segurança são um indicador mais amplo dos movimentos de vigilantes (BATISTA, 2009).

Como consequência, a representatividade e legitimidade das iniciativas locais de prevenção ao crime podem ser seriamente questionadas. Como quarto ponto, a pesquisa mostrou que não são inconcebíveis os conflitos de interesse consideráveis entre a polícia e os participantes residenciais em projetos de segurança local (BENGOCHEA, 2014).

Os policiais podem ver os cidadãos ativos como faladores problemáticos que apenas criam problemas, não os resolvem. Essas tensões podem até se recuperar e policiar-se. Se demandas contraditórias e às vezes irreais não puderem ser atendidas para a satisfação dos cidadãos participantes, os policiais correm o risco de serem injustamente responsabilizados por falhas na prestação de serviços públicos (BATISTA, 2009).

Essa observação se refere a outro paradoxo que está no cerne do engajamento ativo dos cidadãos em projetos locais de segurança: permitir que as pessoas participem de assuntos da comunidade como um meio de legitimar a autoridade do Estado abre simultaneamente as portas para culturas, valores, metas e noções concorrentes. Discursos dominantes sobre a formação de parcerias tendem a ignorar essas complexidades. Em outras palavras, há pouco reconhecimento de desacordos (latentes) entre cidadãos e profissionais (CAVALCANTE NETO, 2009).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O deslocamento do contingente de profissionais de segurança para as atividades essenciais das corporações dará maior eficácia e presença física da segurança na sociedade. Na mesma linha situa-se o problema dos "bicos", que causam duplicidade de funções, esgotamento físico dos quadros das corporações, além de deslegitimar a natureza pública da segurança, pois funcionários públicos passam a prestar serviços para empresas cujos interesses podem vir a colidir com as funções policiais. Deve-se estabelecer a proibição eficaz dessas atividades (BICUDO, 2012).

No âmbito das polícias civis, a questão dos inquéritos policiais deve ser analisada para que se constituam outros procedimentos capazes de dificultar o desvio investigatório, facilitar a emergência da verdade dos fatos, subsidiando o procedimento processual penal, e impedir o "esquecimento" de certos atos típicos (BOBBIO, 2010).

Tal estrutura só será eficaz em um contexto democrático se houver a participação da comunidade no planejamento, na fiscalização e na correição das atividades de segurança. As comunidades, os bairros, os assentamentos e as regiões conhecem seu próprio sofrimento, podem avaliar e sugerir a melhor forma de minorar a violência em seus locais de moradia e trabalho, participando diuturnamente nesse processo democrático de constituição de uma polícia cidadã, que tem a pessoa humana como centro e finalidade de sua atividade (ZACKSESKI, 1993).

A consequência dessa visão é a criação de comissões civis comunitárias de segurança pública ou outros órgãos democrática e racionalmente concebidos, com a participação dos cidadãos e dos responsáveis locais pela segurança, sem conotação político-partidária, nem aparelhamento por grupos ou pessoas, a fim de possibilitar o detalhamento das medidas para os locais e a articulação com os órgãos de prestação de serviços de segurança pública (COMPARATO, 2009).

Ao mesmo tempo, a cidadania deve estar presente controlando o cumprimento de metas, a lisura administrativa e, principalmente, a justiça na aplicação de medidas punitivas contra atos de abuso de poder e de violência cometidos por servidores da segurança, independentemente de sua posição hierárquica. Isso se traduz pela constituição legal de ouvidorias externas às polícias, isentas em sua composição e regulamentação, cabendo os mesmos princípios para a estruturação das corregedorias internas das polícias (SALES, A. L. 2018).

O atual sistema de segurança pública, marcado paradoxalmente pela fragmentação e pelo corporativismo, criou uma Justiça corporativa por melhores que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sejam as intenções de seus magistrados, ela invade a legitimidade dos juízos e julga de forma especial uma categoria diferenciada de cidadãos: os militares ou assemelhados (DALLARI, 2015).

Para a transparência do sistema e para a aceitabilidade das polícias pela sociedade, impõe-se que a Justiça Militar deixe de julgar delitos extra militares, que deverão ser objeto de prestações jurisdicionais de juízos civis, conferindo-se nessa mudança mais um impulso para que os policiais se reconheçam como cidadãos com direitos e obrigações comuns (FERRAZ, 2017).

O trabalho policial, assim como o da segurança pública como um todo, tem limites: ele isoladamente não dará conta dos problemas de segurança, que são complexos, móveis e dependentes de fatores sociais, culturais e pessoais que transcendem as práticas das corporações de segurança pública. Daí a necessidade de as políticas públicas de segurança acolherem a necessária participação multidisciplinar e interinstitucional, envolvendo outros setores dos governos, entidades da sociedade, movimentos sociais e organizações do terceiro setor, ressaltando ainda a contribuição das universidades para as polícias, seja na formação de seus quadros, seja na formulação de seus planejamentos, seja no esclarecimento das questões que são de sua competência (MARIANO, et. al., 2014).

As estruturas do sistema de segurança pública e das polícias, em especial, devem ser suficientemente abertas para admitir seus limites e aceitar a participação dos setores citados a fim de otimizar suas transformações e propiciar serviços efetivos para a população (MARCONDES FILHO, 2016).

Há uma cultura corrente nas corporações policiais segundo a qual informação é poder. Esse entendimento, ainda lastreado na velha doutrina de segurança nacional, impede a transparência das informações, pois qualquer servidor que as possua luta para não compartilhá-la com outros (mesmo que não sejam importantes estratégica e taticamente), com receio de perder seu suposto espaço de poder. Infelizmente, não são raras às vezes em que tal concepção corresponde à realidade, justamente quando e associa a práticas ilegais, em cujo âmbito a informação, efetivamente, converte-se em poder, ou melhor, em arma (HAGUETTE, 2014).

A implantação de um sistema único informatizado, o desenvolvimento do geoprocessamento e a conseqüente racionalização operacional e administrativa oriunda do uso competente desses recursos são a forma pela qual a informação poderá ser corretamente administrada. Na atualidade, rejeitar esses instrumentos é confessar publicamente a abdicação dos objetivos das polícias e da segurança

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pública, pois não se consegue controlar, prevenir e atuar em um universo sem seu conhecimento sistemático e dinâmico (MARCONDES FILHO, 2016).

O indivíduo insatisfeito com sua situação tende a usar estratégias de defecção. Ao invés de militar pela melhoria de condição do grupo a que pertence (estratégia coletiva), ele buscará mudar a sua situação (estratégia individual). Ao contrário, nas sociedades onde as barreiras entre as classes sociais são, por razões históricas, mais visíveis e consideradas mais difíceis de superar, há maior probabilidade de os indivíduos serem atraídos pelas ideologias que defendem a promoção coletiva dos grupos desfavorecidos. A diferentes estruturas e tradições históricas correspondem, portanto, diferentes representações, estratégias e ações por parte dos indivíduos (NILBET, 2014).

Classicamente, distinguem-se diversos tipos de grupos e agrupamentos. Pode-se chamar grupo nominal ou categoria social um conjunto de individuo que partilham uma característica comum. Pode-se, como Dahrendorf (2015), chamar grupo latente um conjunto de indivíduos caracterizados por um interesse comum (DAHRENDORF, 2015).

Amiúde, considera-se evidente que um grupo latente, se não encontrar nenhum obstáculo ou resistência e tiver "consciência" bastante do interesse comum, agirá "naturalmente" com vistas a promover seu interesse. Essa proposição é admitida de modo implícito por Dahrendorf (2015).

Essa tomada de consciência redunda "normalmente" numa ação coletiva que visa promover o interesse comum. Os únicos obstáculos que podem opor-se a essa ação coletiva são, de um lado, a eventual demora na tomada de consciência do interesse comum e, de outro, a resistência que pode provir de interesses divergentes ou contraditórios de outros grupos. A tendência da rede dos grupos latentes e dos grupos de interesse organizados a tornar-se mais e mais tensa e complexa e à medida que se desenvolvem as sociedades industriais gera um estado de conflito crônico, mas também uma limitação recíproca da influência dos grupos, com o poder de cada um contendo o poder do outro. Participar é a grande batalha da humanidade para poder traçar o caminho de seu próprio destino. A participação se realiza na organização! (DAHRENDORF, 2015).

A participação muitas vezes é entendida como uma caminhada que precisa ser feita para que as pessoas desenvolvam uma consciência crítica e adquiram poder. Neste ponto o conflito é quase inevitável. Ao tratar da questão "participação" é preciso esclarecer alguma coisa a respeito do tema "o poder". É interessante falar sobre "participação e poder", porque é muito comum encontrar alguém usando o

poder, ditando ordens, agindo autoritariamente e que no seu discurso diz que está proporcionando, provocando, concedendo participação. Os caminhos e as armas para a conquista. Bicudo (2011, p. 156): diz:

> 1 - A organização, buscando o pleno uso da cidadania; 2 - A busca de interesses comuns que promovam a união; e 3 - A negociação e o diálogo como forma prática de usar a liberdade tendo como vetor a liberdade, princípio fundamental da Constituição Federal de 1988.

Mas o que se torna evidente é que existem muitos seres humanos que têm interesses comuns. E esses interesses comuns podem ou não provocar uma união (LUCÁKS, G. 2016).

4 CONCLUSÃO

Este artigo explorou a literatura a respeito da relação cidadania e segurança pública, que estão sendo desenvolvidos em vários países para reduzir o crime e a desordem comunitários em ambientes urbanos. Ao fazê-lo, procurou descobrir a força oculta da cidadania ativa na governança de segurança pública. Os projetos de cidadãos que estão desenvolvidos na Europa ser categorizados como: vigilância passiva; vigilância ativa; supervisão relacional; mediação de conflitos; assessoria aos formuladores de políticas; moldar a formulação de políticas e a autogestão da segurança.

Os projetos geralmente dependem profundamente do entusiasmo de cidadãos individuais e dos recursos que os profissionais públicos fornecem. A cidadania só florescerá se receber apreciação e treinamento tangíveis da polícia e das autoridades governamentais. No entanto, um dos problemas observados é a disparidade de expectativas e perspectivas entre cidadãos e profissionais. Além disso, grupos minoritários e outros residentes menos privilegiados estão comparativamente sub representados em projetos comunitários de segurança nos países que estão implantando esse modelo. Portanto, é difícil cumprir altas expectativas sobre o envolvimento inclusivo da comunidade nos programas locais da vizinhança.

O recurso antiético da força é a legitimidade. Não há dominação duradoura sem um mínimo de legitimidade. Um poder legítimo é o que tem a capacidade de fazer que aceitem suas decisões como bem fundamentadas: é, em termos de interação e comportamento um poder cujas diretivas são objetos da adesão, ou pelo menos da aquiescência, daqueles a quem se destinam.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A noção de poder fomenta também a noção de cidadania de ser o direito a ter direito. Essa concepção que se tornou clássica é compreendida a partir da teoria liberal que fundamenta seu pensamento nos direitos civis e políticos, definidos como direitos de primeira geração. No entanto, é possível identificar alguns equívocos nesta concepção. Primeiro, nem todos os indivíduos são considerados cidadãos, apenas aqueles que política e economicamente participam das atividades do Estado.

Segundo, limitar o exercício da cidadania aos princípios civis e políticos, como era no Estado Liberal, significava restringir o cidadão ao exercício do voto As críticas a esta concepção surgem com a ampliação do conceito incluindo os direitos sociais, considerados direitos de segunda geração. Entre estes direitos sociais está o direito à saúde, educação, trabalho, aposentadoria, etc., que foram conquistados a partir da ascensão dos movimentos sociais, no século XX.

Neste sentido a cidadania na questão da segurança pública torna-se produto da história, se considerada a partir do avanço e da conquista de direitos. No século XVIII os direitos civis; no século XIX os políticos; no século XX, os direitos sociais e na segunda metade do século XX, os direitos da coletividade, direitos que têm como titular grupos de indivíduos. A partir dessa compreensão é possível afirmar que a cidadania sendo produto de histórias sociais contextualizadas em determinados períodos é também produto de diferentes grupos sociais.

Cidadania na segurança pública, portanto, configura-se como o conjunto de direitos e liberdades políticas, sociais e econômicas, já estabelecidas ou não por lei. Já o exercício da cidadania é, então, a forma de fazer valer cotidianamente esse conjunto de direitos, é o homem se fazer sujeito de sua própria história. "Cidadão significa ter direitos e deveres, ser súdito e ser soberano.

REFERÊNCIAS

BATISTA, V. M. **Criminologia e política criminal**. Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, Rio de Janeiro: vol. 1. no.2, julho/dezembro 2009, p. 20-39.

BENGOCHEA, J. L. P. et al. **A transição de uma polícia de controle para uma polícia cidadã**. São Paulo em Perspectiva, n. 18, p. 119-131, 2014.

BICUDO, H. **O AI-5 e os direitos humanos**. Artigo, 2012. Disponível em ttp://www.pt.com.br Acesso em 25 de abr de 2020.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo, sociedade; para uma teoria geral da política. 8 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BORGES, P. C. C. **Crime organizado**. 2 ed. São Paulo: APMP, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal**. Coordenação Maurício Antônio Ribeiro Lopes. 7ª ed. rev. atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2010.

CAVALCANTE NETO, M. L. **Programas, Projetos e Parcerias em Segurança Pública**: livro didático. Palhoça: Unisul Virtual, 2009.

COLODETTE, F.; NOGUEIRA, M.; GOMES, M. S. V. **(Re)Construção do conceito de cidadania: quebra de paradigmas**. In: IV ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, PESQUISA E PÓS GRADUAÇÃO, 2008, Vitória/ES. Anais. Disponível em: <http://www.andhep.org.br/content/view/71/90/>. Acesso em: 30 de abr de 2020

COMPARATO, F. K. **Os problemas fundamentais da sociedade brasileira e os direitos humanos**. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. São Paulo: Brasiliense, n. 51, 2009, p. 7-18.

CORRÊA, R. do S da S. **A importância do auto reconhecimento da cidadania para a "Polícia Cidadã"**. Revista Ordem Pública. Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 60-70, 2009.

DAHRENDORF, R. **As classes e seus conflitos na sociedade industrial**. 3 ED. Brasília: UnB, 2015.

DALLARI, D de A. **Elementos de teoria geral do Estado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRAZ, A. A. M. de C. **Ministério Público e Afirmação da Cidadania**. São Paulo: RT, 2017.

FISCHER, R. M. **O direito da população à segurança**: cidadania e violência urbana. Petrópolis : Vozes, 2015.

GUIMARÃES, L. A. B. **Valores institucionais, a prática policial militar e a cidadania.** Unidade: revista de assuntos técnicos de Polícia Militar. Porto Alegre. n. 41, jan/mar2000, p. 45-85, Porto Alegre, 2010.

HAGUETTE, T. M. F. **O cidadão e o Estado**. Fortaleza: EdUFC, 2014.

IANNI, O. **Classe e Nação**. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

LAZZARINI, Á. **Da segurança pública na Constituição de 1988**. Brasília: In: Revista de Informação Legislativa, a.26, n.104 dez/2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

LUCÁKS, G. **A história e consciência de classe**. 4 ed. Lisboa: Escorpião, 2016.

MARCINEIRO, N. **Polícia Comunitária**: construindo segurança nas comunidades. Florianópolis: Insular, 2009.

MARCONDES FILHO, C. **O que todo cidadão precisa saber sobre violência das massas no Brasil**. São Paulo: Global, 2016.

MARIANO, B. D. M.; READRON, P. F.; WEIS, C. **Por uma nova política de segurança e cidadania**. São Paulo: Nuestra América Editora e Vídeo, 2014.

MOLINA, A. P. de. **Polícia e criminalidade no estado de direito**. Tese defendida em 17/07/1989, em Seminário "Polícia e Sociedade" - Direção Geral de Polícia - Santander – Espanha, 1989.

MORAES FILHO, E. **Sociologia da segurança pública**. 6 ed. São Paulo: Ática. 2017.

NILBET, R. A. **A sociologia do direito**. São Paulo: RT, 2014.

PACHECO, M. T. de M. **Autonomia dos órgãos de medicina-legal e riminalística**. Revista Brasileira de Medicina Legal. Nº. 02 – 1ª ed. Ano XI. Maio de 2011.

RODRIGUES, J. G. **Segurança pública e comunidade**: alternativas à crise. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

SALES, A. L. **Reforma das polícias**: só em interação com a sociedade. Recife: GAJOP, 2018.

SONNENBURG, S. F. **Cidadania e o exercício do poder de polícia**. 2009. Dissertação. (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009.

ZACKSESKI, C. M. **Políticas integradas de segurança urbana**: modelos de Diógenes Gasparini - responsabilidade do poder público municipal na segurança pública. Revista de Informação Legislativa, a.30,n.117 mar/1993.

NOTAS:

[1] Mestre em Direito do Trabalho Faculdade de Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas em 2013 e professor do curso de Direito do CEULM/ULBRA, Manaus-AM, E-mail: advocacia@rubensalves.com.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SERIA O MUNDO APENAS UM SONHO DE DEUS? REALIDADE OU SONHO? A ESSÊNCIA DA VERDADE E DO DIREITO PERANTE O TRIBUNAL DA CONSCIÊNCIA

FLÁVIO CRISTIANO COSTA OLIVEIRA:
Mestre em Direito Constitucional e Delegado de Polícia Civil pelo Estado do Piauí.

1.Introdução.

Na perspectiva transcendente, podemos fazer uso do pensamento metafísico, para refletirmos acerca dos mistérios do jardim da existência, sem focarmos exclusivamente nas diferenças supostamente existentes entre as mais diversas espécies de flores.

Não precisamos adotar uma visão separatista e extremada do mundo ao nosso redor, pois os extremos podem vir a se encontrar em alguma dimensão que, neste momento, escape aos nossos pobres sentidos.

Ademais, todas as verdades humanas, podem não passar de relatividades ou meias-verdades.

Nessa perspectiva, quem poderia lançar a primeira pedra da certeza de que os paradoxos não possam ser reconciliados? Será que o pensamento científico e o pensamento religioso deveriam seguir suas jornadas completamente insulados?

No "*tao*" das reflexões, pelo qual se almeja descortinar o véu que encobre a verdade, a qual serpenteia sutilmente entre a realidade e sonho, a sabedoria ancestral nos sugere que harmonizemos, no âmbito do aroma da refinada percepção, a fragrância das rosas do pensamento científico e religioso.

2.O corpo, a mente e o Espírito.

Depois de Deus a humanidade é uma das idéias mais belas que poderia existir.

Em verdade, faz todo o sentido quando os livros sagrados afirmam que Deus nos teria feito à sua imagem e semelhança.

Nós temos um corpo físico, uma mente para pensar, para sonhar e uma alma que é o reflexo do Espírito de Deus em nós.

Deus de forma similar, também possui um corpo físico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A criação inteira, universos físicos, astrais, mentais, todos repletos de sistemas solares, arquipélagos celestes, luas, planetas, estrelas, cometas, vias lácteas e nebulosas atômicas...o que abrange os corpos físicos, astrais e mentais de todos os seres.

A mente de Deus é pura onisciência, um centro em toda parte, uma circunferência em parte alguma.

Da percepção sensitiva dos seres mais rudimentares até os pensamentos refinados das criaturas mais evoluídas, tudo flui e reflui em sua consciência.

Deus também possui um Espírito, onde reside a causa e a fonte de todas as almas individuais que transitam pelos três mundos em um ir e vir infinito.

Assim, enquanto causa, auto causante, Deus, o verdadeiro ser, é; enquanto a humanidade, na qualidade de efeito, apenas existe.

3.Sonho ou realidade.

Ao homem, hipoteticamente, é facultado perceber 03 (três) níveis de consciência: o sonho, o estado de vigília e a supra consciência ou o estado de unidade com Deus ou iluminação.

Quando sonhamos, normalmente estamos deitados em nosso leito.

Com os olhos fechados, não obstante, vislumbramos cenários, pessoas, sentimos emoções, gostos, sensações, tramas, criamos um mundo inteiro todo nosso.

No estado onírico estamos normalmente completamente alheios e inconscientes de sua real natureza e não percebemos que o sonho não é real.

Aliás durante o processo do sonho, o mundo onírico nos parece completamente real, inclusive também parece real para aqueles personagens que são sonhados por nós.

Mas ao despertarmos do sonho, seus cenários, tramas e personagens são todos dissolvidos em um abrir de olhos.

Os personagens com os quais sonhamos terão que aguardar ,pacientemente, até que nós iniciemos outro ciclo de sonhos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para nós o estado de vigília parece ser a verdadeira realidade.

> *"A maioria das pessoas está tão absorta na contemplação do mundo exterior que nem se dá conta do que se passa em seu interior"* ***(Nikola Tesla).***

Mas quando alguém próximo a nós morre, logo nos vem aquela sensação de que o mundo de vigília não deva ser tão real o quanto acreditamos que seja.

Como é possível que uma pessoa tenha passado toda uma vida em nossa companhia e, de repente, simplesmente, não mais exista?

E quando pensamos que isso também irá nos ocorrer, ou seja, que um dia seremos despejados de nossos corpos pela morte, passamos a questionar a verdadeira natureza do estado de vigília.

Então, lá dentro de nós, a voz da intuição divina que reside em nosso interior, ou nosso mestre interno, nos sugere que o estado de vigília possa não ser tão real o quanto cremos.

> *"Não vem o Reino de Deus com visível aparência. Nem haverá anúncios: Ei-lo aqui! Ou: Lá está. Pois o Reino de Deus já está dentro de vós!"* ***(Lucas 17:20-21).***

Será que de fato, nossas mentes e sentidos são instrumentos eficazes e que com base neles poderíamos confiar para compreender, em sua inteireza, todos os mistérios que abrangem os fenômenos ligados à vida, à matéria, ao tempo e ao espaço?

> *"Nada é sucessivo em si, mas tudo é sucessivo em mim, a pseudo-sucessividade está nos meus sentimentos, não na realidade, esta é totalmente simultânea, independentemente de tempo (sucessividade duracional) e de espaço (sucessividade dimensional)".* ***(Kant).***

E a maioria de nós, infelizmente, decide se contentar com aquilo que apenas leu ou ouviu sobre o mistério da vida. Entretanto, somente a experiência direta traz a verdadeira compreensão.

> "N*ão é o que você lê que pode trazer a libertação, mas o que você faz com o que lê".* ***(Yogananda).***

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4. A mente e o absoluto.

Você já parou para pensar que o nosso cérebro é um cego trancafiado numa caverna escura e feita de ossos? Já percebeu que os instrumentos dos nossos sentidos são limitados e que, através dos nervos, enviam para o cérebro apenas um reduzido percentual da realidade? E por derradeiro, já pensou que o nosso intelecto vai realizar classificações, associações e análises com base em dados totalmente incompletos sobre a realidade?

> *"Há mais mistérios entre o céu e a terra do que a vã filosofia dos homens possa imaginar"* ***(William Shakespeare).***

Nossa esperança reside no potencial que a sabedoria possui de fortalecer nosso poder de concentração, autodomínio e força de vontade, a fim de nos encorajar a transcender as ilusões do mundo físico, pois o único propósito de nossas vidas é descobrir Deus.

A personalidade de Albert Einstein, o gênio irreverente que idealizava o espaço e o tempo como dados relativos, tinha perfeita compreensão desses mistérios que envolvem nossa existência.

> *"Penso 99 vezes e nada descubro; deixo de pensar, mergulho em profundo silêncio e eis que a verdade me é revelada...O mecanismo do descobrimento não é lógico e intelectual. É uma iluminação subitânea, quase um êxtase. Em seguida, é certo, a inteligência analisa e a experiência confirma a intuição... A mente avança até o ponto onde pode chegar; mas depois passa para uma dimensão superior, sem saber como lá chegou. Todas as grandes descobertas realizaram esse salto... Talvez algum dia a solidão venha a ser adequadamente reconhecida e apreciada como mestra da personalidade. Há muito que os orientais o sabem. O indivíduo que teve a experiência da solidão não se torna vítima fácil da sugestão das massas...Não existe nenhum caminho lógico para o descobrimento das leis elementares- o único caminho é o da intuição"* ***(Albert Einstein).***

Quando os cientistas perguntavam para Einstein como ele pretendia provar as suas teses, o gênio respondia que a prova experimental dependia de uma técnica muito moderna, ainda não existente, mas que a certeza não dependia de provas, porque o Universo era um sistema lógico de absoluta precisão, onde Deus não é maldoso, apenas muito sutil.

Einstein queria explicar que o cientista de sua época seguia o caminho externo em busca da verdade absoluta, mas negligenciava a existência de um caminho interno e intuitivo, que tinha a capacidade de atingir o absoluto unificando o caminhante (cientista), o caminho (objeto de estudo) e o caminhar (ciência).

"A imaginação é mais importante que o conhecimento" **(Einstein).**

A mais célebre equação científica do século 20 que foi desenvolvida por Albert Einstein, nos sugeria que a matéria é energia congelada e que a energia é luz condensada de forma que todos os elementos da tabela periódica seriam lucigênicos, ou seja, conversíveis em luz.

"Vós sois a luz do mundo" ***(Mateus 5:14).***

Assim, o absoluto ou a verdade seria o que chamamos de Deus-Pai que habita no templo imperturbável além da criação.

Se comparássemos a tentativa da mente humana em tentar compreender o eterno, seria o mesmo que um copinho descartável de café tentar conter todo o conteúdo do oceano.

Por essa razão, a verdade não pode ser pensada, falada ou escrita.

"Aquele que conhece a verdade dela não fala, aquele que fala da verdade, não a conhece" ***(Lao Tsé).***

O absoluto é como se fosse a casa paterna da parábola do filho pródigo, um porto seguro para onde as almas precisa retornar a fim de ancorarem-se na onisciência divina que brilha sempre existente, sempre consciente, sempre renovada e bem-aventurada.

Uma dimensão de amor e verdade absolutos, sem nascimentos, nem mortes e tampouco necessidade de renascimentos.

"A Terra é um exílio; não estamos em nossa própria casa. Num instante você pode ser solicitado a deixar esse mundo e cancelar todos os seus compromissos...Deus...sabe que nos mandou a este lugar horrível. Em seu coração, Ele sofre com nossos sofrimentos. Ele quer que voltemos para casa. E aos que fazem o esforço de conhecê-lo, Ele responde: Por pura compaixão, Eu, o Morador Divino, neles acendo a luz

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

radiante da sabedoria que expulsa as trevas nascidas da ignorância" ***(Bhagavad Gita X:11).***

Encontrar Deus nesse nirvana seria um refrigério para as incertezas, angústias, inquietações e dilemas humanos.

Uma oportunidade imperdível de indagar ao próprio Deus a razão de tudo isso?

E a resposta de Deus seria algo simples e extremamente óbvio.

O homem foi feito à minha imagem e semelhança, logo, se o homem tem a capacidade de sonhar, essa dádiva foi herdada de mim.

Sim. Deus também sonha.

5. Os ciclos oníricos.

Quando o Espírito ingressa em um ciclo de sonhos, seu infinito poder manifesta mundos físicos, astrais e mentais, entretanto com uma essência completamente onírica.

A arrebatadora força onírica de Deus faz com que as almas individuais que estão conectadas com sua consciência, passem a viver nesses mundos oníricos projetados pela mente de Deus, totalmente identificadas com os corpos e as mentes dos seres humanos.

Os corpos e mentes da humanidade também fazem parte do sonho de Deus, mas, sendo a alma, o reflexo de Deus no homem, ela é a única verdade nisso tudo que, juntamente com o Espírito de Deus, pode desfrutar dessa adorável experiência e sobreviver quando Deus resolve encerrar seu ciclo de sonho.

Durante o despertar consciente de Deus, tudo desvanece, tudo é dissolvido, exceto Deus e suas filhas: as almas.

A grande diferença do sonho de Deus, para o sonho do homem é que Deus sonha esses mundos sem perder a consciência de que eles não passam de uma projeção de sua mente divina.

Deus age em semelhança ao hipotético homem que, ao ingressar num ciclo de sonhos, tivesse a capacidade de, durante todo o processo onírico, manter acesa a consciência de que não fora uma experiência real.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Entretanto, a alma presente no homem tem a capacidade de realizar algo muito mais importante.

A alma, através da devoção, do discernimento, da prática das boas obras e principalmente pela prática sincera da meditação, pode despertar em pleno estado de vigília, justamente onde a mente do homem acredita residir a verdadeira realidade.

Os homens cujas almas despertam no estado de vigília, derrotam o verdadeiro inimigo, ou seja, a ignorância em pleno reino do adversário feito de ilusão, mente, desejo, emoções e matéria.

Esses amados e admiráveis filhos de Deus, que despertaram do sonho da matéria e descobriram que Deus é mais tentador do que quaisquer tentações do mundo material, têm recebido pela história os títulos de Santos, Profetas, Avatares, Mestres, Iluminados ou gênios.

O homem quando sonha, pode realizar coisas incríveis como voar, respirar debaixo do oceano, caminhar sobre nuvens e outras maravilhas.

De forma semelhante ocorre com a alma de um Santo, quando desperta no mundo de vigília, onde a grande maioria dos homens está dormindo.

> *"Aquilo que é noite para todas as criaturas, é vigília para o homem de autodomínio. E o que é vigília para o homem comum, isso é noite para o sábio de percepção divina" (* ***Bhagavad Gita II:69).***

Tomando consciência de que pode sonhar junto com o Criador de uma forma consciente, que é um com Deus, o iluminado descobre que também pode usar sua consciência para participar e realizar boas ações nesse sonho onírico material.

> *" Dai-me um ponto fixo no universo e eu deslocarei o mundo dos seus eixos" (* ***Arquimedes)****.*

Adquire a capacidade de realizar coisas fantásticas tais como caminhar sobre as águas, multiplicar pães, curar doentes e inclusive, mover uma montanha gigantesca feita de amor e vibrações oníricas de Deus.

> *Aquele que crê em mim fará também as obras que tenho realizado. Fará coisas ainda maiores do que estas* ***(João 14:12).***

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Aquilo que o homem chama de milagres, trata-se da compreensão profunda das leis com as quais Deus rege seus mundos que possuem textura aparentemente física, mas cuja essência está radicada em pensamentos e vibrações da mente divina.

> *" A natureza toda é irreal. O sobrenatural é a única substância real... Quando se conhece o Espírito e quando conhecemos a nós mesmos como Espírito, não há diferença entre a terra firme e o mar, nem entre Terra e o céu-tudo é Deus. A dissolução de tudo no Espírito é um estado que ninguém pode descrever" (**Paramahansa Yogananda).***

As coisas nem sempre são o que parecem aos sentidos.

> *"Tudo é Deus. Parece incrível que a criação não passe de um filme criado pela luz de Deus, mas é verdade. Todos vocês estão sentados aqui, no sonho, e são parte dele" **(Paramahansa Yogananda).***

E como as almas estão todas conectadas com o Espírito de Deus, as almas despertas passam a desfrutar da consciência de que não há verdade nem no mundo onírico dos homens, nem no estado de vigília dos homens, estejam esses homens revestidos por corpos físicos, astrais ou mentais.

> *Sede sóbrios; vigiai, porque o adversário anda em derredor, bramando como leão, buscando a quem possa tragar **(1 Pedro 5:8).***

Uma santa alma desperta em pleno mundo físico atinge um grau de consciência infinitamente mais elevado, do que qualquer alma que habite em mundos mais sutis, desde que, em todas as suas jornadas por entre os mundos, essas almas buscadoras nunca tenham passado pela experiência do despertar em samadhi que a meditação ioguica nos proporciona.

Quando Deus resolve encerrar seu ciclo de sonho sua justiça se faz considerando as almas que se esforçaram para despertar do sonho cósmico e obtiveram êxito, daquelas que por todo o ciclo sonharam inconscientes enquanto subiam e desciam, incessantemente, por entre os mundos oníricos de Deus.

As almas não despertas, aguardarão a chegada de outro ciclo de sonhos e quando ele vier, sua força arrebatadora e irresistível as conduzirá

novamente ao estado de sonho inconsciente, onde poderão renovar as infinitas oportunidades para buscar o verdadeiro despertar.

As almas despertas gozarão da comunhão eterna com o Espírito de Deus.

Quando mais um ciclo de sonho cósmico chegar, não serão afligidas por suas ilusões pois sonharão juntamente com Deus, mas de uma forma totalmente consciente.

> *"A quem vencer, eu o farei coluna do templo do meu deus, donde não mais sairá* ***(Apocalipse 3:12).***

6. **O Direito reflete a essência do homem.**

Sendo o homem efeito de uma causa eterna, nada mais lógico que tudo aquilo que a humanidade cria traga consigo o reflexo dessa divina relação.

E aqui, em específico, refiro-me ao Direito.

Os cientistas jurídicos costumam produzir obras volumosas abordando exaustivamente temas polêmicos como a aparente dicotomia entre Direito e Justiça.

Na tribuna das academias, representantes de escolas como o Positivismo Jurídico e o Jusnaturalismo, por exemplo, se digladiam pela conquista do *"santo grall"* da verdade.

Ocorre que as trevas ilusoras e limitantes do mundo material não nos permitem perceber que uma teoria é semelhante à uma construção.

A parte mais importante de uma obra é a sua fundação, porque é sobre esta que será colocada a pedra fundamental e os demais blocos que comporão o edifício em sua totalidade.

A fundação numa teoria jurídica não deveria ser feita por elementos componentes do pensamento jurídico em si.

A fundação de uma teoria jurídica deveria ser supedaneada com elementos compostos de dados sobre a correta compreensão da verdadeira essência do homem.

Pois o homem é o criador e o Direito é sua criatura.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Direito não possui existência própria.

O Direito foi feito por causa do homem e não o homem por causa do Direito.

> *O sábado foi feito por causa do homem, e não o homem por causa do sábado* ***(Marcos 2:27).***

Assim, se a fundação do nosso pensamento jurídico for construída com base em um equívoco acerca da verdadeira essência do homem, o edifício final das realizações humanas também estaria contaminado pelos mesmos erros.

Por exemplo, se partirmos do pressuposto de que o homem seja uma mera associação de matéria e de mente, os institutos jurídicos criados também traduziriam essa crença.

Seria um Direito que valorizaria a individualidade, as formas, os ritos externos, a superficialidade da personalidade, a propriedade, a posse, o poder e os interesses pessoais ou coletivos.

Seria um Direito que deveria se acautelar com inúmeros mecanismos, objetivos e subjetivos, de coação e proteção, porque no mundo jurídico de uma massa desejosa por matéria e fruição, não se saberia em qual esquina iria eclodir nova ofensa ou ameaça de ofensa à vida das pessoas ou aos seus bens.

> *"Se pudéssemos abandonar nossas artimanhas a abafar o desejo constante de enriquecer, não mais haveria ladrões nem malfeitores. Devemos ser simples, desataviados, naturais, reduzindo os desejos juntamente com o egoísmo...Quando não valorizamos os artigos difíceis de obter estamos impedindo que sejam roubados. Quando o ouro e o jade enchem um salão, seus donos não poderão manter a segurança" (Lao Tsè).*

Infelizmente, nosso modelo jurídico valoriza a matéria, cujas bases a física quântica já demonstrou que está radicada em uma realidade não material e misteriosa.

A própria mecânica quântica está alicerçada em dois princípios básicos: a incerteza e a probabilidade.

Aquilo que as nossas leis tanto almejam tutelar e que nós mesmos elegemos como algo tão indispensável à nossa felicidade constitui apenas 4 % do universo.

Vinte e três por cento (23%) do universo é constituído de matéria escura e 73% é constituído de energia escura.

E a energia e a matéria escura constituem a nova fronteira de desafios para a ciência moderna.

Você já parou para pensar que ninguém nunca visualizou a estrutura daquilo que chamamos de átomo.

Apenas nos baseamos em um modelo hipotético que até hoje se harmonizou com nossas teorias universais.

Mas e se chegarmos a um momento em que nos depararmos com uma situação de nos faça perceber que nossa tradicional teoria atômica estava somente parcialmente correta?

E se nos depararmos com a mesma situação constrangedora com a qual os corifeus da ciência e os pontífices do governo da União Soviética do tempo de Lenine, se depararam diante das poéticas, científicas e divinas afirmações de Albert Einstein.

O pensamento soviético havia declarado que o átomo não poderia ser dividido, por ser a base da matéria.

Mas uma brilhante mente judaica de cabeleira desgrenhada, barba por fazer, sapatos sem meias, todo envolto em um vasto manto sagrado cinzento, com olhar de longínqua esfinge em pleno deserto, cujo corpo vivia na Terra, mas cuja mente habitava nas mais remotas plagas do cosmos e no centro invisível dos átomos afirmou justamente o contrário.

Einstein afirmou que o modelo de átomo, aparentemente alicerçado em bases materiais, em verdade, estava equivocado.

Segundo o esse gênio da humanidade a matéria estava ancorada numa essência completamente metafísica, revolucionando, destarte, a compreensão indivisível existente até então sobre a questão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

E sendo a matéria um sonho metafísico, como poderiam os regimes políticos materialistas e históricos sustentar suas doutrinas de culto ao poder, ao Estado e à matéria?

Quando o homem materialista fala, Deus cala. Mas quando Deus resolve falar através de um de seus anjos, o homem materialista é obrigado a mergulhar no mais absoluto silêncio em humilde reconhecimento de seu estado atual de ignorância.

400 (quatrocentos) anos antes de Cristo, o matemático Demócrito já nos remetia a idéia de um átomo indimensional, puramente qualitativo, que é o verdadeiro alicerce do Cosmos.

Retornando à temática do Direito, tomemos como paradigma a teoria jurídica da aparência a fim de demostrarmos a qustão do real e do irreal aplicável à lógica jurídica.

A teoria jurídica da aparência, objetiva garantir efeitos jurídicos concretos a situações que só existiam em aparência, em tutela daqueles que, de boa-fé, confiaram na existência delas.

A lógica da Teoria da Aparência implica, necessariamente, na existência de **duas realidades**: uma exterior e outra interior.

A realidade exterior compreende a manifestação de um fato, de uma realidade visível e imediatamente apreendida. É o fenômeno manifestante ou aparente.

A realidade interior é manifestada pelo fenômeno manifestante apenas mediatamente.

A ideia de teoria da aparência , aplicável ao Direito do Consumidor, no âmbito de uma relação jurídica de consumo, se dá quando, por exemplo, ao negociar com o consumidor, o empresário ou seus prepostos, geram uma dissociação entre aquilo que se exterioriza e a realidade que se oculta do consumidor.

Na aparência de direito ocorre a predominância da segurança jurídica e a proteção da hipossuficiência do consumidor, por isso, os terceiros de boa-fé, com base na aparência, podem ter em conta a exteriorização e ignorar a realidade oculta.

Ex.: O administrador agindo em excesso de poderes, vende um produto para terceiro que é um consumidor, em condições não previstas no contrato social. A empresa deve cumprir a obrigação. O terceiro com relação à empresa é um consumidor, neste caso trata-se de uma relação de consumo e se aplica a teoria da aparência.

DEUS é a fonte ou fenômeno que manifesta duas realidades.

A realidade exterior é o mundo material. O mundo na natureza é imediatamente visível pelos sentidos humanos.

A realidade interior é o mundo do Espírito. A realidade interior é mediatamente percebida pelos homens que pela vida refinam a consciência e passam a fazer uso das potencialidades intuitivas de suas almas e buscam conhecer a verdade por trás da aparência.

Assim como o consumidor poderá receber os efeitos reais da realidade imediata em detrimento da realidade mediata.

O homem que tem ânimo, confiança e boa-fé, também poderá receber os efeitos da verdade.

A diferença é que na teoria jurídica, as realidades estão dissociadas e no mundo de Deus todas as realidades estão conectadas e unidas através do seu amor e sua divina consciência.

Outrossim, Deus não sugere a aparente dualidade que rege nossa existência com a finalidade de tirar proveito da humanidade, pelo contrário, sua intenção é enriquecê-la através da experiência e do desenvolvimento da consciência.

Como dizia Einstein: Deus é sutil, mas não é maldoso.

Retornando ao tema da necessidade de nos aprofundarmos no Direito, primeiro, o homem deveria refletir que a mente simboliza a senhora do seu corpo e que a sua alma deve ser a senhora de sua mente.

Um corpo sem mestre é como uma criança mal educada e caprichosa.

Assim, como uma mente sem senhor, é como um samuray sem mestre, que trilhará pela estrada da vida demonstrando desnecessariamente o brilho da espada do discernimento, acumulando erros, sofrimentos e adversários.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> A alma é a melhor amiga da mente condicionada, mas pode ser também considerada uma inimiga pela mente ainda não condicionada (Bhagavad Gita).

Em seguida, deveria o homem refletir que as coisas que ele cria, inclusive o Direito, também refletem a lógica da realidade trina através da qual Deus manifestou sua criação: alma, mente e corpo.

O corpo físico do Direito seria representado pelo conjunto das leis.

A mente do Direito seria simbolizada pela lógica jurídica de argumentações e de hermenêutica.

Por fim, a alma do Direito seria a sabedoria ou a intuição impressa por Deus no coração de todas as almas, que tem o poder de lhe guiar com mais eficiência pela estrada da verdade e da justiça, do que a frieza e a aridez dos códigos.

7-Conclusões.

Na esteira do pensamento de Paramahansa Yogananda, concluímos que a grande questão é que a maioria das pessoas não teve nenhuma experiência do Espírito do Universo, o qual está oculto atrás do véu da matéria.

Em face disso não têm um padrão para comparar as percepções dos sentidos agradáveis e empolgantes, com a misteriosa, desconhecida e inefável bem-aventurança da alma do cosmos.

Crença e experiência são bem diferentes.

Uma crença nasce do que você ouviu, leu ou aceitou como fato, mas a experiência é algo que você realmente percebeu.

A experiência também pode acontecer de forma superficial ou de forma profunda.

A experiência superficial é o caminho externo pelo qual seguem a maioria dos cientistas que empregam seus sentidos limitados no âmbito dos métodos científicos, fragmentando o caminhante (cientista), o caminho (objeto de estudo) e o caminhar (ciência) em busca da verdade.

A experiência profunda é o caminho interno, silencioso, concentrado, devocional, pelo qual trilharam Einstein, Nikola Tesla e os Santos de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

todas as religiões, os quais empregaram o potencial que a intuição da alma possui para unificar o caminhante, o caminho e o caminhar no processo exitoso para encontrar Deus, sua Justiça e sua verdade.

Dentro dessa perspectiva o verdadeiro Direito é construído com base em sólidos princípios metafísicos que protejam a humanidade, permanentemente do tríplice sofrimento: ilusão, infelicidade e ignorância.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A FUNÇÃO SOCIAL DOS TRIBUTOS

FLAVIA ARAUJO DUTRA: Acadêmica do Curso de Direito. Centro Universitário Luterano de Manaus – ULBRA

MSc. **ANA MARIA OLIVEIRA DE SOUZA**[1]

(orientadora)

Resumo: O presente artigo tem o intuito de transmitir o entendimento da função dos tributos. Explanar a fundamental importância do tributo no desenvolvimento econômico de uma sociedade com uma menor desigualdade social, com justiça e igualdade. Entender o papel do Estado no planejamento das metas para conceder benefícios e a importância dos incentivos fiscais para o uso dos tributos como função social. Perceber que os recursos arrecadados pela máquina estatal tem uma finalidade de alcançar uma meta para que o papel de um Estado Democrático seja alcançado de forma que haja justiça tributária para todas as classes sociais, sendo assim, alcançado a igualdade regional e social prevista na Carta Magna nos princípios constitucionais, prevalecendo a dignidade da pessoa humana viabilizando recursos para melhor distribuição para as economias que não estão favoráveis, assim, buscando o equilíbrio entre as sociedades e satisfazer os interesses comuns. Uma tarefa nada fácil para o Estado atingir um equilíbrio entre a arrecadação e cumprir a função social para ter de fato um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito Tributário. Tributos. Função Social.

Abstract: This article is intended to convey an understanding of the function of taxes. Explain the fundamental importance of the tax in the economic development of a society with less social inequality, with justice and equality. Understand the role of the State in planning the goals to grant benefits and the importance of tax incentives for the use of taxes as a social function. Realize that the resources collected by the state machine have the purpose of reaching a goal so that the role of a Democratic State is achieved in a way that there is tax justice for all social classes, thus achieving the regional and social equality provided for in the Magna Carta in constitutional principles, the dignity of the human person prevails, enabling resources for better distribution to economies that are not favorable, thus seeking the balance between societies and satisfying common interests. It is not an easy task for the State to achieve a balance between tax revenues and fulfill its social function in order to have a Democratic Rule of Law.

Keywords: Tax Law. Taxes. Social Function.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo irá abordar o tema em questão de forma jurídica ampla, por ser um assunto muito abrangente, desta forma, o trabalho será dividido em partes que poderá melhorar o entendimento da função social do tributo.

Começaremos pela nossa Carta Magna, nossa Constituição Federal, que para o Direito é a base fundamental, ela garante os direitos sociais e individuais de cada indivíduo. Seguiremos falando sobre os princípios mais importante que regem o Direito Tributário e garantem os direitos assegurados para a função social.

Entender se o fato gerador realmente é a origem dos tributos, onde tudo começou, falaremos um pouco da história para entender como aconteceu a origem dos tributos. Tentar compreender a razão da existência e a finalidade.

Destacar a finalidade extrafiscal do tributo com o objetivo de diminuir as desigualdades regionais e sociais através de estímulos para desenvolvimento econômico.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A Constituição Federal do Brasil no preâmbulo assegura os direitos sociais e individuais fundados na harmonia social e comprometida sob a proteção de Deus.

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil preconizado no Art. 3º, III da CF/88, está a erradicação da pobreza, marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

> *Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*
>
> *I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;*
>
> *II - garantir o desenvolvimento nacional;*
>
> *III - erradicar a pobreza e a marginalização e* ***reduzir as desigualdades sociais*** *e regionais;*
>
> *IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

Diante disso, o Estado tem a finalidade de normatizar como os tributos serão cobrados, desta forma, garantir a arrecadação de recursos para que sejam usados na economia e para a função social para desempenhar o dever de satisfazer os interesses da sociedade, buscando o equilíbrio e justiça social preconizado no Art. 170 da Carta Magna, que também está relacionado com a função social na busca pela redução das desigualdades sociais e regionais.

> *Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da* ***justiça social****, observados os seguintes princípios:*
>
> *I - soberania nacional;*
>
> *II - propriedade privada;*
>
> *III - função social da propriedade;*
>
> *IV - livre concorrência;*
>
> *V - defesa do consumidor;*
>
> *VI - defesa do meio ambiente;*

> *VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)*
>
> ***VII - redução das desigualdades regionais e sociais;***
>
> *VIII - busca do pleno emprego;*
>
> *IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.*
>
> *IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)*
>
> *Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (Vide Lei nº 13.874, de 2019)*

2.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIO

As normas jurídicas são orientadas pelos princípios, que são os pilares para fundamentação das demais normas positivas do sistema jurídico. Os princípios tributários podem ser vistos como uma garantia para os cidadãos/contribuintes em relação ao Estado, pois, irá limitar o poder de tributar para obter. Muitas vezes as entidades dotadas de tal poder, usa da coercitividade de investir no patrimônio particular para garantir receitas. Paulo de Barros Carvalho explica a necessidade da teoria da extrafiscalidade submeter-se aos princípios constitucionais:

> [...] ao construir suas pretensões extrafiscais, deverá o legislador pautar-se, inteiramente, dentro dos parâmetros constitucionais, observando as limitações de sua competência impositiva e os princípios superiores que regem a matéria, assim os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> expressos que os implícitos. Não tem cabimento aludir-se a regime especial, visto que o instrumento jurídico utilizado é invariavelmente o mesmo, modificando-se tão somente a finalidade de seu manejo.[2]

Princípio da legalidade

O princípio da legalidade tributária está previsto no Art. 150, I da Constituição Federal, que determina:

> *Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
>
> *I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;*

Os tributos somente podem ser exigidos ou alterados mediante lei, que será estabelecida somente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, limitando os poderes para que o contribuinte não seja prejudicado.

Princípio da anterioridade

O princípio da anterioridade tributária está previsto no Art. 150, III, "b" e "c" da Constituição Federal, que determina:

> *Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
>
> *III - cobrar tributos:*
>
> *b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;*
>
> *c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;*

É o princípio da não surpresa, que resguarda ao contribuinte que não seja surpreendido com a majoração sem fundamentação em lei publicada para instituição ou alteração. Está classificado de duas formas: anual e nonagesimal.

Princípio da irretroatividade

O princípio da irretroatividade tributária está previsto no Art. 150, III, "a". É um princípio geral de Direito.

> *Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
>
> *III - cobrar tributos:*
>
> *a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;*

Tem a finalidade impedir que alguma lei não produza efeitos sobre fatos ocorridos anteriormente a sua vigência, com exceção que seja mais benéfica ao contribuinte. A exceção à regra está preconizada no Art. 106, II, "c" do Código Tributário Nacional.

> *Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:*
>
> *II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:*
>
> *c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.*

Princípio da capacidade contributiva

O princípio da capacidade contributiva está previsto no Art. 145, §1º:

> *§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Cumprimento da função social com relação a determinação da alíquota conforme a renda e localidade do sujeito passivo, se a capacidade contributiva do mesmo está dentro da realidade financeira vivida, devendo ser compatível.

Princípio da uniformidade geográfica

O princípio da uniformidade geográfica tributária está previsto no Art. 151, I, da Constituição Federal do Brasil, que determina a uniformidade da tributação federal em todo o território nacional.

> *Art. 151. É vedado à União:*
>
> *I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País;*

A finalidade deste princípio é desenvolver o equilíbrio sócio-econômico das regiões, mas além de promover o desenvolvimento, também busca alternativa de ocupação de determinadas regiões, como exemplo a região Norte, que assim, podemos citar como exemplo a Zona Franca de Manaus.

Temos a contribuição de Maria de Fátima Ribeiro:

> *"[...] fica melhor compreendido o que vem a ser a ZFM, bem como os incentivos que são concedidos naquela região para atrair empreendimentos a lá se alojarem, no intuito de se buscar o equilíbrio daquela região do país, que por vezes carece de amparo e uma visão mais positiva para que se desenvolva, com o restante do Brasil, a fim de garantir a igualdade entre as regiões e um igual desenvolvimento do país como um todo, e não apenas em termos individualizados e particularizados"**[3]**.*

Princípio da igualdade ou isonomia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O princípio da isonomia tributária está previsto no Art. 150, II da CF, preconiza que é vedado a desigualdade entre os contribuintes na mesma situação social.

> *Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
>
> *II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;*

Deve-se ter igualdade tributária entre os contribuintes em situação de equiparada, seguindo os parâmetros constitucionais com o cuidado de não caracterizar nenhum privilégio, reconhecendo as diferenças, a discriminação e a desigualdade, observando fundamentos lógicos e racionais, assim, Celso Antônio Bandeira de Mello explica três questões que divide a isonomia: "*a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrímen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; a terceira atina à consonância desta correlação lógica com interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados*".***[4]***

Princípio da proibição ao confisco

O princípio da proibição ao confisco (não-confisco), está previsto no Art. 150, IV da Constituição Federal do Brasil, é proibido a utilização dos tributos com efeito de confisco, sendo assim, estabelece limites à tributação.

> *Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
>
> *IV - utilizar tributo com efeito de confisco;*

Herbert Bruyn Júnior, tem um bom conceito para confisco: *"[é] aquele que, exigido desproporcional à sua causa determinante (a capacidade contributiva), absorve, de modo agudo, total ou parcialmente a propriedade, em sua concepção estática ou dinâmica, inviabilizando o dificultando sobremaneira a subsistência da*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pessoa ou sua capacidade de prosseguir gerando riquezas." (BRUYN JÚNIOR, Herbert C. P. de. O princípio do não-confisco. São Paulo: Novas Conquistas, 2001, p. 72-73)

Princípio do mínimo existencial

O princípio do mínimo existencial é fundamentado pela Constituição Federal do Brasil, com o objetivo de redução das desigualdades sociais e regionais, amparado pelos princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade e solidariedade. Os fundamentos estão preconizados nos Art. 1º e 5º da CF/1988.

A Constituição Federal tem o cuidado de proteger o cidadão para que possa viver conforme os princípios básicos existenciais, como exemplo: todos temos direito ao acesso à Justiça, assistência social, saúde, educação e entre outros que seria o mínimo para viver com dignidade, liberdade e solidariedade. Com esse fundamento, Regina Helena Costa diz: *"... a capacidade contributiva só se pode reputar existente quando estiver presente alguma riqueza acima do mínimo vital"*. [5]

2.3 TRIBUTOS

A palavra ***tributo*** é tem origem no latim: ***tributum***, que significa contribuição; pagamento. O surgimento foi na civilização romana, a divisão do povo era em tribos que havia um governante intitulado como tribuno, que era responsável em receber dos membros o pagamento dos tributos.

Tributo é o que se deve ao Estado, são as taxas obrigatórias instituídas pelo Poder Público através de leis, pagas pelas pessoas físicas e jurídicas para manutenção das necessidades do Estado de modo que possa realizar a função social.

Está bem definido Art. 3º do Código Nacional Brasileiro – CTN:

> *Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.*

Conforme o Art. 145 da Constituição Federal, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os tributos:

> *Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:*
>
> *I - impostos;*

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

§ 2º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

Legislação anotada sobre tributos - STF:

Os tributos, nas suas diversas espécies, compõem o Sistema Constitucional Tributário brasileiro, que a Constituição inscreve nos seus arts. 145 a 162. Tributo, sabemos todos, encontra definição no art. 3º do CTN, definição que se resume, em termos jurídicos, no constituir ele uma obrigação que a lei impõe às pessoas, de entrega de uma certa importância em dinheiro ao Estado. As obrigações são voluntárias ou legais. As primeiras decorrem da vontade das partes, assim, do contrato; as legais resultam da lei, por isso são denominadas obrigações ex lege e podem ser encontradas tanto no direito público quanto no direito privado. A obrigação tributária, obrigação ex lege, a mais importante do direito público, "nasce de um fato qualquer da vida concreta, que antes havia sido qualificado pela lei como apto a determinar o seu nascimento" (ATALIBA, Geraldo. Hermenêutica e Sistema Constitucional Tributário. Diritto e pratica

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> *tributaria, Padova, Cedam, v. L, 1979). As diversas espécies tributárias, determinadas pela hipótese de incidência ou pelo fato gerador da respectiva obrigação (CTN, art. 4º), são a) os impostos (CF, art. 145, I; arts. 153, 154, 155 e 156), b) as taxas (CF, art. 145, II), c) as contribuições, que são c.1) de melhoria (CF, art. 145, III), c.2) sociais (CF, art. 149), que, por sua vez, podem ser c.2.1) de seguridade social (CF, art. 195; CF, 195, § 4º) e c.2.2) salário educação (CF, art. 212, § 5º) e c.3) especiais: c.3.1) de intervenção no domínio econômico (CF, art. 149) e c.3.2) de interesse de categorias profissionais ou econômicas (CF, art. 149). Constituem, ainda, espécie tributária, d) os empréstimos compulsórios (CF, art. 148).*
>
> *[ADI 447, rel. min. Octavio Gallotti, voto do min. Carlos Velloso, j. 5-6-1991, P, DJ de 5-3-1993.]*

História

Estudos mostram que os tributos evoluíram juntamente com a evolução humana e que o surgimento aconteceu de forma voluntária, eram presentes ou ofertas destinadas aos chefes ou líderes como forma de agradecimento pelos serviços prestados à comunidade.

Há relatos que o texto mais antigo que registra a cobrança de leis e impostos extorsivos de forma opressiva, exploração, corrupção e o confisco de bens para o rei é uma placa em escrita cuneiforme de 2.350 a.C., nela foram descritas as reformas empreendidas pelo Rei Urukagina de Lagash, localizada na antiga Suméria, entre os rios Tigre e Eufrates.

Somente após as Revoluções Liberais que as normas jurídicas começaram a limitar o Estado nas cobranças de tributos, assim evitando o abuso de poder.

Temos conhecimento de pagamento dos tributos no Brasil desde o descobrimento no ano 1500, os pagamentos eram efetuados à coroa Portuguesa da extração do pau-brasil.

No ano de 1822, chama-se como Brasil Independente, foram traçados os limites e fundamentos do Direito Tributário Nacional, mudanças de competências tributárias, alteração e supressão de tributos e os tributos passaram a ser definidos com a preocupação do bem-estar.

No período da ditadura militar, em 1966, houve a reforma da legislação tributária e criação do Código Tributário Nacional – CTN.

O sistema tributário nacional foi definido pela Constituição Federal do Brasil de 1988, que definiu as limitações, competências e repartições das receitas dos tributos. Ampliou e garantiu os direitos sociais, aumentou e instituiu tributos.

Destinação social do tributo

O pagamento do tributo é realizado tanto como produtor e como consumidor. Metade dos tributos que a União arrecada é destinado ao pagamento da dívida interna e externa. Pode-se dizer que a exploração do operário é tripla: quando trabalhador, contribuinte e como brasileiro. Assim, podemos considerar que o pagamento dos tributos é realizado por toda a nação brasileira.

São inúmeros os objetivos para a destinação dos tributos, podemos citar as construções de estradas, ferrovias, melhorias nos meios de transporte, saneamento básico, educação, saúde, segurança, manter as forças armadas, equilíbrio da distribuição de renda no país, minimizar a discrepância de desenvolvimento regional, financiar bancos falidos, financiamento de empréstimos à empresas, estimular atividades para garantir a veiculação de serviços e bens que são indispensáveis a população, incentivo a preservação do meio ambiente e ecologia, incentivo à cultura e incentivos às igrejas e templos. São inúmeras as finalidades sociais dos tributos.

Função extrafiscal do tributo

Utilizar o tributo com a finalidade extrafiscal para estimular ou desestimular atividades com o objetivo de desenvolvimento econômico e social. A função extrafiscal com o intuito de desestimular, significa dizer que, o não incentivo e proibições de ações que são consideradas nocivas ao desenvolvimento sócio, econômico e cultural. Uma extrafiscalidade proibitiva, aumento de tributação sobre produtos considerados danosos, como exemplo: bebidas alcóolicas, tabaco, artigos de luxo, entre outros que possam influenciar negativamente a população.

A doutrina nacional e internacional ver de forma positiva a utilização do tributo como extrafiscalidade, assim menciona Meirelles:

> *Modernamente, os tributos são usados como instrumento auxiliar do poder regulatório do Estado sobre a propriedade particular e as atividades privadas que tenham implicações com o bem-estar social. Até mesmo o Direito norte-americano, tão*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> *cioso das liberdades individuais, admite essa função extrafiscal dos tributos, para o incentivo ou repressão da conduta do particular. [..]*

Sabemos que o Estado tem o dever constitucional e obrigação de gerar o bem-estar social, planejar, traças planos e metas para desenvolver meios para proporcionar que a sociedade viva com o mínimo de desigualdade social. A arrecadação é a finalidade do tributo como forma de investimento para manutenção da máquina administrativa e oferecer uma melhor qualidade nos serviços públicos, assim proporcionando o bem comum.

> *O conceito de bem comum incide na eterna dialética do interesse individual e o interesse coletivo. Ao singularizar o conceito de bem comum, poder-se-ia dizer que seria o bem particular de cada indivíduo, como ente de um todo social. Mas se, ao contrário, o conceito de bem comum for ampliado, observar-se-ia que o fim de cada indivíduo seria o fim do todo. Na realidade, ambos os conceitos se complementam, pois o bem da sociedade é o bem do próprio indivíduo que a compõe. A atribuição de promover o bem comum cabe ao legislador, por intermédio de uma atuação voltada às aspirações sociais, dentre elas o dever de dirimir eventuais conflitos emanados pela própria autoridade administrativa em face dos interesses sociais. Esses interesses sociais, hodiernamente, foram diversificados e ampliados em virtude do bem comum da sociedade, como na noção de interesse público, privado, coletivo, individual, homogêneo e difuso. (SILVA. Daniel Cavalcante. A Finalidade Extrafiscal do Tributo e as Políticas Públicas no Brasil. p. 101. Disponível em < http://www.coad.com.br/busca/detalhe_42/2615/Doutrina> Acesso em 15.06.2013).*

Mas, diante de todo o cenário, sabemos que existem muitas situações que impedem o uso de forma correta de todas as receitas arrecadadas, fato que os contribuintes sabem que a política governamental não é justa, pois há muito desvio e corrupção. Isso leva a crer que o tributo não faz seu papel corretamente de função social. Um problema que deveria não existir, se todos não aceitassem o uso da

máquina do Estado para benefício próprio. Podemos compreender os males da corrupção com as palavras de Paolo Mauro e Robert Vishny apud Felipe Guatimosim Maciel:

> *Onde há corrupção, os empreendedores estão cientes de que parte dos lucros de seus investimentos futuros pode ser reivindicada por funcionários públicos corruptos. A corrupção agiria como um imposto que reduz os incentivos ao investimento. Apesar das propinas assemelharem-se a impostos, promovem uma distorção muito maior do que estes. Isto ocorre porque a corrupção, ao contrário da tributação, é ilegal e deve ser mantida em segredo, o que aumenta o seu custo para a sociedade. A alocação de contratos de licitação pública em um sistema corrupto pode levar a infra-estrutura e serviços públicos inferiores. O investimento que deveria ser alocado em setores como educação e saúde, importantes para a elevação do capital humano da sociedade, é destinado para grandes obras, das quais é mais fácil desviar verbas e coletar propinas. A corrupção altera a alocação de recursos públicos em favor daqueles mais lucrativos, em termos de coleta de propinas.*

Jurisprudência

> *Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto ProvisÓrio sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par.2., 60, par.4., incisos I e IV, 150, incisos III, b, e VI, a, b, c e d, da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originaria, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, a, da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, b e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par.2., art. 60, par.4., inciso IV e art. 150, III, b da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária reciproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par.4., inciso I,e art. 150, VI, a, da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: b): templos de qualquer culto; c): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e d): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, a, b, c e d da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993.

(STF - ADI: 939 DF, Relator: Min. SYDNEY SANCHES, Data de Julgamento: 15/12/1993, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 18-03-1994 PP-05165

EMENT VOL-01737-02 PP-00160 RTJ VOL-00151-03 PP-00755)

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE IMÓVEL TERRITORIAL E URBANA. IPTU. PROGRESSIVIDADE. ALÍQUOTA ÚNICA. VARIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO CONFORME A ESSENCIALIDADE OU A FRIVOLIDADE DO BEM (TIPOS DE IMÓVEL PRECÁRIO, POPULAR, MÉDIO, FINO E LUXO). ÍNDICE PRÓPRIO PARA MENSURAR A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E DAR DIMENSÃO EXTRAFISCAL À EXAÇÃO. UTILIZAÇÃO ANTES DA EC 29/2000. IMPOSSIBILIDADE. O efeito extrafiscal ou a calibração do valor do tributo de acordo com a capacidade contributiva não são obtidos apenas pela modulação da alíquota. O escalonamento da base de cálculo pode ter o mesmo efeito. Ao associar o tipo de construção (precário, popular, médio, fino e luxo) ao escalonamento crescente da avaliação do valor venal do imóvel, a Lei 3.326/1996 do Município de Campo Grande passou a graduar o valor do tributo de acordo com índice hábil à mensuração da frivolidade ou da essencialidade do bem, além de lhe conferir mais matizes para definição da capacidade contributiva. Impossibilidade, nos termos do texto constitucional anterior à inovação trazida pela EC 29/2000. (AI 583.636-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 6-4-2010, Segunda Turma, DJe de 30-4-2010.)

3. CONCLUSÃO

Em conclusão, podemos dizer que a função social dos tributos ainda não foi despertada para toda a finalidade que deveria ser empenhada. Apesar da compulsoriedade do tributo, sabemos que representa um papel social de suma importância. A relação jurídica entre Estado e contribuintes precisam beneficiar ambos os lados. Sabemos que não será uma relação em equivalência, mas, necessário tentar a todo custo que haja esse equilíbrio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Como desenvolver melhorias para que o tributo realmente consigo exercer a função social? Não seria uma tarefa difícil, se o povo brasileiro buscasse mais conhecimentos dos direitos e deveres de cada um. Sendo mais comprometidos com o desenvolvimento e responsabilidade de fazer o certo e exigir melhorias dos representantes. Não aceitar a corrupção e o "jeitinho fácil" nas mínimas situações do dia a dia, obedecendo os limites de cada um, no pouco que cada um fizesse o certo, dizendo "não" para o errado, a desigualdade social iria diminuir e muitos viveriam com mais dignidade, com mais qualidade de vida, e quem sabe, concretizando sonhos de viver em um país melhor.

Considera-se também que, os diretos fundamentais para garantir a função social, não estão totalmente resguardados, mesmo que o Estado disponha de recursos, pois nem todos terão acesso a todos os direitos preconizados na Constituição Federal, alguns por desconhecimento da lei e outros por causa da burocratização e dificuldades para garantir os direitos.

4. REFERÊNCIAS

Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 jul 2020.

Brasil. **Código Tributário Nacional – CTN**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 08 jul 2020.

Revista Tributária e de Finanças Públicas. RTFPub_n.130.03 – **Princípios Constitucionais**. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTFPub_n.130.03.PDF. Acesso em: 04 abr. 2020.

CASTRO, Aldo Aranha de. RIBEIRO, Maria de Fátima. **A função social do tributo e a implementação de políticas públicas**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5f8a7deb15235a12. Acesso em: 04 abr. 2020.

Brasil. Ministério da Fazenda. Escola de Administração Fazendária. Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF. **Função social dos tributos**. 5. ed. Brasília: ESAF, 2014. (Série Educação Fiscal. Caderno 3). Disponível em: http://www.educacaofiscal.sp.gov.br/contents/Caderno%203.pdf. Acesso em: 04 abr. 2020.

BARBOSA, Evandro Brandão (Org.). **GOVERNANÇA DA AMAZÔNIA: Socioeconomia, meio ambiente, segurança e defesa.** Evandro Brandão Barbosa. (Org.). Manaus: BK Editora, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 6. ed. atualizada por Izabel C. L. Monteiro e Yara D. P. Monteiro. São Paulo: Editora Malheiros, 1993, p. 151

MINIKOVSKI, Cléverson Israel. **A Função Social do Tributo**. São Paulo: Clube de Autores, 2011.

MARCIEL. Felipe Guatimosim. **O Combate à Corrupção no Brasil: Desafios e Perspectivas – o Controle da Corrupção no Brasil**. Trabalho classificado em 3º lugar no I Concurso de Monografias e Redações da CGU/2005. p. 24/25/26 Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/236848633_O_Controle_da_Corrupcao_no_Brasil. Acesso em: 9 jul. 2020.

STOHRER, Camila Monteiro Santos. **Direitos fundamentais e tributação: a importância dos tributos na manutenção dos direitos**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em: 6 jul. 2020.

DE OLIVEIRA, Alexandre Machado. **Princípios do Direito Tributário**. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/principios-do-direito-tributario. Acesso em: 5 abr. 2020.

CUNHA, Vinicius. **Os 6 mais importantes princípios do direito tributário**. Disponível em: https://www.aurum.com.br/blog/principios-do-direito-tributario/#:~:text=Os%206%20mais%20importantes%20princ%C3%ADpios%20do%20direito%20tributo%C3%A1rio&text=Entre%20eles%20est%C3%A3o%3A%20Princ%C3%ADpio%20da,N%C3%A3o%2DConfisco%20e%20Capacidade%20Contributiva. Acesso em: 4 abr. 2020.

NASCIMENTO, Carlos Henrique Rodrigues. **Princípios jurídicos do direito tributário**. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8399/Principios-juridicos-do-direito-tributario. Acesso em: 4 abr. 2020.

PEREIRA, Luiz Fernando. **Os princípios do direito tributário: uma análise panorâmica**. Disponível em: https://drluizfernandopereira.jusbrasil.com.br/artigos/1

11904656/os-principios-do-direito-tributario-uma-analise-panoramica. Acesso em: 5 abr. 2020.

GETUSSP. **Aula 03 - Direito Tributário - Princípios Constitucionais Tributários**. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=oU8nJyUTAmY. Acesso em: 2 jun 2020.

GOULART, George Lucas. **RESUMO DE DIREITO TRIBUTÁRIO #6 - LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR Pt 2**. Disponível em: https://georgelucasgoulart.blogspot.com/search?updated-max=2019-03-14T12:29:00-03:00&max-results=3. Acesso em: 2 jul. 2020.

Sabbag, Eduardo. **Código Tributário Nacional Comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

CABRERA, Neusa Maria. **Os incentivos tributários como normas indutoras do desenvolvimento sustentável.** 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Curitiba. Curitiba, 2010. Disponível em: https://www.unicuritiba.edu.br/images/mestrado/dissertacoes/2008/NEUSA_MARIA_CABRERA.pdf. Acesso em: 4 jul. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1993.

Brasil. Ministério da Fazenda. Escola de Administração Fazendária. Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF. **Função social dos tributos**. 5. ed. Brasília: ESAF, 2014.

MARTINS, Roberta Silva. **Da Função extrafiscal dos tributos**. Artigo. Disponível em: http://www.cpgls.pucgoias.edu.br/7mostra/Artigos/SOCIAIS%20APLICADAS/DA%20FUN%C3%87%C3%83O%20EXTRAFISCAL%20DOS%20TRIBUTOS.pdf. Acesso em: 15 jan. 2020.

Conpedi. **Capacidade contributiva e mínimo existencial.** Disponível em: http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/27ixgmd9/72z02mdp/5B395r2xjrQ10M5P.pdf. Acesso em: 6 jul. 2020.

FILHO, Salomão Ismail. **Mínimo existencial: um conceito dinâmico em prol da dignidade humana.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-dez-05/mp-debate-minimo-existencial-conceito-dinamico-prol-dignidade-humana. Acesso em: 6 jul. 2020.

DE OLIVEIRA, Alexandre Machado. **Fronteiras do Princípio da Capacidade Contributiva**. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/fronteiras-do-principio-da-capacidade-contributiva/. Acesso em: 6 jul. 2020.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo. Malheiros Editores. 1993.

CORDEIRO, Rodrigo Aiache. **O princípio do não confisco tributário**. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/o-principio-do-nao-confisco-tributario/. Acesso em: 6 jul. 2020.

_____STF – Supremo Tribunal Federal. Publicações. Legislação comentada. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/ar

tigobd.asp?item=%201380. Acesso em: 8 jul 2020.

NOTAS:

[1] Economista e Mestre em Desenvolvimento Regional. ana.souza@suframa.gov.br

[2] Curso de direito tributário..., op. Cit., p.288.

[3] A função social do tributo e a implementação de políticas públicas. p. 15.

[4] **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade...,** p.21.

[5] **Princípio da Capacidade Contributiva**. p. 102.

www.conteudojuridico.com.br

A OITIVA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL: UMA ANÁLISE DA LEI Nº 13.431/2017

IRELY LORENA ALVES DE ABREU:
Escrevendo no conteúdo jurídico desde: 05/06/2020

VANESSA PEREIRA DE OLIVEIRA
(coautora)

Artigo apresentado à banca examinadora do Centro Universitário UNINOVAFAPI- como requisito parcial para obtenção do título de Bacharelado em Direito. Orientadora: Professora Mestre Viviane Maria Rios Magalhães.

RESUMO: O presente artigo versa sobre o tema depoimento especial e se propõe a analisar o item III da lei 13.431/2017 DA ESCUTA ESPECIALIZADA E DO DEPOIMENTO ESPECIAL como meio de garantia e proteção da criança e do adolescente vítimas de violência sexual. Tendo como característica principal a apuração e objetivo em utilizar-se de meios garantidores de direito ás vítimas da violência e a busca de meios probatórios para que se chegue à punição do agressor. À visto disso, será exposta a metodologia utilizando-se o método dedutivo, que será realizado a partir de revisões bibliográficas para explanação do tema, tratando sobretudo das formas de abuso sexual de crianças e adolescentes, os meios de provas existentes na legislação penal e o procedimento utilizado para endossar os meios investigativos para esclarecimentos dos fatos. Dessa forma, a análise desse artigo se mostra relevante ao meio jurídico, uma vez que busca averiguar a aplicação da lei 13.431/2017 no âmbito do judiciário de forma a contribuir amplamente ao ordenamento jurídico penal, possuindo como premissa relevante a proteção e apoio à criança e adolescente e os meios de provas a serem utilizados para comprovação do crime.

Palavras-chaves: Depoimento. Escuta. Vulnerável. Provas. Lei.

ABSTRACT: This article deals with the subject of special testimony and proposes to analyze item III of the law 13.431 / 2017 SPECIALIZED LISTENING AND SPECIAL TESTIMONY, as means of guaranteeing and protecting children and adolescents who are victims of sexual violence. Having as main characteristic is the determination and objective of using the means guaranteeing the right to victims of violence and the search for evidential means for the punishment of the aggressor. In view of this, the

methodology will be exposed using the deductive method, which will be carried out from bibliographic reviews to explain the theme, dealing mainly with the forms of sexual abuse of children and adolescents, the existing evidence in criminal law and the procedures used to endorse the investigative ways to clarify the facts. Thus, the analysis of this article is relevant to the legal environment, since it seeks to investigate the application of law 13.431 / 2017 within the judiciary in order to contribute broadly to the criminal legal system, having as a relevant premise the protection and support for children and adolescents and the means of evidence to be used to prove the crime.

Keywords: Testimony. Listening. Vulnerable. Evidences. Law.

1.INTRODUÇÃO

A Constituição Federal em seu artigo 227 estatui ser dever do Estado assegurar ao infante, com absoluta prioridade, direitos como a vida e a dignidade, além de colocá-lo a salvo de toda forma de violência, estando em consonância com o artigo 19 da Convenção sobre Direitos da Criança (promulgada pelo Decreto 99.710/90), cuja intenção é proteger integralmente a criança e o adolescente contra todas as formas de violência.

Como se sabe, a criança e o adolescente merecem proteção integral pelo simples fato de serem pessoas em estágio peculiar de desenvolvimento físico, psíquico e moral (artigos 2º e 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente e artigo 2º da Lei 13.431/2017). Logo a lei n. 13.431/2017, não é só um meio de garantia à instrução probatória do processo penal, mas também uma lei que busca garantir respeito aos diretos da criança e do adolescente, vítimas de violência.

Sendo assim, a legislação possui uma base única de proteção e amparo ao infante, vítima de um crime que, em muitos casos, não deixam vestígios físicos e sim, marcas psicológicas que devem ser tratadas de forma adequada. Levando então a um julgamento correto e humano por parte do magistrado

O presente artigo tem como objeto de estudo o depoimento especial e a escuta especializada de crianças e adolescentes nos termos da Lei n. 13.431/2017. A partir dessas considerações, elaborou-se o seguinte questionamento: qual o valor do testemunho da criança e do adolescente vítima de violência sexual nas esferas judiciais?

Considerando o objeto de estudo, a pesquisa tem como objetivo geral analisar a lei nº 13.431/2017, em seu título III, o depoimento especial e a escuta especializada no âmbito judiciário. E os objetivos específicos: descrever os crimes de violência

contra o infante; verificar os meios probatórios para que seja realizado o convencimento do juiz no processo penal; caracterizar o contexto histórico para a criação da lei nº 13.431/2017; discutir a proposta do depoimento especial e escuta especializada; descrever os procedimentos a serem seguidos para a oitiva do menor; e discutir a relevância no sistema jurídico brasileiro.

O interesse pela temática surgiu a partir da vivência em estágio no Fórum cível e Criminal de Teresina, 6º vara criminal, que exigiam amplamente a utilização do depoimento especial e da escuta especializada de crianças e adolescentes, uma vez que a vara é privativa para o julgamento dos crimes de estupro de vulnerável. Logo, a vivência despertou o conhecimento acerca dos procedimentos utilizados para oitiva do menor vítima de abuso sexual.

Considera-se essa pesquisa relevante para o meio jurídico, pois almeja analisar a metodologia de inquirição formatada pela lei nº 13.431/2017, destacando o respeito ao direito da criança e do adolescente, bem como a todo contexto que estão inseridos os institutos jurídicos e seus profissionais, considerando a criança e adolescente como sujeito de direitos e não mero meio de prova a ser usado na instrução penal.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica sobre a temática discutida, os dados serão extraídos em documentos, nas leis específicas, artigos científicos e livros sobre o tema. Os resultados serão apresentados em três capítulos a saber: crimes contra a dignidade sexual, os meios de provas no processo penal e na constituição federal e o que propõe a lei nº 13.431, de 2017, sobre o depoimento especial e escuta especializada.

2.CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Este item abordará aspectos acerca do abuso sexual na infância, fazendo a explanação dos crimes tipificados em nosso código penal, e chegando ao conceito e à revitimização, quando da inquirição da criança e do adolescente vítima dessa violência.

2.1. As formas de abuso sexual na infância

O estatuto da criança e do adolescente (ECA) trata no seu artigo 5° sobre os tipos de violência que podem ser infligidos a elas.

> Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Esse ano o ECA completa 30 anos de existência, buscando tutelar os direitos inerentes à criança e ao adolescente, assegurando de todas as formas para que elas não sofram nenhum tipo de violência, entretanto, sabemos que há ocorrências e situações de violação grave a esses direitos.

Flaviana Mello (2017) informa que o ponto inicial para a ocorrência da violência está em não se considerar o infante enquanto sujeito em desenvolvimento, possuidor de direitos e reconhecido como um cidadão, levando a um processo de coisificação da criança, tratando-o como mero objeto. Nesta relação, há um processo de submissão e poder que o indivíduo mais velho exerce sobre a criança ou adolescente. Deixando como consequências, agravamentos físicos, emocional, psicológico ao desenvolvimento infanto juvenil.

De acordo com a Organização Mundial de Saúde, a violência contra crianças e adolescentes abrange os maus-tratos físicos e emocionais que impõem um grau significativo de dor e sofrimento evitáveis. Essas violências estão divididas em: violência auto infligida em que a criança ou o adolescente se automutila e violência interpessoal aquela praticada por um indivíduo ou grupo de indivíduos, essa última se subdividi em: violência intrafamiliar, pois em sua maioria ocorre no próprio ambiente de casa e é praticada por um membro da família ou até mesmo por pessoas que passam a exercer função parental, ainda que sem laços de consanguinidade e em violência extrafamiliar, aquele em que a violência ocorre fora do lar, por adultos sem laços parentais com a vítima (PEREIRA, 2002).

Lygia Pereira (2002, pág. 34) explica que:

> A violência doméstica/intrafamiliar contra crianças e adolescentes é um fenômeno disseminado, mantido com a complacência da sociedade, que estabelece com as famílias um acordo tácito, o que dificulta o acesso ao que realmente acontece com relação ao problema. Os dados estatísticos, que se têm hoje registrados, representam uma pequena parte da incidência do fenômeno, devido principalmente a essa banalização da violência, que dificulta a denúncia.

O Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), divulgou em uma coletiva online no dia Nacional de Combate ao Abuso e à Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, 18 de maio, o balanço de violência sexual contra o menor referente ao ano de 2019 (BRASIL, 2020).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O ouvidor Nacional dos Direitos Humanos, Fernando Ferreira, apresentou os dados durante a coletiva online. Segundo ele, dos 159 mil registros feitos pelo Disque Direitos Humanos (disque 100) ao longo de 2019, 86,8 mil são de violações de direitos de crianças ou adolescentes. Segundo ele a violência sexual figura em 11% das denúncias que se referem a este grupo específico, o que corresponde a 17 mil ocorrências (BRASIL, 2020).

No levantamento da Organização Nacional dos Direitos Humanos (ONDH), conforme apresentado pelo Ouvidor, dos casos de abuso sexual, 73% ocorre na casa da própria vítima ou do suspeito, e é cometida por pai ou padrasto em 40% das denúncias (BRASIL, 2020).

Dessa forma, ao se tratar de casos que envolvam abuso sexual de crianças e adolescentes, deve-se atentar a todo contexto social e familiar no qual a criança está inserida, pois nem sempre os atos aparecem de forma clara nos relatos das vítimas.

Na maioria dos casos, os sinais aparecem de forma indireta que fazem acreditar que algo de ruim está acontecendo com aquela criança, desde o comportamento arredio, a solidão, o choro fácil, mudanças de humor, distúrbio alimentares, aprendizado e sono, a culpabilização, automutilação e tentativa de suicídio, ela se torna mais introvertida e possui um conhecimento impróprio para sua idade, além do mais, há indicadores físicos não muito perceptivos, mas podem acontecer, como por exemplo: lesões ou infecções na genitália, gravidez, dificuldade pra caminhar, são alguns dos indicadores e que muito provavelmente estão relacionados ao abuso sexual (BRASIL, 2010).

Em consequências dos atos, a criança e o adolescente veem a relacionar o abuso sexual de forma interna em seu psicológico, criando um trauma de difícil elucidação em razão das violências acontecerem sem a presença de testemunhas, em sua maioria, sem marcas físicas visíveis.

2.2. Estupro de vulnerável

Uma das inovações em nosso Ordenamento Jurídico foi a lei 12.015/2009 que pôs fim a antiga denominação de Vulnerabilidade, revogando assim o artigo 244 CP e inovando o artigo 217-A do Código Penal que tipifica o crime de estupro de vulnerável (BRASIL, 2009).

Dispõe o Artigo 217- A:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

Possuindo como estrutura penal do tipo incriminador "ter" que em resumo significa atingir algo sendo verbo nuclear do tipo penal. É necessário destacar que ao alcançar o verbo nuclear do tipo não é necessário atingir a conjunção carnal, pois logo depois é explanado (ter conjunção ou praticar outro lado libidinoso), assim, é claro que o importante a ser demonstrado no artigo são todos os tipos de violência que venham a obter a satisfação de lascívia do acusado sem que esse precise tocar na criança ou adolescente (NUCCI, 2018).

Sob o olhar diante do crime, a vulnerabilidade possui ligação com a ideia de pessoa que não detém aptidão psicológica para entender o sentido lascivo do crime em si e muito menos liberdade para atuar livremente na sua dignidade sexual, consentindo ou não no crime.

Nesse sentido, preceitua Nucci (2018) " A Lei 13.718/2018 introduziu o § 5.º no art. 217-A ("As penas previstas no caput e nos §§ 1.º, 3.º e 4.º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime") ratifica o entendimento de que a vulnerabilidade é, sempre, absoluta.

O sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável é qualquer pessoa que tenha capacidade de raciocínio de um homem médio, homem ou mulher, admitindo também a participação no crime, já o sujeito passivo é a pessoa vulnerável, o menor de 14 (quatorze) anos.

Cabe ressaltar que o Estupro de Vulnerável é crime hediondo, previsto na lei de crimes hediondos e com os acessórios que decorrem dessa lei, como por exemplo, inafiançável e insuscetível de graça, anistia e indulto, devendo o cumprimento da pena se dar inicialmente em regime fechado (NUCCI, 2018).

2.3. Vitimização primária e secundária da criança e do adolescente

O procedimento de análise do abuso sexual infantil possui duas vertentes: a vitimização primária, aquela que acontece quando a criança tem sua vulnerabilidade corrompida pelo agressor e a vitimização secundária, que ocorre no âmbito da própria justiça ao utilizar toda persecução penal em busca de instruir o processo judicial também conhecida como revitimização.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com efeito, advoga-se que após a vitimização denominada de primária, isto é, a prática do crime e as respectivas consequências diretas na vítima, esta experimenta uma nova e segunda vitimização aquando do seu contato com as instâncias formais e informais de controle, assunto que se projeta no "decurso do processo penal e nas relações que a vítima mantém com os operadores judiciários" (Cfr. SOUTO DE MOURA, José Adriano, op. cit., p. 14.).

Logo, é possível constatar que o principal aspecto que deve ser observado ao se tratar de crimes dessa natureza são as questões referentes ao preparo técnico utilizadas por todos os Órgãos que compõe a Justiça.

Vilela (2008) explica que, essa revitimização pode acarretar prejuízo para a justiça, pois a vítima, por cansaço, pode omitir fatos ou, por considerar que está chamando a atenção, pode aumentar os acontecimentos.

Dessa maneira, resulta a importância de todo aparato judicial ser adequado de forma que a vítima não venha a reviver esse momento novamente, buscando tornar o diferencial em uma assistência adequada em torno de toda situação vivida. Em outras palavras, o que se busca demonstrar é a maneira como os órgãos devem atuar frente à vítima, quais as abordagens válidas para se garantir um processo justo (POTTER, 2007).

Deve-se utilizar técnicas favoráveis a não revitimização do infante que será duplamente atingida se faltar o apoio necessário. Por um lado, terá que reviver todos os momentos sem a devida cautela por parte do profissional e por outro poderá, de certa forma, prejudicar a instrução probatória. É por esse lado que a Justiça deve se preocupar não só com a persecução penal, mas também com a questão psicológica que aflige a vítima, buscando o equilíbrio de forma a favorecer todo um aparato social.

3. OS MEIOS DE PROVAS NO PROCESSO PENAL E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Inicialmente, cabe entender o significado de prova, o qual seria um substantivo feminino, e significa aquilo que demonstra que uma afirmação ou um fato são verdadeiros; ato que dá uma demonstração cabal (de afeto, fidelidade etc.).

Do termo prova podemos extrair três sentidos: a) ato de provas: é a que diz respeito à fase probatória, o processo pelo qual deve ser verificada a verdade dos fatos ali alegados por uma das partes do processo; b) meio: já nesse sentido, trata-se dos tipos de provas que podem ser produzidos e utilizados para que se chegue a suposta verdade dos fatos; c) resultado da ação de provar: por fim, nesse sentido, é quando chegamos ao juízo de convencimento que foi produzido anteriormente pela

à análise dos instrumentos de prova que foram utilizados nesse processo (NUCCI, 2020).

Quando falamos dos meios utilizados, estamos tratando dos meios de prova que são normatizados pela nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV, no qual traz como direito e garantia 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:
>
> LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;(BRASIL, 1988).

Os meios de provas admitidos no curso do processo estão elencados no Código de Processo penal, no título VII, da prova, capítulo I e seguintes. Sendo eles: do exame de corpo de delito, do interrogatório do acusado, da confissão, do ofendido, das testemunhas, do reconhecimento de pessoas e coisas, da acareação, dos documentos e da busca e da apreensão (BRASIL, 1941).

Como se observa do parágrafo anterior, são diversos os meios de provas a serem utilizados, mas cada crime possui suas especialidades e não demandam que sejam manejadas todas as provas admitidas pelo direito. Nos casos de acusações de abuso sexual infanto-juvenil, os meios de prova mais empregados são perícias e laudos elaborados por profissionais certificados e o depoimento da vítima, uma vez que o abuso ocorre, geralmente, de forma oculta, sem a presença de testemunhas.

3.1. A oitiva da criança no processo penal

A primeira pergunta a ser respondida é: quem é o ofendido na justiça crimina? Para Lenza (2016), ofendido é a pessoa da vítima, corresponde ao sujeito passivo da relação processual, é o titular que teve seu bem jurídico lesado, ou foi exposto a risco de lesão pela prática criminosa.

Logo, nos crimes sexuais contra vulneráveis, as vítimas são crianças e os adolescentes, e, portanto, representam a figura do ofendido, pois de alguma forma tiveram direitos seus violados e devem ser ouvidos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O nosso Código de Processo Penal traz um capítulo exclusivo para tratar da oitiva do ofendido. O artigo 201 do código de processo penal deixa claro logo no início que o ofendido será ouvido sempre que possível, logo temos como algo obrigatório, além do mais temos que trazer o princípio da verdade real, que deve ser respeitado pelo magistrado, uma vez que esse deve buscar por todos os meios lícitos a certeza dos fatos e assim proferir sua sentença (NUCCI, 2020).

É importante ressaltar que o ofendido não pode ser comparado à testemunha, se vier a ser indicado na denúncia ou queixa ou, ainda, na resposta escrita, para fins de verificação do número máximo de testemunhas a serem ouvidas, ele não será computado (LENZA 2016). Por tanto, a vítima não presta compromisso de dizer a verdade e tampouco pode ser responsabilizada pelo delito de falso testemunho.

Como já explicado, a vítima é a pessoa que foi diretamente afetada pelo crime, logo, para muitos, é uma pessoa que está coberta de emoções perturbadoras, como o medo de retaliação por parte do acusado, como o sentimento de vingança que pode levar a imputar fatos a uma pessoa inocente.

Quando se trata de uma vítima ainda mais específica que é a criança e o adolescente, essa oitiva se torna um ponto ainda mais incontroverso. Surgem diversas perguntas: os fatos ali relatados por ela são verdadeiros ou mera imaginação? Alguém com forte influência sobre a vítima não seria capaz de fazê-la distorcer os fatos? Quanto tempo aquela criança vai guardar a na memória algo tão horrível? E a principal pergunta: como fazer a inquirição da vítima sem trazer ainda mais traumas e sofrimentos, levando sempre o princípio da primazia do interesse da criança?

É importante ressaltar que nos casos onde se verifica a ausência de provas físicas, os relatos da vítima apresentam-se como o maior meio probatório, ademais, é fundamental que seja oferecida a vítima alguma garantia de que sua denúncia seja esclarecida em juízo (LENZA,2016).

Dessa forma, nos casos em que a criança é submetida a abusos libidinosos sem vestígios físicos diversos da conjunção carnal propriamente dita, a narrativa da vítima, nomeando e identificando o suposto agressor é considerado pela justiça como importante meio de prova.

Nesse sentido, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, que foi ratificada pelo Brasil, é responsável pelo estabelecimento de um "catálogo completo dos direitos substanciais, civis e políticos, econômicos, sociais e culturais, próprios à criança", dispõe em seus art. 12 e 13 que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Artigo 12
>
> 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.
>
> 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.
>
> Artigo 13
>
> 1. A criança terá direito à liberdade de expressão. Esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e ideias de todo tipo, independentemente de fronteiras, de forma oral, escrita ou impressa, por meio das artes ou por qualquer outro meio escolhido pela criança.
>
> 2. O exercício de tal direito poderá estar sujeito a determinadas restrições, que serão unicamente as previstas pela lei e consideradas necessárias:
>
> a) para o respeito dos direitos ou da reputação dos demais, ou
>
> b) para a proteção da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger a saúde e a moral públicas.

Por fim, mister salientar o depoimento do infante deve ser colhido e valorado com o cuidado necessário para que não se cometa eventuais injustiças tanto com o acusado quanto com a sociedade e com a própria vítima, seja pela punição injusta, pela impunidade ou pela revitimização, não importando se o seu relato é o único meio de prova ou se há outros.

Nesse sentido, é fundamental que se tenha uma boa estrutura, além de sistema e profissional preparados para tal ofício, dada a delicadeza da situação e só assim teremos respostas positivas aos questionamentos já feitos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3.2. Síndromes e Falsas memórias da criança, influência no valor do seu depoimento.

Diante do que já foi exposto, observa-se que nos abusos sexuais há uma gama de peculiaridades próprias, até mesmo quando se trata da reiteração do abuso. Essa peculiaridade é estudada por psicólogos que as classificam como síndromes que tornam o fato uma ação e reação, por um lado, a ação do abusador em prolongar o abuso e por outro a reação da vítima em manter em silêncio o ato.

Segundo Daltoé (2007), as síndromes são classificadas como: Síndrome do Segredo e Síndrome da Adição. A primeira busca explicar o aspecto psicológico dos traumas, sendo também conhecida pelos profissionais como Síndrome do Silêncio, ela está ligada ao controle que o abusador exerce sobre a vítima, ameaçando ela e todos do seu seio familiar, fazendo a temer pela morte dos parentes mais próximos, caso venha a denunciar as violências sofridas. Tal condição de vulnerabilidade vem ao ocasionar a segunda Síndrome que consiste no comportamento repetitivo do agressor frente à criança. O agressor, na síndrome da adição, ao abusar sexualmente do menor, acredita que o que está cometendo não é algo errado, logo a criança deve obedecê-lo, complementando assim a síndrome do segredo.

Dessa maneira, é perceptível como as síndromes referenciadas acima se interligam de forma clara, de um lado, a vítima busca silenciar o fato por medo e opressão e, por outro, o abusador visa praticar os atos de forma reiterada e sob coação direta à vítima, sendo certo que esses comportamentos acontecem tanto na violência intrafamiliar e extrafamiliar.

As síndromes já citadas podem levar a outro ponto crucial na averiguação do depoimento da vítima que são as falsas memórias. Segundo Sternberg (2000), memória é a capacidade que todo ser humano possui de adquirir informações e evocar conhecimento já adquiridos. O momento que mais nos interessa na instrução penal é o de evocar tudo aquilo que foi adquirido e retido por nós, ou seja, nos interessa o processo de recordação dessa memória que foi armazenada.

Os psicólogos há, muito tempo, estudam sobre falsas memórias, já no início do século XX, os erros de memória foram estudados por Freud (1910) *apud* Stein (2010), ao revisar sua teoria da repressão. Segundo essa teoria, as memórias de eventos traumáticos da infância seriam esquecidas (isto é, reprimidas), podendo emergir em algum momento da vida adulta, através de sonhos ou sintomas psicopatológicos. No entanto, Freud abandona a ideia de que as memórias para eventos traumáticos seriam necessariamente verdadeiras.

Stein (2010) divide as falsas memórias em: falsas memórias espontâneas e falsas memórias sugeridas. Sendo a primeira de origem interna, ou seja, são informações inverídicas que surgem naturalmente em nossa memória. Já a segunda tem origem externa, são informações que derivam de algo induzido por um terceiro e prejudica a recuperação correta daquela memória.

O problema das falsas memórias é ainda mais explorado quando falamos das crianças em comparação com depoimentos de adultos. Crianças e adolescentes estão no seu momento de desenvolvimento, logo são tidos como pessoas que estão mais suscetíveis a influências que levem a distorcer e criar falsas memórias.

Logo, todo o conjunto probatório que seja afetado pelas síndromes e falsa memória é colocado em dúvida. Sendo então essencial, portanto, o trabalho de profissionais especializados que consigam interagir com a criança ou o adolescente de forma que, da maneira mais tranquila possível, possa ser feito uma única avaliação de seu comportamento em conjunto com seu depoimento, visando estabelecer se há contradições, detalhes vagos ou extremamente minuciosos que façam inferir que tais memórias tenham sido sugestionadas, ou inseridas para garantir uma acusação.

3.3. A cautelar para a produção de prova antecipada

Outro ponto que devemos nos preocupar é qual o momento ideal para produção da prova, se tratando do depoimento da vítima infanto-juvenil, qual deve ser o melhor momento para se fazer isso.

No capítulo anterior, foi tratado da importância de não revitimizar a criança, a qual já sofre enormes transtornos e fazê-la revivê-los inúmeras vezes nunca será uma alternativa para o nosso sistema jurídico, a criança é um ser dotado de direitos e isso inclui o da dignidade humana, o que estaria na contra mão da utilização em demasiado da criança com mero objeto para extração de provas.

Temos ainda mais preocupação com o tempo, quando pensamos que esse trabalho pode ser afetado por falsas memórias já explicadas no tópico anterior. Por tanto, é imprescindível que seja permitido no nosso processo penal a produção antecipada dessa prova.

A possibilidade de o juiz ordenar a produção antecipada de provas foi introduzida no nosso ordenamento com a lei 11.690/2008, mesmo antes do início da ação penal o magistrado considerando que a prova a ser produzida tem um caráter urgente e relevante, observa a necessidade, adequação e a proporcionalidade da medida conforme artigo 156, inciso I do Código de Processo Penal (NUCCI, 2020).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Já em se tratando do depoimento de crianças, a lei 13.431/2017, prevê em seu artigo 11 §1º, a produção de prova antecipada sempre que envolver criança menor de sete anos de idade e nos casos dos crimes de violência sexual não existe idade mínima da criança ou do adolescente (BRASIL, 2017).

> Art. 11. O depoimento especial reger-se-á por protocolos e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado.
>
> § 1º O depoimento especial seguirá o rito cautelar de antecipação de prova:
>
> I - Quando a criança ou o adolescente tiver menos de 7 (sete) anos;
>
> II - Em caso de violência sexual.
>
> § 2º Não será admitida a tomada de novo depoimento especial, salvo quando justificada a sua imprescindibilidade pela autoridade competente e houver a concordância da vítima ou da testemunha, ou de seu representante legal.

O parágrafo segundo traz um ponto ainda mais importante, enfatizando que não deve ser admitido a tomada de novo depoimento, isso serve pra proteger a criança, uma vez que, aquelas lembranças são extremamente dolorosas. É de extrema importância que a escuta do menor seja realizada com os procedimentos adequados e de forma célere, para que possa abreviar o tempo entre o ato abusivo e o início da instrução penal, evitando não só os casos de falsas memórias, como também a vitimização secundária.

Por fim, cabe destacar que é de suma importância que essa produção de prova antecipada independente do crime ao qual esteja sob julgamento, implica a observância do contraditório, ainda que seja em fase inquisitiva.

4.A LEI Nº 13.431, DE 2017 E AS INOVAÇÕES A OITIVA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

No quarto item será apresentado um breve contexto do tema até a vigência da Lei nº 13.341/2017, abordando sucintamente o pioneiro projeto "depoimento sem dano", mostrando o papel fundamental do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS) como percursor da técnica, logo após será explicada a proposta do

depoimento especial e da escuta especializada trazidos pela lei, bem como é o procedimento realizado para que seja feita a coleta do depoimento de forma correta e, por fim, qual a relevância no nosso sistema jurídico.

4.1. Contexto histórico e depoimento sem dano

Entrou em vigor em abril de 2018 a lei 13.431, sancionada em 4 de abril de 2017 que visa um novo sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente, vítima ou testemunha de violência. Premente é a necessidade em normatizar e em organizar um sistema de garantia de direitos com a criação de mecanismos que proíbam e coíbam a violência. Isto, sobretudo, em um país como o nosso em que a violência é banalizada, fazendo de todos testemunhas/vítimas, nos níveis da organização familiar, social e institucional (CAMARÂ, 2017).

A preservação dos direitos da criança e do adolescente não é fato novo, pois já regrado em diversos países e acordos internacionais, como veremos através do histórico normativo a seguir apresentado.

O Depoimento Especial foi institucionalizado no Brasil no início da década de 2000, e em sua origem era denominado de Depoimento sem dano. Pode-se dizer que a experiência brasileira é curta, principalmente se compararmos com outros países como o Canadá, Inglaterra e os Estados Unidos, que implantaram a técnica na década de 1980.

O pioneiro no Brasil a utilizar a técnica foi o Desembargador do tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, José Antônio Daltoé Cezar, no Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre, no ano de 2003, foi implantado o então denominado Depoimento sem Dano. O Desembargador e percursor do projeto do DSD discorre que, diante de sua vida na área jurídica, deparou-se com várias situações que o levaram a pesquisar sobre técnicas e procedimentos que eram aplicados em outros países para que pudessem servir como referenciais para o Poder Judiciário brasileiro (DALTOÉ, 2007).

Segundo Daltoé (2007), ao conduzir a audiência judicial realizada na forma tradicional e ouvir o relato impactante de uma criança abusada sexualmente por um adolescente, decidiu que algo deveria ser feito para mudar esse método, uma vez que não havia uma legislação que versasse sobre procedimentos específicos para nortear a condução do depoimento. Surgiu, então, a ideia de utilizar câmeras de segurança, que começaram a ser instaladas nas salas de audiências, onde se realizava a tomada do depoimento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O magistrado estava buscando de alguma forma não trazer uma experiência ainda mais dolorosa àquela criança. Foi então que elaborou uma forma de evitar a repetição de perguntas desnecessárias e que só trariam uma revitimização daquele menor, e além disso, transformando o ambiente de inquirição da criança e do adolescente vítima de violência de forma que fosse acolhedor, fazendo a utilização de uma sala alternativa para as audiências com equipamentos de filmagem para as gravações (DALTOÉ, 2007).

Em cinco anos do projeto (2003-2008), foram realizadas na 2ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre, mais de mil e duzentas inquirições por meio do Depoimento sem dano, Sendo que outras centenas foram realizadas nas outras treze comarcas do Rio Grande do Sul que trabalhavam com o projeto.

Um grande passo para a normatização do depoimento sem dano ocorreu em 2010, quando o CNJ editou a recomendação de número 33 que indicou a adoção do depoimento especial por todos os tribunais do país. A recomendação sugere a criação e adoção de serviços específicos para a oitiva de crianças e adolescentes que foram testemunhas ou vítimas de violência.

O documento é embasado nos princípios da Constituição Federal, da Convenção Internacional e do Estatuto das Crianças e adolescentes e tem como objetivo equilibrar a dificuldade do recolhimento do depoimento das vítimas infanto-juvenis com a necessidade da produção probatória. Tal Recomendação reconhece e aconselha a adoção do depoimento especial pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O CNJ desempenhou papel fundamental para a regulamentação do depoimento especial, elaborando importantes recomendações aos Tribunais de Justiça, quais sejam:

> I – A implantação de sistema de depoimento vídeo gravado para as crianças e os adolescentes, o qual deverá ser realizado em ambiente separado da sala de audiências, com a participação de profissional especializado para atuar nessa prática;
>
> a) os sistemas de vídeo gravação deverão preferencialmente ser assegurados com a instalação de equipamentos eletrônicos, tela de imagem, painel remoto de controle, mesa de gravação em CD e DVD para registro de áudio e imagem, cabeamento, controle manual para zoom, ar-condicionado para manutenção dos equipamentos eletrônicos e apoio técnico qualificado para

uso dos equipamentos tecnológicos instalados nas salas de audiência e de depoimento especial;

b) o ambiente deverá ser adequado ao depoimento da criança e do adolescente assegurando-lhes segurança, privacidade, conforto e condições de acolhimento.

II – Os participantes de escuta judicial deverão ser especificamente capacitados para o emprego da técnica do depoimento especial, usando os princípios básicos da entrevista cognitiva.

III – o acolhimento deve contemplar o esclarecimento à criança ou adolescente a respeito do motivo e efeito de sua participação no depoimento especial, com ênfase à sua condição de sujeito em desenvolvimento e do consequente direito de proteção, preferencialmente com o emprego de cartilha previamente preparada para esta finalidade.

IV – Os serviços técnicos do sistema de justiça devem estar aptos a promover o apoio, orientação e encaminhamento de assistência à saúde física e emocional da vítima ou testemunha e seus familiares, quando necessários, durante e após o procedimento judicial.

V – Devem ser tomadas medidas de controle de tramitação processual que promovam a garantia do princípio da atualidade, garantindo a diminuição do tempo entre o conhecimento do fato investigado e a audiência de depoimento especial.

Um pouco antes da resolução do CNJ tivemos o projeto de lei complementar de n° 35, do ano de 2007 que ensejou a lei de número 13.431 de 2017, foi uma proposta da Deputada Maria do Rosário. O Projeto de Lei foi articulado pela Childhood Brasil junto com a Frente Parlamentar Mista de Promoção e Defesa dos Direitos da Criança e Adolescente, UNICEF Brasil e Associação Brasileira de Psicologia Jurídica e foi apresentado pela deputada Maria do Rosário e contou com a relatoria na Câmara dos Deputados da deputada Laura Carneiro e no Senado das senadoras Marta Suplicy e Lídice da Mata.

Por fim, no ano de 2017 foi promulgada a Lei 13.431, tal dispositivo legal, causou algumas mudanças no ECA, estabelecendo um sistema de garantia de direitos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, bem como que efetivando os procedimentos da escuta especializada e do depoimento especial.

4.2. A proposta de depoimento especial e a Escuta especializada

A Lei 13.431/2017 veio com o intuito de ajudar na proteção à criança e ao adolescente vítima ou testemunha de violência auxiliando o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Essa norma visa assegurar a proteção aos direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, no que tange a presença de direitos específicos à condição de vítima e testemunha. O legislador buscou preservar a criança e o adolescente em situação de violência, determinando que em tais casos, eles serão ouvidos por meio da escuta especializada e do depoimento especial (BUENO, 2017).

O título III, da lei 13.431/2017 é responsável por informar o que é a escuta especializada e depoimento especial. O artigo 7º conceitua escuta especializada como "o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão de rede de proteção, limitado o relato estritamente necessário para o cumprimento de sua finalidade" (BRASIL,2017).

Em outras palavras, seriam os primeiros relatos da vítima, é a entrevista que os órgãos relacionados à rede de proteção realizam com a criança ou adolescente com o objetivo de constatar indícios de violência e com isso aplicar uma medida de proteção. Por exemplo, a oitiva que o Conselho Tutelar, o CRAS, CREAS, se constatarem que houve alguma violação e a criança está ali submetida a uma situação de violação, é feita essa escuta especializada e com base nisso, já tem elementos para aplicar ou solicitar ao Ministério Público as medidas cabíveis.

Já o depoimento especial encontra-se conceituado pelo artigo 8° como "Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária" (BRASIL,2017). Por tanto, podemos dizer que o depoimento especial diferente da escuta especializada é uma oitiva mais estruturada e que deve ser realizada perante o delegado de polícia ou pela autoridade judicial (juiz) como destaca a Lei.

Por mais que tenham momentos diferentes, tanto a escuta especializada por quanto o depoimento especial possuem um único objetivo no qual consiste em garantir o direito de escuta da criança e do adolescente, de forma a evitar ou diminuir o sofrimento dessas vítimas vulneráveis, ao relembrarem da violência vivida e ao mesmo tempo contribuir para a produção de provas, sendo então necessário a utilização de técnicas específicas realizadas por profissionais capacitados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4.3. Os procedimentos especiais.

O depoimento especial seguirá um rito próprio em que diz respeito à oitiva de criança e adolescente vítima de abuso sexual, tal forma visa proteger a vítima de eventuais riscos que venham a ocorrer no curso do processo. Essa tomada de depoimento será realizada uma única vez, salvo exceção, e em forma de produção antecipada de prova, conforme exposto no item II deste artigo e explicitado na lei N° 13.431/2017, vejamos (BRASIL, 2017):

> Art. 11. O depoimento especial reger-se-á por protocolos e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado.

Diante disso, o procedimento a ser analisado inicia-se com a tomada do depoimento da vítima, esta será inquirida por um profissional especializado, normalmente um profissional de psicologia ou assistente social, em que esclarecerá à criança de seus direitos e sua participação na oitiva, sendo vedado a leitura de cópia da denúncia ou de qualquer peça processual. A dinâmica visa oferecer a criança uma maior proteção e confiabilidade no profissional e em todo aparato judicial.

Em seguida, a criança fica em um ambiente especial em uma sala simples e acolhedora em que fica apenas a psicóloga ou a assistente social que faz o acolhimento inicial e, como iniciação da tomada, explica à vítima que ela está sendo filmada e assistida pelas pessoas na sala de audiência, certificando-a por qual motivo ela se encontra no local.

Ao iniciar a escuta, o técnico de acordo com Daltoé (2007, p. 72-73) deve: (a) transmitir a ideia à criança de que a responsabilidade pelo fato é do adulto e que ela não deve se sentir culpada pelo ocorrido; (b) estar atento acerca de qualquer desconforto demonstrado pela criança no momento da inquirição, não rejeitando as emoções e o choro do infante ao narrar os fatos; (c) pesquisar acerca do perfil do acusado e o funcionamento da família que a vítima está inserida; (d) observar o intervalo de tempo decorrido entre o provável evento abusivo e o momento do depoimento, considerando questões de memória; (e) conhecer políticas públicas de atendimento à criança, bem como os possíveis encaminhamentos a serem prestados.

Os atos preceituados acima, demonstram que o profissional deve saber lidar com a criança e adolescente de forma a não revitimizar o menor, buscando apoio em seu profissionalismo em busca do adequado grau de prestação probatória.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Além do mais, o inciso III do artigo 12. Lei 13.431/2017 estabelece que a oitiva deve ser transmitida em sistema audiovisual em tempo real para a sala de audiência, preservando o sigilo da vítima. Tal medida busca veemente preservar a intimidade e privacidade da vítima, pois se trata de ato que põe em vista a dignidade sexual (BRASIL, 2017).

Cabe analisar ainda algumas considerações acerca da audiência: a assistente ou psicóloga que primeiro ouve o relato em sede de depoimento especial e depois repassa à criança ao adolescente as perguntas dos intermediários jurídicos (juiz, promotor, defensor/advogado) que ficam em outro ambiente, na sala de audiência, com acesso à imagem e som da sala especial, através da TV, em tempo real.

Todo o depoimento é gravado, pois visa que a vítima tenha contato com o acusado. A interação se dá através do ponto eletrônico (escuta) portanto, as perguntas não são feitas de forma direta à criança/adolescente, com propósito de protegê-la de questionamentos inadequados, constrangedores ou sugestionáveis que impliquem na criação ou ampliação de novos danos (POTTER, 2016).

Por fim, após a escutado depoimento especial, é realizado o acolhimento final, o qual tem a finalidade da averiguação do profissional junto à vítima e seus familiares sobre os sentimentos experimentados durante o depoimento, com a finalidade de diminuir os danos causados, podendo, ainda, o técnico realizar intervenções para que, caso necessário, seja realizado um acompanhamento psicológico ao infante e sua família (POTTER, 2016).

Dessa forma, ao analisar a colheita do depoimento especial de criança e adolescente vítima de abuso sexual diante do prisma da lei 13.431/2017, fica evidente como a lei buscou facilitar toda uma instrução probatória em busca de uma justa fase judicial e a proteção integral à vítima do ato.

4.4- Relevância no sistema jurídico brasileiro

Em face ao exposto acima, é notório a importância do Depoimento Especial na colheita da oitiva da criança e adolescente vítima de abuso sexual, pois se trata de proteção e acolhimento infanto-juvenil em busca de um procedimento judicial válido a garantir a não impunidade do abusador.

Trata-se de uma possibilidade real de atenuar o sofrimento dos milhões de crianças e adolescentes que, depois de serem agredidos, violados em suas residências, muitas vezes por pais, padrastos, tios etc., ainda submetem-se a constrangedores procedimentos processuais que, inadvertidamente, terminam por reproduzir violações de direitos, algumas vezes, mais graves do que os ilícitos penais,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

visto que que atingem mais de uma vez a saúde psicológica da vítima (FURNISS, 1993).

Dessa forma, o que se busca auferir é um procedimento justo à vítima, utilizando-se de determinadas ações conforme visto no subtópico 4.3 que auxiliam os profissionais de justiça a não revitimizar a criança e o adolescente, lhes fazendo reviver o momento do abuso e seus traumas decorrentes.

Além disso, é relevante afirmar que o crime de estupro de vulnerável, na maioria das vezes, a única prova que se considera possível de ser obtida é a prova testemunhal, logo revela-se válido que se utilize do depoimento especial em busca de valorar o testemunho da criança e adolescente, conforme visto na Apelação da Comarca do TJ/RJ:

> "Certo é que, na apuração desse tipo de crime hediondo, em regra, cometido às escondidas, na clandestinidade, o depoimento da ofendida tem grande validade e é de grande relevância e, na maioria dos casos, é a única prova existente. São crimes que exigem o isolamento, o afastamento do agressor, de sorte que negar crédito à ofendida quando aponta quem a atacou é desarmar totalmente o braço repressor da sociedade (Apelação nº 200705005438, p. 6, TJRJ)"

Tendo em vista o tópico acima referenciado é necessário captar que independente de ser feita a inquirição da criança e adolescente pelo método tradicional ou depoimento especial, este principalmente, o objetivo principal é obter uma prova testemunhal para endossar outros meios investigativos, procurando esclarecer assim evidências científicas que comprovem a ocorrência do suposto crime de abuso sexual, utilizando-se sempre de uma abordagem com protocolos existentes na lei 13.431/2017 conjuntamente com profissionais qualificados para não incorrerem a indução de falsas memórias na vítima.

Ante o exposto, em relação aos meios de prova e com base na lei 13.431/2017, se torna necessário esclarecer que o que se busca na tomada do depoimento especial, não é descobrir se o que foi declarado pela vítima é verdade ou mentira, mas o principal aspecto é acolher esse grupo com cuidados emocionais e o entrevistador (assistente social ou psicólogo) ser um facilitador para as mesmas se sentirem a vontade para expressar o que aconteceu e de que forma se gerou o processo criminal. Logo, busca-se somar a qualidade da entrevista em busca de uma comprovação de um suposto delito e de um violador de esperança e inocência das vítimas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

5.CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista as explanações acima, é necessário captar que, ao longo dos anos, mesmo após a instituição de mecanismos os quais visam à proteção à criança e adolescente, como exemplo o ECA , se tornou relevante propor a criação de uma lei que buscasse veemente a proteção de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual quando essas tivessem que depor em juízo. Sendo assim, foi instituída a lei 13.431/2017 que trata do depoimento especial e da escuta especializada, especialmente em seu título III, onde normatiza os procedimentos utilizados na tomada de depoimento infanto-juvenil.

Observa-se que em todo desenvolvimento se elaborou a seguinte questão: qual o valor do depoimento da criança e do adolescente vítima de violência sexual nas esferas judiciais? Logo quando demonstrado ser a palavra da vítima único meio de prova, a lei 13.341/2017 vem trazer métodos de garantir que o depoimento seja colhido de forma correta, sem contaminar o processo. Além disso, todo o procedimento utilizado para obter um depoimento seguro também tem um caráter protetivo em busca de não revitimizar o infante, ou seja, não causar mais danos a vítima. A lei 13.431/2017 utiliza-se de meios ágeis, como a prova antecipada, para que a oitiva da vítima seja apenas uma e o mais rápido que possível, ao contrário de outros crimes da legislação penal que se utilizam de várias tomadas de depoimento.

O objetivo da presente pesquisa se tornou válido para que os órgãos da justiça criminal reconheçam a importância da tomada dos depoimento especial na oitiva da criança e adolescente de forma a contribuir aos Juízes, auxiliares da justiça, promotores, defensores e advogados a verdade real do fatos, protegendo principalmente a vítima, punindo culpados e absolvendo inocentes.

De fato, atualmente, mesmo depois de três anos da promulgação da lei, não há como se provar que as comarcas da justiça criminal dos Estados e Municípios estejam utilizando da tomada do depoimento especial. Ao longo de todo trabalho de pesquisa, não encontrou-se dados quanto ao número de depoimentos colhidos utilizando-se dos procedimentos especiais. É importante, mais uma, vez salientar que a lei veio pra minimizar e atenuar as consequências psicológicas para a vítima de um errôneo aparato judicial e portanto, novos estudos devem ser realizados para demonstrar a eficácia da lei 13.431/2017 e, além disso, buscar viabilizar a utilização por todo o sistema judicial dos métodos de depoimento especial e escuta especializada.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, M. R. F. et al. **Violência sexual contra criancas e adolescentes**. Porto Alegre. Artmed, 2010.

BRASIL. Decreto Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acessado em 10 de maio de 2020.

BRASIL. Decreto Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acessado em: 23 de maio de 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 23 de maio de 2020.

BRASIL. Decreto n° 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acessado em: 14 de maio de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Violência intrafamiliar: orientações para prática em serviço. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd05_19.pdf. Acessado em: 20 de maio de 2020.

BRASIL. Recomendação Nº 33 de 23 de novembro de 2010. Fonte: DJE/CNJ nº 215/2010, de 25/11/2010, p. 33-34. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/878. Acessado em: 23 de maio de 2020.

BRASIL. Lei n° 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). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 14 de maio de 2020.

BRASIL. Ministério divulga dados de violência sexual contra crianças e adolescentes. FONTE: **Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos**. Publicado em: 18 de maio de 2020. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/ministerio-divulga-dados-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes. Acessado em: 19 de maio de 2020.

BORBA, M. R. M. O duplo processo de vitimização da criança abusada sexualmente: pelo abusador e pelo agente estatal, na apuração do evento delituoso. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/3246. Acesso em: 23 maio 2020.

CÂMARA, G. G. Lei 13.431 tem longo caminho para ser efetiva sem causar injustiças. **Consultor Jurídico**. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-abr-23/processo-familiar-lei-13431-longo-caminho-efetiva-causar-injusticas#author. Acessado em: 17 de maio de 2020.

CASTRO, H. H. M.; LÉPORE. P. E. Lei protege criança e adolescente vítima ou testemunha de violência. **Consultor Jurídico**. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-abr-06/lei-garante-protecao-menor-vitima-ou-testemunha-violencia. Acessado em: 10 de maio de 2020.

CHILDHOOD. EM VIGOR A LEI 13.431/17: Em abril de 2018, entrou em vigor a Lei Federal 13.431/2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violências. Publicado em: 09 de out. de 2018. Disponível em: https://www.childhood.org.br/em-vigor-a-lei-13.43117. Acessado em: 23 de maio de 2020.

DALTOÉ, J. A. C. **Depoimento sem dano**: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FURNISS, T. **Abuso sexual da criança**: uma abordagem multidisciplinar. Porto Alegre; Artes Médicas, 2004.

LOPES, A. J; **Direito processual penal**. 16. Edição. São Paulo. Saraiva Educação, 2019.

BUENO, Luciana. O DEPOIMENTO ESPECIAL EM FACE DA LEI Nº 13431/2017. 2017. 58 folhas. Universidade do Sul de Santa Catarina, Palhoça, 2017.

MELLO, F. A. Atenção aos sinais: as várias formas de violência contra crianças e adolescentes, sujeitos em condição peculiar de desenvolvimento. **Âmbito Jurídico**. 2017. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-160/atencao-aos-sinais-as-varias-formas-de-violencia-contra-criancas-e-adolescentes-sujeitos-em-condicao-peculiar-de-desenvolvimento/. Acessado em: 19 de maio de 2020.

MINISTÉRIO PUBLICO DO PARANÁ. **Fluxo para implementação da lei nº 13.431/2017 objetivos:** Proteção através da redução da revitimização com a ouvida da vítima ou testemunha no menor número de vezes possível. Ministério Público do

Paraná, 2019. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1413.html. Acessado em: 20 de maio de 2020.

NUCCI, G. S. **Curso de direito penal**: Parte Especial Arts. 213 a 361 do Código Penal. Vol. 3. 3ª edição. Rio de Janeiro. Saraiva. 2018.

NUCCI, G. S. **Curso de direito processual penal**. 17. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, L. M. S. **Violência doméstica contra a criança e o adolescente**. Recife: EDUPE, 2002. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/violencia_criancas_adolesc.pdf. Acessado em: 20 de maio de 2020.

REIS, A. C. A.; GONÇALVES, V. E. R.; **Direito processual penal esquematizado.** coordenador Pedro Lenza. DIREITO PROCESSUAL PENAL: esquematizado. 5. Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

Stein, L. M. FALSAS MEMÓRIAS: **Fundamentos científicos e as suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre, RS: Artmed. 2010.

STERNBERG, R. **Psicologia cognitiva**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul. 2000.

www.conteudojuridico.com.br

O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES E A BUSCA DA EFICIÊNCIA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

PEDRO RIBEIRO DE SOUSA SANTOS JÚNIOR

MARIANA MELO MIRANDA PARENTE
(coautora)

Artigo de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário UNINOVAFAPI, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Msc. ALEXANDRE AUGUSTO BATISTA DE LIMA

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar a importância do procedimento licitatório do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, tendo por base a busca por uma maior eficiência para os contratos de licitação da Administração Pública, fundado na Lei nº 12.462/2011. Para tanto, fez-se o uso de pesquisa bibliográfica, legislações vigentes e artigos científicos, no qual aplicou-se uma abordagem qualitativa, de caráter exploratório e descritivo. Após a análise da documentação pertinente, enobreceu-se a respeito das contratações públicas da Administração com base na Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas e na Lei Geral de Licitações. Logo após, retratou-se o surgimento do Regime Diferenciado de Contratações Públicas em meio a morosidade do procedimento licitatório da Lei nº 8.666/1993, por conseguinte aduziu-se a respeito dos conceitos, objetos, objetivos e procedimento do RDC, bem como as modalidades que abrangem esse novo regime de licitação, destacando-se o contrato de eficiência, a contratação integrada, a remuneração variável e o orçamento sigiloso, assim como algumas críticas a essas inovações. Diante do exposto, demonstrou-se que esse novo regime de licitação trouxe mais celeridade ao procedimento licitatório, agindo de acordo com os princípios da publicidade, eficiência, economicidade e o da proposta mais vantajosa à Administração Pública.

Palavras-chave: Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Eficiência. Procedimento Licitatório. Celeridade.

1 INTRODUÇÃO

O procedimento licitatório era entendido pela população brasileira como demasiadamente burocrático, sem oferecer aos concorrentes a necessária eficiência

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

e o resultado imediato para a realização dos eventos desportivos que iremos discorrer ao longo desse artigo científico.

A partir de 2011, foi possível perceber consideráveis alterações com a Lei nº 12.462/2011, Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Dentre essas, destaca-se o fato de o RDC ser admissível às licitações e aos contratos necessários para a realização das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), assim como um notório aumento da eficiência dos procedimentos licitatórios (BRASIL, 2011).

O PAC foi criado no segundo mandato do até então presidente Luís Inácio Lula da Silva, que foi responsável pela retomada do planejamento e execução de grandes obras de infraestrutura, contribuindo para o desenvolvimento acelerado e sustentável do território brasileiro.

Deste modo, fora demandado à população a função de fiscalizar a Lei nº 12.462/2011 (Brasil, 2011), bem como as outras leis em suas variadas partes, fazendo surgir diversas problemáticas, quais sejam: O RDC favorece, de alguma forma, a celeridade nas contratações públicas? Havia mesmo a necessidade da inclusão de um novo regime de licitação?

O tema apresentado é de enorme poder valorativo para o ordenamento jurídico brasileiro, tornando imprescindível uma ampla e merecida discussão em razão de ser um assunto não muito conhecido nacionalmente, mas que oferece bastantes controvérsias, levantando inúmeros questionamentos.

Ressalta-se a relevância do presente trabalho por trazer a conhecimento da sociedade um assunto que, embora tenha grande poder valorativo, pouco se conhece. Tema este a ser abordado ao longo deste artigo, objetivando uma maior compreensão da sociedade acerca do Regime Diferenciado de Contratações, na busca por uma maior eficiência frente as contratações públicas.

O presente trabalho acadêmico tem por objetivo geral analisar a importância do Regime Diferenciado de Contratações nos procedimentos licitatórios. Além disso, tem por objetivo específico caracterizar as inovações no procedimento licitatório, a partir do Regime Diferenciado de Contratações, bem como objetiva analisar os benefícios da celeridade trazida pelo RDC aos procedimentos licitatórios.

Para tanto serão abordados doutrinadores como: Benjamin Zymler, Emerson Gabardo, Hely Lopes Meirelles, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José dos Santos Carvalho Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Marçal Justen Filho. A respeito da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

metodologia valeu-se de métodos dedutivos da técnica de pesquisa bibliográfica e documental pertinente.

Além desta parte introdutória, o presente trabalho terá mais três tópicos. Os tópicos iniciais tratarão da identificação dos conceitos, bem como dos princípios e procedimentos relacionados ao Regime Diferenciado de Contratação. Posteriormente, tratar-se-á sobre a eficiência nos contratos de licitação.

2 PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ao longo deste tópico iremos discorrer sobre os procedimentos licitatórios ordenamento jurídico brasileiro, englobando as modalidades de licitações públicas dispostas na Lei Geral de Licitações, e relatando a relação das licitações com o princípio da eficiência no Brasil (BRASIL, 2011).

A Administração Pública tem por objetivo atender às necessidades da sociedade, portanto, é inevitável que consiga cumprir por conta própria, considerando o fato de serem solicitações abrangentes. Em razão disso, procura recorrer a terceiros a fim de satisfazer a todos os pedidos, celebrando contratos por meio de licitações.

Conforme entendimento do doutrinador Justen Filho (2017, p. 546), a licitação é denominada como:

> A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Carvalho Filho (2015) também conceitua licitação como o procedimento administrativo vinculado no qual os administrados e a Administração Pública selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com o objetivo de celebrar o contrato, ou a obter o melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

A partir do entendimento sobre o que seria a licitação, à luz dos doutrinadores supracitados, podemos levar em consideração que as licitações públicas têm por finalidade alcançar a proposta mais vantajosa, respeitando o princípio da isonomia entre os licitantes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É de suma importância citarmos ainda o objeto do contrato da licitação que, segundo o jurista Meirelles (2016), pode ser definido como obra, serviço, a compra, a alienação, a concessão, a permissão e a locação que afinal, será contratada com o particular, devendo respeitar o disposto no art. 2º da Lei nº 8.666/1993, vejamos:

> Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei (BRASIL, 1993).

Insta salientar que a licitação está regulamentada na Lei nº 8.666/1993, Lei Geral das Licitações, bem como citada na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 22, inciso XXVII, que traz a seguinte afirmação: "competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais para todos os entes da Federação" (BRASIL, 1988; BRASIL, 1993).

Ressalta-se, nos termos da Lei Geral de Licitações, as diferentes modalidades de licitação pública, conforme disposto nos incisos I, II e III do artigo 22 da referida lei, quais sejam: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão (BRASIL, 1993).

Segundo Carvalho Filho (2015, p. 281), lustre-se concorrência como: "Concorrência é a modalidade de licitação adequada a contratações de grande vulto". Destaca-se que essa modalidade é uma das práticas mais utilizadas atualmente, pelo fato de que qualquer interessado poderá participar da licitação, se estiver habilitado para tanto, salienta-se que essa modalidade está devidamente citada no artigo 22, §1º da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993).

No que diz respeito aos valores destinados para a modalidade concorrência, deverá ocorrer nas licitações para serviços de engenharia com valores acima de R$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais). Essa modalidade ainda se torna imprescindível quando se tratar de contratações dos demais serviços e produtos, sendo obrigatório para valores acima de R$ 1.430.000,00 (um milhão e quatrocentos e trinta mil reais).

Conforme entendimento de Di Pietro (2018), tomada de preços é a modalidade de licitação realizada entre interessados devidamente cadastrados ou que preencham os requisitos para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação disposta no art. 22, §2º da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Salienta-se que, a partir da Lei Geral de Licitações, o procedimento da tomada de preços é mais complexo, no que tange aos demais, tendo em vista que a comissão de licitação deve analisar toda a documentação antes de aceitar a participação dos licitantes (BRASIL, 1993).

Em se tratando ainda da modalidade de tomada de preços, os valores designados para os serviços de obras e de engenharia devem ser de até R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), quanto às compras e demais serviços estes devem ser de até R$ 650.000,000 (seiscentos e cinquenta mil reais).

No que concerne à modalidade do convite, esta é compreendida, pela maioria dos doutrinadores, como aquela que exige um número mínimo de três interessados do ramo pertinente a seu objeto, que podem ser cadastrados ou não, escolhidos dentre os demais ou também podem ser convidados.

Bem como é capaz de participar do procedimento licitatório da modalidade convite aqueles que não forem convidados, mas que estiverem cadastrados na especialidade em questão e manifestarem interesse até 24 horas antes da apresentação das propostas, conforme disposto no artigo 22, §3º da Lei 8.666/1993 (BRASIL, 1993).

Quanto aos valores fixados em lei, a modalidade convite tem como valores para obras e serviços de engenharia de até R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), quanto às compras e demais serviços, estes podem ser de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

A modalidade concurso é prevista como uma espécie de licitação que concerne sobre o procedimento licitatório com a finalidade de escolher uma atividade de trabalho técnico, científico ou artístico, dentre os quais institui prêmio ou remuneração àquele licitante que melhor se sobressair, está devidamente descrita no artigo 22, §4º da referida lei (BRASIL, 1993).

Leilão é a modalidade licitatória utilizada predominantemente para a venda de móveis inservíveis à Administração Pública, isto é, os bens que não tenham destinação pública definida, também conhecidos como bens dominicais, ou ainda para a venda de produtos legalmente apreendidos ou penhorados.

As vendas dos leilões podem se referir também para a alienação de bens imóveis prevista no artigo 19 da Lei nº 8.666/1993, a quem oferecer o maior lance, lance igual ou superior ao valor da avaliação. Ressalta-se que esta modalidade está contida no artigo 22, §5º desta aludida lei (BRASIL, 1993).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O pregão é uma modalidade inovadora por não estar elencado no rol do artigo 22 da Lei nº 8.666/1993, e sim em uma lei específica qual seja a Lei nº 10.520/2002. Essa modalidade é aplicada aos órgãos da administração pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas pela União, seja de forma direta ou indireta (BRASIL, 1993; BRASIL, 2002).

O pregão é usado para a aquisição de bens e serviços comuns de qualquer valor em que a disputa é realizada em uma sessão pública, onde ocorrem propostas e lances, para posteriormente classificar e habilitar os licitantes, escolhendo a proposta de menor preço e melhor técnica. Salienta-se que o procedimento da escolha do licitante poderá ocorrer de maneira presencial ou eletrônica.

Dentre os critérios exigidos para a formalização do procedimento licitatório, está a busca da eficiência nos contratos. A eficiência, no âmbito da administração pública, vem elencada no caput do artigo 37 da Constituição Federal: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência" (BRASIL, 1988).

A partir da leitura do artigo em tela, resta claro que todos esses princípios supramencionados norteiam a Administração Pública, bem como devem orientar os procedimentos licitatórios. Salienta-se que o resultado eficaz desse procedimento é um dever legal e, caso seja descumprido, ficará sob pena de irregularidade e nulidade, devendo ainda o licitante prestar contas à população.

Sendo assim, é de suma grandiosidade citarmos o que o doutrinador Emerson Gabardo (2010) menciona sobre o princípio da eficiência onde, segundo ele, a previsão expressa do princípio da eficiência não inovou normativamente o sistema, pois de longa data reconhecia a doutrina que ele já se encontrava implícito, ou, ao menos, topicamente disposto em alguns dispositivos esparsos e com redação particularizada. Mas não se pode negar a ampliação de seu potencial de efetividade normativa ou mesmo a importância simbólica de sua inserção explícita no texto constitucional.

É importante evidenciar o entendimento de doutrinadores a respeito do Princípio da Eficiência, a fim de ter um maior entendimento sobre este:

> Não bastam honestidade e boas intenções para a validação de atos administrativos. Exige-se a solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos. Toda atividade administrativa envolve uma relação sujeitável a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> enfoque de custo-benefício. O desenvolvimento da atividade implica a produção de custos em diversos níveis. Assim, há custos relacionados com o tempo, com a mão de obra etc.
>
> A eficiência consiste em considerar a atividade administrativa sob o prisma econômico, político, ambiental e social. Como os recursos públicos são escassos, é imperioso que sua utilização produza os melhores resultados econômicos, do ponto de vista quantitativo e qualitativo (JUSTEN FILHO, 2017, p. 553).

Portanto, nota-se que a eficiência está relacionada ao fato de atingir os resultados almejados, durante a formação do procedimento licitatório, por meio do uso da agilidade dos licitantes, bem como do poder público, apresentando resultados satisfatórios aos administrados, sempre em busca do melhor custo-benefício.

A eficiência é essencial para o bom andamento do processo licitatório, posto que a Administração Pública tem que regular suas ações conforme o objetivo de atingir o melhor resultado possível, utilizando-se do custo-benefício como um todo, com qualidade, rapidez, processo menos burocrático e a eficácia de fato.

No entanto, o procedimento licitatório da Lei Geral de Licitações é moroso, e em virtude disso, criou-se a Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, para fazer surgir de fato a eficácia a ser retratada ao longo desse artigo (BRASIL, 1993; BRASIL, 2011).

3 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO E A BUSCA DA EFICIÊNCIA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

O presente tópico pretende demonstrar como o Regime Diferenciado de Contratação promove a busca pela eficiência nas contratações públicas, fazendo uma análise do RDC como um todo, citando seus objetivos, objeto de estudo e inovações, visando demonstrar a extensa busca pela celeridade.

Não obstante, as condições fixadas no instrumento convocatório das modalidades citadas no tópico anterior justificam a demasiada complexidade destes atos da administração pública. Tendo em vista a complexidade dos procedimentos normativos para a realização das licitações, o governo federal optou por sancionar em 4 de agosto de 2011 a Lei nº 12.462, Lei de Regime Diferenciado de Contratações Públicas, fruto da conversão da Medida Provisória nº 527/2011 (BRASIL, 2011).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O RDC é uma modalidade que tem a faculdade de ser adotado e, caso seja isso ocorra, deverá seguir os parâmetros da Lei nº 12.462/2011 que o regulamenta. Em se tratando de situações que regem o processo licitatório e que não constem na lei supramencionada, deverá haver a aplicação subsidiária do que dispõe a Lei Geral de Licitações, conforme disposto no artigo 1º, §2º da Lei nº 12.462/2011 (BRASIL, 2011).

Salienta-se que há exceções para a referida aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93 ao RDC, isso em relação ao que dispõe o artigo 39 da Lei nº 12.462/11, no qual fica permitida a aplicação subsidiária da Lei Geral de Licitações quanto aos contratos administrativos do RDC (BRASIL, 1993; BRASIL, 2011).

O doutrinador Justen Filho (2016, p. 165) traz um entendimento no que diz respeito às eventuais lacunas deixadas pela Lei do Regime Diferenciado de Contratações (Brasil, 2011), vejamos:

> Entretanto, o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabelece: "Quando a lei foi omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito". Ou seja, na eventual constatação de lacuna jurídica quando da aplicação do Regime Diferenciado, não se pode descartar a aplicação da Lei nº 8.666/1993 de forma analógica.

Portanto, é possível verificar que, quanto às normas do direito brasileiro em geral, quando não houver lei específica que o regulamente, ou quando houver lacunas na lei que impossibilitem a aplicação dela, é necessário fazer analogia para que o direito seja aplicado da forma mais adequada.

Ademais, o artigo 3º da Lei do Regime Diferenciado de Contratações (Brasil, 2011) expõe que a referida é guiada pelos princípios do caput do art. 37 da CRFB/88, bem como outros de suma importância, vejamos:

> 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 (BRASIL, 2011).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Identifica-se que o princípio da eficiência já está contido nesta lei. Porém, de maneira geral, a eficiência é o princípio norteador do RDC, como veremos ao decorrer deste artigo (BRASIL, 2011).

3.1 Definição do objeto e do alcance do regime diferenciado de contratações públicas

O subtópico em evidência irá retratar os objetos e os objetivos da lei nº 12.462/2011, dando ênfase nos princípios que norteiam esses objetivos, quais sejam o princípio do sigilo do orçamento da copa e o princípio da publicidade (BRASIL, 2011).

A lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas instituiu nos incisos I, II, III e IV do artigo 1º os objetivos desta lei em análise, quais sejam:

> I – ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;
>
> II – promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público;
>
> III – incentivar a inovação tecnológica; e
>
> IV – assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública (BRASIL, 2011).

Assim, quando o legislador teve a ideia de colocar como um dos objetivos a ampliação da eficiência nas contratações públicas, entende-se que seu objetivo era o de lapidar os procedimentos licitatórios já existentes, por meio do uso da eficiência.

Com relação aos incisos II e III, compreende-se que o legislador procurou buscar a melhor contratação com base nos melhores preços e benefícios, bem como, priorizando licitantes que fazem o uso da tecnologia de fato (BRASIL, 2011).

O inciso IV trata-se de uma complementação de todos os outros incisos e uma forma de continuação do que dispõe a lei nº 8.666/1993, que sempre deve respeitar os princípios que regem a administração pública, assim como princípios elencados pelo artigo 3º da Lei 12.462/2011, citados acima (BRASIL, 1993; BRASIL, 2011).

A referida lei foi editada exclusivamente para as licitações e contratos necessários para a realização dos eventos sediados no Brasil, tais como: Copa das

Confederações no ano de 2013, Copa do Mundo Fifa em 2014 e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, tal como as obras de infraestrutura de aeroportos das capitais dos estados localizados até 350 km das cidades sede das competições mundiais, conforme disposto no artigo 1º da legislação em tela (BRASIL, 2011).

A ilustre Maria Sylvia Zanella di Pietro (2018, p. 444), referencia o RDC de maneira similar, vejamos a seguir:

> O Regime Diferenciado de Contratações (RDC) foi estabelecido pela Lei nº 12.462, de 4-8-11, originalmente, apenas para licitações e contratos necessários a realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da copa das Confederações da Fifa de 2013, da Copa do Mundo Fifa de 2014 e das obras de infraestrutura e de contratação de serviços para aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos referidos campeonatos mundiais.

Nota-se que o RDC foi "originalmente" criado para uma finalidade administrativa específica, como aduz a autora acima, todavia, a Lei nº 12.462/2011 não se limita somente a estes eventos ou serviços elencados pela autora, sendo bem mais amplo o campo de aplicação desta lei, ou seja, o regime fora estendido posteriormente para outra áreas, sem qualquer desvio de natureza (BRASIL, 2011).

O fato do objeto do RDC, que inicialmente seria somente o disposto no artigo 1º, incisos I, II e III da referida lei, abranger, posteriormente, outras obras como as ações integrante do PAC e os serviços e obras de engenharia do sistema público de ensino e do SUS, levantou enorme questionamento de doutrinadores, no que diz respeito a abrangência indiscriminada do RDC, alterando o rumo inicial que seria unicamente direcionado aos jogos desportivos (BRASIL, 2011).

Salienta-se que a matéria envolvida pela Medida Provisória nº 527/2011 já havia sido discutida em outras 4 (quatro) medidas provisórias anteriores, mas que, no entanto, não foram aprovadas pelo Congresso Nacional, sendo uma dessas MPs não apreciada inclusive por motivos de lapso temporal (BRASIL, 2011).

No entanto, o questionamento feito seria a relevância e urgência do Congresso Nacional para com a Medida Provisória em questão, pelo fato de não ter sido aprovada anteriormente, e por motivos de conveniência e oportunidade, fora aprovada dentro do prazo de um pouco mais de um mês.

Outrossim, é importante ressaltarmos que o objeto do RDC deve ser retratado, no instrumento convocatório, de maneira expressa, conforme citado no artigo 5º da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

referida lei: "O objeto da licitação deverá ser definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias" (BRASIL, 2011). Neste caso, o legislador procurou delimitar o objeto da licitação, a fim de evitar quaisquer "especificações excessivas" e fraudes nas licitações.

A partir do entendimento do legislador, e com a finalidade de evitar fraudes, o artigo 6º veio propor o chamado "Sigilo do Orçamento da Copa", que dispõe o seguinte:

> Observado o disposto no §3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o cancelamento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.
>
> §3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno (BRASIL, 2011).

O Sigilo do Orçamento da Copa é assim intitulado devido ao legislador ter sentido uma necessidade de manter em sigilo o acesso ao orçamento das propostas pelos licitantes, sob o argumento de haver uma possível espécie de "cartel", caso o valor das propostas fosse divulgado para aqueles. Ocorrendo o cartel, as empresas poderiam ajustar o valor do produto a ser licitado. Ressalta-se que esse princípio do sigilo das propostas é uma exceção ao princípio da publicidade.

O princípio da Publicidade é um princípio constitucional, citado na Constituição Federal em seu artigo 37, no qual, conforme o Princípio da Supremacia Constitucional, a Constituição Federal é a Carta Magna e deve sempre prevalecer o seu entendimento, com relação às demais leis. Caso o texto constitucional seja contrariado, estaria ocorrendo a inconstitucionalidade, devido a uma ofensa à lei maior (BRASIL, 1988).

No entanto, o princípio do sigilo orçamentário levanta inúmeros questionamentos, devido ao fato do sigilo não ser abrangido também pelos órgãos do controle interno e externo da Administração Pública, podendo ocorrer uma violação de fato, ao "vazar" a estimativa do valor da licitação. Bem como o fato de estar infringido o princípio da publicidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Entende-se que o §3º do artigo 6º da Lei nº 12.462/2011 está violando o artigo 3º da referida lei, isto é, ocorre uma afronta ao princípio da publicidade ao deixar os órgãos da administração pública terem acesso ao orçamento. Entende-se, portanto, que negar a publicidade ou deixar em sigilo pode ser compreendido como uma forma de desrespeito às normas constitucionais, bem como as próprias normas contidas na Lei (BRASIL, 2011).

Como forma de solucionar essa controvérsia, é recomendável que a administração pública não faça o uso do sigilo orçamentário, que de fato não está ocorrendo, basta que adeque os preços aos do mercado, assim como ocorre nos procedimentos licitatórios elencados na Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993).

3.2 Inovações do RDC frente ao procedimento licitatório

O subtópico em apreço irá abordar as principais inovações do Regime Diferenciado de Contratação Pública, que contribuíram para a celeridade do procedimento licitatório desse regime.

Ao iniciarmos esse tópico, é necessário deixarmos claro a natureza jurídica do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, que é proveniente da licitação, em razão de ser uma nova modalidade desta, mas com lei específica para tanto, tal qual a Lei nº 12.462/2011 (BRASIL, 2011).

De acordo com os ensinamentos dos doutrinadores Knippel; Araujo; Zelante (2014), a Lei nº 12.462/2011 introduziu um novo modelo de licitação menos complexo, o que provocou a alteração de dispositivos gerais contidos na Lei nº 8.666/1993, nas hipóteses expressamente previstas para sua incidência. Sendo assim, ao longo deste tópico iremos abordar as inovações da Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, frente à Lei Geral de Licitações (BRASIL, 1993; BRASIL 2011).

Preliminarmente é importante ressaltarmos uma alteração considerável que foi a reforma legislativa na área de licitações e contratações públicas, trazendo consigo a necessidade de uma maior eficiência do que dispõem as licitações citadas na Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993).

A eficiência nas licitações, deste modo, foi uma inovação bastante significativa no procedimento licitatório, visto que, como já dito anteriormente, o procedimento licitatório é bastante moroso, e em virtude dos jogos desportivos, necessitava-se de uma maior eficácia para que os referidos jogos pudessem ser recepcionados pelas cidades brasileiras, com a finalidade de seguir o padrão internacional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Essa necessidade da eficiência nas licitações mudou, inclusive, a visão geral sobre todas elas, tornando-se, desta forma, inevitável que ocorra um meio de comparação e uma forma anseio em querer tornar as licitações mais eficientes, atendendo às necessidades da população.

Outra novidade significativa trazida pela referida Lei foi a Contratação Integrada, que pode ser definida, de acordo com o artigo 9º da Lei nº 12.462/2011, como um contrato de empreitada de obras e serviços de engenharia, onde a Administração Pública contrata um particular para cumprir com obrigações firmadas em contrato de licitação, qual seja a elaboração de projetos básicos e executar esses objetos, mediante remuneração que depende de operações em condições predeterminadas (BRASIL, 2011).

É possível concluir, a partir da leitura de artigos científicos, que na Contratação Integrada, os licitantes estabelecem o design e constroem os bens, com a finalidade de executar as exigências do governo com êxito. Ocorre a elaboração e o desenvolvimento do anteprojeto de engenharia; a execução de obras e serviços de engenharia; a montagem; a realização de testes; a pré-operação e todas as demais medidas que ensejam a entrega final do objeto (NOBREGA, 2015).

Uma vantagem trazida por essa Contratação Integrada, seria o fato de a empresa assumir as responsabilidades do objeto como um todo, tanto pela elaboração do projeto em si, como também pela execução do projeto pelo particular. O Governo, então, deixa de assumir as responsabilidades e os gastos decorrentes de erros alheios, e passaria a responsabilizar somente aquele que o realizou, na contratação integrada.

Sendo assim, o Contratado não poderia solicitar recursos econômicos a mais, com a justificativa de Reequilíbrio Econômico Financeiro, em razão dos erros do projeto do Governo, visto que ele é o principal responsável pela execução e pelo referido projeto. Reduzindo, inclusive, os gastos governamentais.

Salienta-se ainda que outro benefício trazido pela Contratação integrada seria a economia de tempo, considerando que o setor privado irá elaborar e executar o objeto do contrato. Tornando-se mais benéfico, pois a empresa elabora o projeto com vistas a forma mais racional e adequada para executá-lo.

Apesar das inovações mencionadas ao longo desse subtópico, é de grande valia citarmos também as desvantagens trazidas pela Contratação Integrada. Uma delas se refere a uma afronta direta a um dos princípios resguardados pela Lei do RDC, qual seja o Princípio da Isonomia entre os licitantes (BRASIL, 2011).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Isso se deve a importância trazida pelo design nos objetos das licitações, no qual são poucos os profissionais ou empresas que tem a capacidade de elaborar os designs com tanta precisão, afastando consigo os potenciais participantes desse regime de licitação (NOBREGA, 2015).

É de grande apreço alçarmos o disposto no artigo 10 da referida lei, que acolhe entendimentos acerca da Contratação com Remuneração Variável, que, baseada em certos requisitos, tais como: metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega predeterminados, podem gerar a obtenção de benefícios adicionais no que diz respeito a variação na remuneração dos serviços prestados com base nesses critérios acima mencionados (BRASIL, 2011).

Insta deixar em enfoque que o contrato de remuneração variável se distingue do contrato comum, uma vez que a Administração Pública prescreve protótipos mínimos de qualidade aceitável.

Assenta-se que a vinculação da remuneração à obtenção de uma vantagem previamente determinada pode ser a solução mais vantajosa tanto para o tomador quanto para o prestador (SCHWIND, 2011).

Por fim, é possível concluirmos que ainda que haja incertezas quanto à remuneração efetivamente devida, deve haver um limite orçamentário para o dispêndio de recursos públicos, em razão de ser uma questão de responsabilidade fiscal (SCHWIND, 2011).

As Medidas Provisórias são atos normativos com força de lei editadas pelo Presidente da República em situações de relevância e urgência. Elas têm efeitos jurídicos imediatos, mas necessitam da apreciação posterior da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, para se converterem definitivamente em lei ordinária, conforme disposto no artigo 62 da Constituição Federal de 1988 (BALERA, 2009; BRASIL, 1988).

Em razão da pandemia causada pelo Covid-19, ou também conhecido como Coronavírus, a Medida Provisória nº 967/2020 foi autorizada pelo Ministro da Economia Paulo Guedes e editada pelo até então Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, entrando em vigor no dia 7 de maio de 2020 (BRASIL, 2020).

A referida Medida Provisória traz consigo o seguinte teor no que tange ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 1º Ficam autorizados à administração pública de todos os entes federativos, de todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos:
>
> III - a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, para licitações e contratações de quaisquer obras, serviços, compras, alienações e locações (BRASIL, 2020).

A partir da análise da Medida Provisória mencionada, extrai-se que a aplicação do RDC nessa Medida Provisória realizou-se para as licitações e contratações de quaisquer obras, serviços, compras e alienações realizadas no Brasil durante o período de calamidade pública, independentemente de órgão, poder ou ente federativo (ZIMMER, 2020).

3.3 O procedimento do regime diferenciado de contratações públicas e a busca pela celeridade

O subtópico em pauta irá abordar as fases do procedimento de licitação do Regime Diferenciado de Contratação. Ao introduzirmos a esta subdivisão, é vultoso alegarmos que a Lei do RDC estabelece um mecanismo independente das demais legislações vigentes, cujos artigos contidos na mesma, devem ser interpretados de uma maneira mais coesa (PEREIRA, 2013; BRASIL, 2011).

O artigo 12 da Lei nº 12.642/2011 (Brasil, 2011), cita as fases do procedimento licitatório do RDC a ser seguido pelos licitantes, vejamos:

> Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem:
>
> I - preparatória;
>
> II - publicação do instrumento convocatório;
>
> III - apresentação de propostas ou lances;
>
> IV - julgamento;
>
> V - habilitação;
>
> VI - recursal; e
>
> VII - encerramento.

> Parágrafo único. A fase de que trata o inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado, anteceder as referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório (BRASIL, 2011).

O parágrafo único do artigo supramencionado ilustra uma das inovações da Lei nº 12.462/2011, qual seja o ato de Inversão das Fases. Nesse processo, o procedimento de Habilitação do Edital poderá anteceder a apresentação das propostas ou lances, ou mesmo adiantar o Julgamento do Edital, mediante ato motivado (BRASIL, 2011).

Preliminarmente, é de grande valia fazermos alusão a fase de preparação do procedimento licitatório do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Nessa fase, inicialmente, os documentos são preparados para que o edital seja lançado. Logo após, a administração pública convoca os interessados e disponibiliza as informações sobre a licitação em questão. Então, o instrumento convocatório é publicado para que ocorra a fase da apresentação das propostas ou dos lances.

Nesse momento, de acordo com a Inversão de Fases, a habilitação dos licitantes poderá ocorrer, conforme ocorre na modalidade do Pregão. Sendo assim, os envelopes que contém as propostas de preços dos participantes são abertos. Faz-se a escolha do licitante que tiver o melhor preço e a melhor técnica, para que, posteriormente, se proceda à verificação dos documentos da habilitação.

Nessa fase de habilitação, ocorre a apresentação da documentação daquilo que foi proclamado no julgamento, conforme disposto no artigo 14, inciso II da Lei nº 12.462/2011. Ressalta-se que esse procedimento da habilitação é uma formalidade jurídica necessária para que o licitante vencedor goze do direito de firmar o contrato de licitação (BRASIL, 2011).

Ressalta-se que, é cabível a propositura de um único recurso, ao final do resultado do proclame licitatório, com a finalidade de recorrer ao pedido de pré-qualificação dos interessados, conforme disposto no artigo 27 da referida lei, que dispõe:

> Art. 27. Salvo no caso de inversão de fases, o procedimento licitatório terá uma fase recursal única, que se seguirá à habilitação do vencedor.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Parágrafo único. Na fase recursal, serão analisados os recursos referentes ao julgamento das propostas ou lances e à habilitação do vencedor (BRASIL, 2011).

Após o exaurimento dos recursos administrativos, o procedimento licitatório será encerrado e encaminhado à autoridade superior para que sane as irregularidades; anule o procedimento em todo ou em parte, por vício sanável; revogue o procedimento por motivos de conveniência ou oportunidade; ou adjudique o objeto e homologue a licitação, conforme dispõem os incisos do artigo 28 da Lei nº 12.462/2011 (ARAÚJO, 2014; BRASIL, 2011).

Sendo assim, é possível concluirmos que o procedimento da inversão de fases é uma regra, e não uma faculdade estabelecida no RDC. Além disso, surgiu com a finalidade de caminhar junto a celeridade, para que as contratações públicas pudessem ser executadas com uma maior rapidez, tendo em vista que o processo de habilitação dos licitantes é uma das fases mais demoradas da licitação, em razão da análise necessária de todos os documentos dos interessados. Ressalta-se também que a habilitação prévia dos licitantes deverá ser justificada, deixando claro a necessidade da motivação do ato.

No entanto, há divergências quanto a essa inversão de fases, pois a análise preliminar da proposta dos particulares pela administração pública, poderá acarretar algum prejuízo aos licitantes, no que diz respeito à análise dos critérios necessários para a habilitação.

4 O JULGAMENTO PELO MAIOR RETORNO ECONÔMICO E A CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS DE EFICIÊNCIA NO RDC COMO PRESSUPOSTO DE UMA CONTRATAÇÃO PÚBLICA EFICIENTE

No tópico vigente iremos abordar outra inovação da Lei do RDC, que é a faculdade do contratado em adotar o contrato de eficiência nos procedimentos do Regime Diferenciado de Contratação. Salienta-se que esse contrato deve utilizar, exclusivamente, o critério do julgamento pelo maior retorno econômico para a administração, de acordo com o artigo 18, inciso V da Lei nº 12.462/2011 (BRASIL, 2011).

O contrato de eficiência é uma espécie de contratação de licitantes, no qual eles devem promover a busca por melhorias na execução dos contratos licitatórios, para que a eficácia seja aumentada e os custos de produção sejam reduzidos. Logo, é considerado um contrato de risco em que o contratado assume a responsabilidade pela redução de determinada despesa corrente da contratante (ZYMLER, 2013).

Sendo assim, caso o particular cumpra com o disposto no contrato, receberá, em contrapartida, uma remuneração da administração pública baseada na melhoria proporcionada por ele. O artigo 23 da Lei nº 12.462/2011 cita o julgamento pelo maior retorno econômico no contrato de eficiência, vejamos:

> Art. 23. No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato.
>
> § 1º O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada.
>
> § 2º Na hipótese prevista no caput deste artigo, os licitantes apresentarão propostas de trabalho e de preço, conforme dispuser o regulamento.
>
> § 3º Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência:
>
> I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada;
>
> II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da diferença; e
>
> III - a contratada sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato (BRASIL, 2011).

A partir da leitura do caput e do § 1º do artigo 23, podemos aludir que essa espécie de contrato tem por objeto a prestação eficiente de serviços, podendo incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com a finalidade de proporcionar uma maior economia à administração pública, visando ainda, a concreta eficácia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sendo assim, é possível destacarmos que o RDC faz o uso da eficiência como base para obter um resultado econômico mais satisfatório.

Esse modelo de contrato é objetivo no que diz respeito à geração da redução de despesas correntes, e, para atingir essa finalidade, emprega tecnologia e investimentos para reduzir os custos das operações de determinados serviços. Ao final disso, o contratado é remunerado por ter realizado um contrato eficiente (MENDES, 2016).

Não obstante, o incremento da remuneração do contratado, em virtude do atendimento de determinadas metas e padrões, depende de uma definição prévia por parte da Administração acerca da utilidade e relevância de tais metas.

Bem como dispõe o §1º do artigo 23 da Lei do RDC, o contratado será remunerado com base no percentual da economia gerada. Sendo assim, os interessados devem apresentar propostas de trabalho e de preço, na forma do §2º da referida lei (BRASIL, 2011).

Além disso, os critérios que influenciam na remuneração do contratado devem ser fixados de antemão, com clareza, indicando qual o montante da despesa corrente incorrida pela administração previamente à contratação. Sendo assim, é necessário um referencial seguro para que se possa calcular a economia gerada para a Administração e, consequentemente, a remuneração devida ao contratado (SCHWIND, 2011).

No entanto, caso o licitante não gere as economias previstas no contrato de eficiência, conforme disposto no artigo 23 da Lei nº 12.462/2011, terá como consequências as dispostas nos incisos I, II e III do § 3º do referido artigo (BRASIL, 2011).

A primeira consequência poderá se dar com relação ao desconto da remuneração do contratado, referente a diferença entre a economia contratada e a obtida; a segunda seria a aplicação de multa por inexecução contratual no valor da diferença, quando a diferença da economia contratada e a obtida for maior do que o valor da remuneração contratada; e, por fim, poderá obter outras sanções cabíveis, caso a diferença entre a economia contratada e a obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato.

Entretanto, há algumas divergências no que diz respeito a essa modalidade de contrato, quais sejam as incertezas ou lacunas deixadas pelo legislador ao abordar o julgamento pelo maior retorno econômico para a administração. Em virtude de não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ser estabelecido previamente em lei, conforme disposto no artigo 18, inciso V da lei supracitada (BRASIL, 2011).

Outrossim, há críticas à economia almejada pelo contratante, no qual deve-se observar as despesas correntes, conforme disposto no artigo 23, §1º da lei, o que poderia causar consequências como limitação da atuação dos contratados em busca da economia (BRASIL, 2011).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Administração Pública, objetivando atender as necessidades da sociedade, tendo em vista que não conseguiria suprir determinadas obras e serviços, celebrou contratos por meio do que denominou de licitações. Todavia, o procedimento da lei geral de licitações é demorado, por ser bastante burocrático, o que acarretava uma demora no momento de execução, após firmado por contrato.

O Regime Diferenciado de Contratação Pública é uma inovação legislativa que foi criada com a intenção de tornar os procedimentos licitatórios mais eficientes. No início, a Lei nº 12.462/2011 fora criada originalmente para a execução das obras e serviços de engenharia dos jogos desportivos a serem realizados no território brasileiro, no entanto, posteriormente o campo de abrangência dessa lei tornou-se mais amplo, devido à constante busca por práticas que impulsionem a eficiência dos contratos administrativos.

A eficiência é um dos objetivos da Lei do RDC, assim como está disposta no artigo 1º, inciso I da referida lei. Portanto, pode-se afirmar que a eficiência é o princípio norteador do RDC e que este abrange e direciona todo o procedimento licitatório da lei nº 12.462/2011. Por meio da busca pela eficiência, a referida lei trouxe inovações que influenciaram, quais sejam: a reforma legislativa na área de licitações, a contratação integrada, a contratação com remuneração variável e a imposição da medida provisória nº 961/2020.

Além disso, outra inovação foi o procedimento da inversão das fases na qual implementou ao RDC uma maior celeridade para firmar contratos entre a administração pública e os licitantes, fazendo jus a um procedimento mais célere e eficaz quanto a lei nº 8.666/1993. Outra medida em busca da eficiência nas contratações públicas, foi a faculdade do licitante em adotar o contrato de eficiência e o julgamento pelo maior retorno econômico.

Ademais, o tema em questão encontra-se limitado no que diz respeito às obras que o contenham, pois são poucos os doutrinadores que abordam o Regime

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Diferenciado de Contratações Públicas em seus livros, bem como o difícil acesso as obras já existentes.

Outrossim, espera-se que o Regime Diferenciado de Contratações tenha uma maior abrangência no âmbito da administração pública, visto que como já discorrido ao longo do trabalho, o RDC tem como base o princípio da eficiência e o princípio da celeridade.

Por derradeiro e todo o exposto, após análise do processo licitatório do Regime Diferenciado de Contratações Públicas e das suas inovações, é possível concluir que de fato houve mudanças favoráveis nas licitações do Brasil, sendo assim, faz-se necessária a criação uma nova lei de licitações que também traga consigo essa necessidade de uma maior eficácia, retratada na Lei nº 12.462/2011.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Tales da Silva. **A diferenciação das contratações públicas: do Regime Ordinário ao Regime Diferenciado de Contratação** (RDC). 2014. Disponível em: http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/handle/riufcg/5694. Acesso em: 19. mai. 2020.

BALERA, Rafael Penteado. MEDIDA PROVISÓRIA: O CONTROLE DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA PELO CONGRESSO NACIONAL E PELO STF. **Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC**, São Paulo, p. 2-2, jul. 2009. Disponível em: http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/148/142. Acesso em: 27. mai. 2020.

BRASIL. Código Civil de 2002, de 10 de janeiro de 2002. **Lei nº 10.406/2002:** Institui o Código Civil. Brasília, DF. Senado Federal, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 08. mai. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil:** texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/1992 a 106/2020 e Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/1994. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 08. mai. 2020.

BRASIL. LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993. **Lei nº 8.666/1993:** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. Senado Federal, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 08. mai. 2020.

BRASIL. LEI Nº 12.462, DE 4 DE AGOSTO DE 2011. **Lei nº 12.462/2011:** Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Brasília, DF. Senado Federal, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm. Acesso em: 08. mai. 2020.

BRASIL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 961, DE 6 DE MAIO DE 2020. **Medida Provisória nº 961/2020:** Autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos, adequa os limites de dispensa de licitação e amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Brasília, DF. Senado Federal, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv961.htm. Acesso em: 21. mai. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo** - 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. – São Paulo: Atlas, 2015.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, faute du service e o princípio constitucional da eficiência administrativa. **Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos.** São Paulo: Quartier Latin, p. 239-292, 2010.

KNIPPEL, Edson; ARAUJO, Guilherme; ZELANTE, Henrique. Aspectos penais da Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011. In: KNIPPEL, Edson; ARAUJO, Guilherme; ZELANTE, Henrique. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas** – RDC (Lei nº 12.4662/2011; Decreto nº 7.581/2011 – Aspectos Fundamentais). 3.ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Forúm, 2014, p. 6267-6925.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4.ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 165; 546; 553 (livro eletrônico).

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro** - 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. - São Paulo: Malheiros, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

MENDES, Clara Dantas. **Contratos de eficiência e remuneração variável no RDC**. Curitiba: UFPR, 2016. Disponível em: http://hdl.handle.net/1884/46324. Acesso em: 19. mai. 2020.

NÓBREGA, Marcos. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação: inadequação da teoria da imprevisão como critério para o reequilíbrio econômico financeiro do contrato. **Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná**, p. 62, 2015.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Procedimento Licitatório da Lei nº 12.462**: licitações em forma eletrônica e os métodos de disputa aberto e fechado. O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei, n. 12.462, p. 193-208, 2013. Disponível em: https://www.justen.com.br/pdfs/IE61/IE61_Cesar_RDC.pdf. Acesso em: 19. mai. 2020.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 444.

SCHWIND, Rafael W. **Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.462/2011)**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, 2011. Disponível em: https://www.justen.com.br/pdfs/IE56/IE56-rafael_rdc.pdf. Acesso em: 19. mai. 2020.

ZIMMER, Aloísio. **MP 961/2020 alterou a Lei de Licitações**. 2020. Disponível em: https://aloisiozimmer.adv.br/component/zoo/item/mp-961-alterou-a-lei-de-licitacoes.html. Acesso em: 20. mai. 2020.

ZYMLER, Benjamin. **Regime Diferenciado de Contratação**. RDC. 2.ª ed. Rev. Atual. E ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

LIBERDADE NA AUTONOMIA DA VONTADE PRIVADA SOBRE O DIREITO DE DISPOSIÇÃO DA HERANÇA E EXCLUSÃO DA OBRIGATORIEDADE DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS

JOHN MARQUEZ FONTINELE OLIVEIRA: Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Uninovafapi

JÉSSICA LARA LIMA LOPES[1]

(coautora)

MARÍLIA MARTINS SOARES DE ANDRADE[2]

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem como tema a liberdade na autonomia da vontade privada sobre o direito de disposição da herança e exclusão da obrigatoriedade dos herdeiros necessários. Buscou-se fazer um estudo sobre a questão da autonomia do testador, visando a real necessidade da manutenção da legítima no ordenamento jurídico brasileiro e os limites da liberdade de testar. Para tanto, fez-se uma análise histórica no surgimento da legítima, bem como sua ausência no ordenamento jurídico de alguns países estrangeiros. Teve-se como objetivo geral analisar a liberdade na autonomia da vontade privada sobre o direito de disposição da herança e exclusão da obrigatoriedade dos herdeiros necessários e como objetivos específicos, demonstrar a evolução da autonomia da vontade no direito sucessório brasileiro, descrever a privação da real vontade do testador e analisar a necessidade de repensar a legítima para maior liberdade do testador. Este foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica do assunto abordado, mediante consulta das bibliotecas eletrônicas: Plataforma Sucupira, Spell (Scientific Periodicals Electronic Library) e Google Acadêmico, além de livros e artigos de doutrina jurídica. Chegou-se à conclusão da necessidade de fazer uma releitura da legítima com a finalidade de compatibilizar a aplicação efetiva do princípio da autonomia da vontade privada.

Palavras-chaves: Sucessório. Direto. Herança. Liberdade. Autonomia

ABSTRACT: This article had as its theme the freedom in the autonomy of the private will over the right to dispose of the inheritance and exclusion from the mandatory requirement of the necessary heirs. In this work, we tried to make a study on the question of the testator's autonomy, aiming at the real need to maintain the legitimate in the Brazilian legal system and the limits of the freedom to test. For this, a historical analysis was made on the emergence of the legitimate one, as well as its

absence in the legal system of some foreign countries. Thus, the general objective was to analyze the freedom in the autonomy of the private will on the right to dispose of inheritance and exclusion from the mandatory inheritance required and as specific objectives, to demonstrate the evolution of the autonomy of the will in Brazilian succession law, to describe the deprivation of the tester's real will and to analyze the need to rethink the legitimate one for greater freedom of the tester. This work was developed through a bibliographic search of the subject addressed, through consultation of electronic libraries such as Plataforma Sucupira, Spell (Scientific Periodicals Electronic Library) and Google Scholar, in addition to books and articles of legal doctrine. From all the research, the conclusion was reached of the need to make a re-reading of the legitimate one in order to make compatible the effective application of the principle of autonomy of the private will.

Keywords: Succession. Direct. Heritage. Inheritance. Autonomy**.**

Sumário: 1. Introdução. 2 Evolução histórico da autonomia da vontade no Direito Brasileiro. 2.1 Princípio da Autonomia da Vontade. 2. 2 Direito Sucessório sob o foco da legítima. 2. 2 Direito Sucessório sob o foco da legítima. 3 Privação da real vontade do testador. 3.1 Formação da liberdade de testar no Direito Internacional. 4 Necessidade de repensar a legítima para maior liberdade do testador. 4.1 Fundamentos que sustentam a manutenção da legítima: necessidade de refutá-los. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Entre as vontades de uma pessoa que devem ser respeitadas, destacam-se seus interesses em vida. Pois, acredita-se que todos devem ter o direito de deixar ou não sua herança, patrimônio ou bens para quem julgar achar melhor. No entanto, essa possibilidade não é garantida dentro do direito brasileiro, ou seja, o dono de determinado patrimônio não tem a liberdade de expressar-se livremente acerca do destino de sua herança, posto que, no ordenamento pátrio há diretrizes e restrições a respeito de a pessoa querer expressar tal vontade.

Sendo assim, o presente artigo versará sobre a autonomia da vontade privada e a limitação do direito de testar, em face da legítima, tendo como pressuposto a autonomia da vontade que se justifica a partir da faculdade humana de se autodeterminar.

No direito sucessório brasileiro existem duas vertentes provenientes da sucessão *mortis* causa: legítima e testamentária. Buscar-se-á aqui apresentar uma posição que defenda a possibilidade de extinção da legítima, dando ao testador total liberdade para dispor de seus bens para depois da morte, rompendo diretamente

com esta visão arcaica de que há necessidade de conservar em lei os herdeiros necessários. Assim, permitindo ao testador que o rateio de seus bens não esteja atrelado às ordens expressas na lei, mas como entender ser o melhor para seus herdeiros futuros, tendo assim a sua vontade total demonstrada em testamento.

Na Roma Antiga não se admitia alguém morrer sem ter deixado testamento, pois significava morrer sem tradição, sem o culto à sucessão. Entretanto, atualmente o testamento deixou de ser instrumento obrigatório, passando a ser utilizando esporadicamente e para finalidades específicas, basicamente patrimoniais, razão pela qual o próprio conceito de testamento do Código de 1916 não nominava a função extrapatrimonial.

Entende-se, contudo, que a lei não dá direito ao testador de dizer o que deseja fazer com seus bens, pois metade já está obrigatoriamente destinada aos herdeiros necessários, que são os descendentes, ascendentes e cônjuge, os quais tem uma participação forçada acondicionada na lei. Quer-se aqui apresentar o testador como pessoa que tem uma vontade a demonstrar.

Diante do pressuposto, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar a liberdade na autonomia da vontade privada sobre o direito disposição da herança e exclusão da obrigatoriedade dos herdeiros necessários. E como objetivos específicos, demonstrar a evolução histórica da autonomia da vontade no direito sucessório brasileiro, descrever a privação da real vontade do testador e analisar a necessidade de repensar a legítima para maior liberdade do testador.

Partindo-se desse argumento, levar-se-á mais a fundo a questão da autonomia da vontade privada tendo por base o direito sucessório internacional, expondo que em outros países leva-se em consideração a vontade do testador acima de qualquer determinação da lei, pois o que realmente é válido para o testador é expor no seu testamento a nomeação de seus herdeiros por vontade própria, e não por imposição da lei.

Para tanto, este estudo utilizará como metodologia a pesquisa qualitativa através de uma revisão bibliográfica, que permite a utilização de conteúdos e paradigmas diversos na literatura. Deste modo, explanar-se-á sobre os significados e fenômenos importantes para se estabelecer conclusões sobre a autonomia da vontade. A partir disso questionar-se-á se esta garantia aos herdeiros necessários ainda se sustenta e se está em conformidade com a legislação atual, onde a autonomia do testador segue altamente suprimida.

Para tanto, este artigo se dividirá em três capítulos. No primeiro se relatará a evolução histórica da autonomia da vontade no direito sucessório brasileiro; no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

segundo será analisada a privação da real vontade do testador e, por fim, no terceiro capítulo será discutida a necessidade de repensar a legítima para maior liberdade do testador.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

O Direito das Sucessões talvez tenha sido o instituto que mais tenha se modificado ao longo dos tempos, e para se compreender o momento histórico deste, é necessário abstrair a ideia de sociedade capitalista de hoje e mergulhar no túnel da história.

Após a ideia primitiva de tribo, quando não existia ideia de sucessão, organizaram-se os primeiros núcleos sociais, formando as cidades e, dentro delas, a célula *mater,* constituída pela família, sob a gerência do *pater*. Sabe-se, por informações dos estudiosos em antropologia que o fortalecimento dos laços de afeição, intimamente ligados nas famílias, principia a transmissão da propriedade de pais para filhos, tornando-se um hábito, arraigando-se nos costumes, gerando desde as leis antigas o reconhecimento dos direitos dos filhos à herança dos pais.

O direito sucessório tem origem remota, desde que o homem deixou de ser nômade e começou a lograr patrimônio. Os bens que antes eram comuns passaram a pertencer a quem deles se apropriou. A sociedade estruturou-se em famílias, fazendo surgir a propriedade privada. Cada núcleo familiar com seus bens e sua religião.

Em Roma, o titular do patrimônio era o *pater família*. Passava de um a outro por meio de testamento, pois precisava ser mantido mesmo depois da morte do seu titular. Haviam interesses mais de ordem religiosa do que patrimoniais em proceder-se às transferências dos bens. A morte de alguém sem sucessor ensejava a extinção do culto doméstico, trazendo infelicidade aos mortos. Daí a importância da figura do herdeiro para dar continuidade à religião familiar. Como o conceito de família era extensivo, não havia limitações para herdar quanto aos graus de parentesco. Na ausência de herdeiros, a adoção era a forma de assegurar a perpetuação da família (NADER, 2013).

Historicamente a sucessão sempre se operou na linha masculina, sob a justificativa de que a filha não daria seguimento ao culto familiar, pois ao casar adotaria a religião do marido. Também entre os filhos homens existiam privilégios injustos. Na Idade Média, a sucessão se operava ao filho mais velho, para evitar a divisão dos feudos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O testamento é uma invenção romana. O direito de dispor da própria fortuna por ato de última vontade surgiu com o progresso do individualismo, na medida em que a pessoa se afirmava perante a família (SILVA, 2015).

A ideia da sucessão por causa da morte não aflora unicamente no interesse privado: o Estado também tem o maior interesse de que um patrimônio não reste sem titular, o que lhe traria um ônus a mais. Para ele, ao resguardar o direito à sucessão (agora como princípio constitucional, art. 5º, XXX, da Carta de 1988) está também protegendo o direito de escolha e disposição dos bens. Se não houvesse direito à herança, estaria prejudicada a própria capacidade produtiva de cada indivíduo de se autodeterminar, tendo seu interesse assegurado na Lei Maior onde visa e assegura seus próprios desejos futuros.

2.1 Princípio da Autonomia da Vontade

No ordenamento jurídico brasileiro inexiste autonomia absoluta da vontade quanto ao destino do patrimônio do indivíduo, e só se poderá dispor de metade do que é próprio por testamento, em favor de herdeiros de livre nomeação. O código Civil de 1916 continha as mesmas regras, permanecendo igual no código de 2002, dando-se a real demonstração que no Brasil o testador nunca teve autonomia para se autodeterminar (NETO, 2013).

O princípio da autonomia da vontade, no qual se funda a liberdade dos contratantes, consiste no poder de estipular livremente, como melhor julgarem as partes, mediante acordo de vontades, conforme a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Esse poder de auto-regulamentação dos interesses das partes contratantes, condensado no princípio da autonomia da vontade, envolve a liberdade contratual em algumas vertentes: a determinação do conteúdo da avença, a criação de contratos atípicos, a liberdade de contratar, e alusiva à de celebrar ou não o contrato e à de escolher o outro contratante (SILVA, 2015).

A liberdade de criação do contrato abrange, portanto: a) a liberdade de contratar ou não contratar, isto é, o poder de decidir, segundo seus interesses, se e quando estabelecerá com outrem uma relação jurídica contratual. Todavia, o princípio de que a pessoa pode abster-se de contratar sofre exceções, como, por exemplo, quando o indivíduo tem obrigação de contratar imposta pela lei, como é o caso das companhias seguradoras relativamente aos seguros obrigatórios; b) a liberdade de escolher o outro contraente, embora às vezes a pessoa do outro contratante seja insuscetível de opção, como por exemplo, nas hipóteses de serviço público concedido sob regime de monopólio, ou seja, das empresas concessionárias

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de serviço público; e c) a liberdade de fixar o conteúdo do contrato, escolhendo qualquer uma das modalidades contratuais reguladas por lei (contratos nominados), introduzindo alterações ou cláusulas que melhor se coadunem com seus interesses e com as peculiaridades do negócio, ampliando ou restringindo os efeitos do vínculo contratual, ou adotando novos tipos contratuais distintos dos modelos previstos pela ordem jurídica, conforme as necessidades do negócio jurídico. Dando origem, assim, aos contratos inominados (TELLES, 2014).

O princípio da autonomia da vontade sofre, portanto, restrições, trazidas pelo dirigismo contratual, que é a intervenção estatal na economia do negócio jurídico contratual, por entender-se que se deixasse o contratante estipular livremente o contrato, ajustando qualquer cláusula sem que o magistrado pudesse interferir, mesmo quando uma das partes ficasse em completa ruína, a ordem jurídica não estaria assegurando a igualdade econômica (SILVA, 2015).

A autonomia da vontade é muitas vezes deixada de lado por excessivas imposições legais que acabam por impedir uma realização mais ampla de uma vontade individual. Assim, Pablo Stolze relata que:

> Essa restrição do testador também implica afronta ao direito constitucional de propriedade, o qual, como se sabe, pode ser considerado de natureza complexa, é composto pelas faculdades de usar, gozar/fruir, dispor e reivindicar a coisa. Ora, tal limitação, sem sombra de dúvida, entraria em rota de colisão com a faculdade real de disposição, afigurando-se completamente injustificada. (GAGLIANO, 2014, p. 59)

De acordo com a visão de Luigi Ferri (1969, p. 3), entende-se que a autonomia da vontade tem uma característica de acepção intangível ou de caráter psicológico, tendo foco na demonstração de expressão interna da vontade do indivíduo, ou seja, a verdadeira vontade do ser.

Na visão de Natália Berti (2014, p. 83), ela descreve:

> A autonomia da vontade está diretamente relacionada a elementos subjetivos, etéreos, baseados na psique dos contraentes [...] era, pois, o poder do indivíduo de criar e regular os efeitos jurídicos de sua contratação, sem a intervenção externa: o contato era uma esfera de livre atuação dos particulares.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em consonância com este pensamento, entende-se que o indivíduo deve ter importância para o direito, sendo importante valorizar seus direitos fundamentais e individuais, estando estes elencados no artigo 5º da Constituição Republicana de 1988.

2. 2 Direito Sucessório sob o foco da legítima

A sucessão legítima é assim denominada porque decorre e é regulamentada por lei, prescindindo de qualquer manifestação de vontade da pessoa falecida. Trata-se justamente de um regramento cogente aplicado quando o falecido não deixa ato de última vontade ou, quando tendo deixado, dispõe apenas de parte dos seus bens, caso em que se aplica a sucessão legítima aos bens não contemplados pelo ato discricionário. A normativa é aplicada, ainda, em casos de nulidade ou caducidade do testamento.

Segundo Gonçalves (2018), quando o *de cujus* falece *ab intestato*, a herança, como foi dito anteriormente, é deferida à determinadas pessoas. O chamamento dos sucessores é feito, porém, de acordo com uma sequência denominada ordem da vocação hereditária. Esta consiste, portanto, na relação preferencial pela qual a lei chama determinadas pessoas à sucessão hereditária.

A sucessão legítima se faz sempre a "título universal". Os herdeiros participam da totalidade do ativo e passivo, excetuados os bens comprometidos com legados, mediante quotas. Para definir os herdeiros, a lei obedece à regra e à ordem da vocação hereditária. Diz-se que tem vocação hereditária a pessoa apta a herdar (de forma legítima ou testamentária).

Na sucessão legítima, têm vocação hereditária, segundo o artigo 1.798, do Código Civil, as pessoas já nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Tartuce e Simão (2017) ressaltam que apenas as pessoas naturais herdam por sucessão legítima. Os já concebidos à época da abertura da sucessão, conhecidos como nascituros, têm seu direito sucessório condicionado ao nascimento com vida, momento em que se consolida sua personalidade civil. Assim, os autores acima citados observam que os direitos patrimoniais do nascituro são subordinados a uma condição suspensiva: o nascimento com vida.

Essa capacidade para suceder é definida segundo a lei vigente à época da abertura da sucessão (art. 1.787) e não pressupõe a capacidade de fato. Havendo uma condição, a lei reguladora será a do momento em que esta se verifica, pois, consoante Clóvis Beviláqua, é quando a propriedade se transmite. Em relação aos nascituros, estes sucedem quando nascem com vida, hipótese em que os seus direitos retroagem ao momento da abertura da sucessão (NADER, 2013).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para melhor compreensão da ordem da vocação hereditária é imprescindível a compreensão do conceito de "classe de herdeiros". Trata-se de grupos de herdeiros com semelhanças entre si. Atualmente, existem quatro diferentes classes de herdeiros: a dos descendentes do falecido (parentes em linha reta), a dos ascendentes, também parentes em linha reta, a do cônjuge ou do companheiro (que não possuem vínculo de parentesco) e a dos parentes colaterais (parentes sem relação de ascendência ou descendência direta com o falecido). Esses grupos geralmente não coexistem em uma sucessão, uma vez que a existência de herdeiros de uma classe automaticamente exclui a classe seguinte.

Outro conceito importante antes de iniciar a ordem sucessória é o de "parentesco". Segundo prelecionam Tartuce (2017), parentesco é a ligação existente entre pessoas que provém de um mesmo progenitor. Essa linha (parentesco) pode ser reta ou colateral. O parentesco em linha reta, previsto no artigo 1.591, do Diploma Civilista, dá-se entre pessoas vinculadas por ascendência e descendência e é caracterizado por sua infinidade, uma vez que não há limites finais para o parentesco em linha reta.

A linha colateral, por sua vez, constrói-se entre pessoas que advêm de um só tronco sem descenderem umas das outras. Esse parentesco limita-se até o 4º grau, conforme dispõe o artigo 1.592, do Código Civil (BRASI, 2002). Quando reconhecido como filho afetivo de alguém, a pessoa torna-se membro da família do novo pai ou da nova mãe, assumindo o seu papel de parentesco tanto em linha reta quanto em linha colateral, como se biológico fosse: sem limitações.

O que importa, de fato, é perceber que essa nova relação entre pai/mãe socioafetivo e filho socioafetivo cria vínculos de parentesco indiscutivelmente iguais aos existentes entre pais e filhos biológicos e, ainda, indiscutivelmente aptos a gerar as exatas mesmas consequências sucessórias a todas as figuras dessa relação, seja entre avó e neto, pai e filho, filho e irmão (TELLES, 2014).

Do mesmo modo, se essa nova relação está devidamente registrada ou é devidamente reconhecida judicialmente em coexistência com uma relação de parentalidade biológica caracterizando uma situação de multiparentalidade, não deve haver qualquer diferença sucessória.

Como já demostrado, no diploma legal de 2002, existe a permissão de testar, entretanto, tal capacidade estará restrita a apenas a metade dos bens, independente da forma de aquisição. Dessa forma, os herdeiros de livre nomeação, só poderão receber parte do patrimônio do *de cujus*, pois a metade já é destinada a seus

herdeiros intitulados "necessários". Assim, resta clara a necessidade de uma nova ordem jurídica para resguardar a autonomia dos anseios particulares.

3 PRIVAÇÃO DA REAL VONTADE DO TESTADOR

A própria Constituição de 1988, consagra o direito à herança, mas em nosso ordenamento Civil, o testamento não pode colidir com a legítima (cinquenta por cento reservado para os herdeiros necessários). Caso isso ocorra os desejos manifestados no testamento não serão cumpridos.

Deve-se observar que as normas legais da sucessão legítima não podem ser contrariadas pela vontade do testador, não sendo possível compreender porque o atual Código Civil de 2002 continua consagrando institutos que privam a manifestação inerente ao direito de se autodeterminar e manifestar suas intenções no momento de se dispor de sua propriedade.

As privações que são impostas ao autor da herança são tão fortes, que no Brasil, não se tem como algo comum a produção de testamentos, pois a lei já traz um rol taxativo de herdeiros necessários, liberando apenas, metade, para livre nomeação, e o testador pode se sentir um mero objeto, diante da formação do direito sucessório brasileiro.

O impedimento dessa disposição começa pela imposição do cônjuge ou companheiro do direito de participar da sucessão mesmo tendo sua cota parte reservada num processo anterior, o da omissão, como expõe o Art. 1.829 do Código civil, que permite ao cônjuge a concorrência tanto com seus próprios descendentes e com os ascendentes do de cujus (BRASIL, 2002). Deste modo, não há a necessidade de ser incluído no rol de participantes no momento da sucessão.

Pode-se iniciar pelo fato da previsão legal do cônjuge ou companheiro de participar da sucessão, mesmo já tendo levado sua cota referente à meação. Nesse caso não deveria haver necessidade de ser tido como um participante no momento da sucessão, como expõe o Art.1.829 do Código Civil (BRASIL, 2002), que permite ao cônjuge a concorrência tanto com seus próprios descendestes como com os ascendentes do *de cujus*. Esta previsão legal do cônjuge participar da sucessão imposta pelo legislador mostra que não houve uma análise clara de que o testador é uma pessoa que deseja manifestar seu desígnio e não está atrelado às normas duras, o que o impede de demostrar seus anseios para com seus bens.

Como se pode notar o testador não pode estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima, como cita o Art. 1.848 do mesmo diploma, demostrando que o mesmo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sequer pode onerar os referidos bens, não tendo poder de demostrar seu desejo para o futuro de seus bens sobre aquilo que deve ter uma história ou relação puramente íntima para sua conservação.

Acredita-se que deve ser contemplada a "ética da autonomia" para onde os direitos relacionados à personalidade são conduzidos, sendo definidos por Stacioli (2010, p. 78), como sendo o local onde:

> As pessoas dotadas de história produzem, voluntariamente, normas de direito positivo, que também serão dotadas de historicidade (vinculadas a espaço e tempo), e compartilhadas por sujeitos de direitos capazes de argumentação e de fala.

Outros fatores podem contribuir para que não se faça uso de testamentos, dentre os quais, é possível citar: a ausência de possibilidades múltiplas referentes ao uso; o custo; a questão da formalidade; a necessidades de algumas testemunhas, algo já determinado pelo sistema anterior; ou até mesmo, a maneira cultural de algumas pessoas de não pensar na morte como a ocorrência de um processo natural. Desse modo as pessoas acabam deixando de fazer testamentos, que quando são feitos, normalmente provém de pessoas mais idosas.

Com o novo sistema codificado e a alteração substancial na ordem de disposição hereditária há uma grande limitação testamentária, que é resultado do impedimento de se testar diante do fato de a lei Civil não disponibilizar a oportunidade da expressão da vontade do testador em sua integralidade. Desta forma, o legislador impõe uma obrigatoriedade sobre parte da herança a ser deixada para seus herdeiros necessários, remontando a uma proteção patriarcal que a sociedade atual vem tentando eliminar e garantir independência ao mesmo tempo em que busca o conhecimento de forma substancial destes possíveis futuros sucessores.

É certo que a vontade social e pessoal do testador não é atendida. Além disso, foram criadas regras duvidosas e sem clareza na quase totalidade dos capítulos do Código Civil (BRASIL, 2002) que estabelecem o direito sucessório. Várias situações não foram previstas e ainda outras o foram de forma equivocada, como por exemplo, a imposição da averiguação da culpa do falecido, para garantir, dessa forma, o direito ao cônjuge, mesmo que este esteja separado por um período de mais de 2 anos. (BRASIL, 2002)

Denota-se de imediato que a única e eficaz alternativa capaz de suprir as distorções e minimizar as injustiças impostas pela codificação Civil, seria o uso do testamento como ferramenta para um melhor planejamento sucessório.

Embora a herança seja uma unidade abstrata e ideal que pode até mesmo prescindir da existência de bens materiais, não se deve acreditar, de plano, que seja indivisível. Quando existem vários herdeiros chamados a suceder o *de cujus*, divide-se entre eles em partes ideais, fracionárias, de metade, um terço, um quarto, etc (VELOSO, 2010).

Além disso, por meio de um testamento é possível atribuir bens determinados a determinadas pessoas. É o que se chama de legado: um ou vários bens atribuídos a alguém pelo testador. Podem ser bens certos ou bens fungíveis (Código Civil 85): substituíveis por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade. Os beneficiários recebem o nome de legatários e são os sucessores a título singular. Só existe legado, e consequentemente a figura do legatário, no testamento (RODRIGUES, 2014).

Se o testamento for nulo, não há legado. O valor dos bens do legado não pode comprometer a legítima dos herdeiros necessários. Ainda que haja excesso, ou seja, deixando o testador para o legatário mais do que podia dispor, o testamento deixa de ser válido. Caso isso ocorra, cabe simplesmente reduzir o valor do legado atribuindo ao beneficiário menos bens ou fração do bem que lhe foi destinado. Pode ser instituído legado tanto em favor dos herdeiros legítimos como dos herdeiros testamentários. Nada impede que alguém, que seja herdeiro legítimo, necessário ou testamentário, também seja legatário. Nada impede que herdeiro legítimo, necessário ou testamentário. Bens de pequeno valor podem ser atribuídos a legatários por meio de codicilo.

O legatário é a pessoa a quem o testador destina um ou mais bens individualizados. A ele o testador lega bens determinados. Por isso é chamado de herdeiro singular. Quanto aos bens cuja transmissão só ocorra após a morte, diz serem recebe a título, o que, ao fim e ao cabo, nada mais é do que uma doação para depois da morte. Ainda que sobrevenha, a posse do bem não ocorre automaticamente quando da abertura da sucessão, mas sim somente quando acontece a partilha (HESSE, 2013).

Nada impede que o testador beneficie os próprios herdeiros necessários com a parte disponível do seu patrimônio. Somente nesta hipótese não necessita respeitar a igualdade dos quinhões, princípio que só prevalece quanto à sucessão legítima. O que o herdeiro receber por vontade do testador não se confunde com a herança a que faz jus como herdeiro legal.

Assim, além de necessário, ele é também herdeiro testamentário. Caso as disposições testamentárias ultrapassem a parte disponível dos bens, a rigidez do testamento não é comprometida. É considerado ineficaz o que exceder o limite da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

disponibilidade de testar. Excluído o excesso de modo a não comprometer o quinhão dos herdeiros necessários, tudo é válido conforme o Art. 1.967 (BRASIL, 2002). O que não pode o testador se tem herdeiros necessários, é dispor da metade dos bens da herança que constitui a legítima (DINIZ, 2018).

Não atribuindo o testador a totalidade da parte disponível de seus bens aos herdeiros testamentários, o restante é destinado aos herdeiros necessários ou legítimos. Igualmente ficarão para os herdeiros a totalidade dos bens na hipótese de o testamento ser nulo ou vier a ser anulado.

Também em caso de caducidade, ou seja, ineficácia do testamento, se tem o testamento como não escrito e a totalidade do acervo patrimonial resta para os herdeiros legais: necessários ou legítimos. Tal ocorre por força do princípio da sobra, disciplina no Código Civil de 2002 em seu art. 1.788 (BRASIL, 2002). Na hipótese de inexistirem herdeiros legítimos, os bens são recolhidos como herança jacente, por não terem dono. Depois de declarada a vacância, o acervo é atribuído ao ente público onde se localizam os bens.

3.1 Formação da liberdade de testar no Direito Internacional

O panorama legislativo atual a respeito da legítima não é favorável à liberdade de testar. Na maioria dos sistemas jurídicos estrangeiros não existem regras que limitam a liberdade de testar por intermédio do instituto da legítima, também chamada "reserva legal" em favor de determinados parentes do testador.

Sob outro aspecto, o moderno direito das sucessões foi o produto de um embate prolongado entre o direito romano e o antigo direito germânico, com certa influência do direito canônico. Efetivamente caracterizou-se pelo absoluto respeito à liberdade de testar, compreensiva de todo patrimônio do testador.

Essa liberdade constituía a mais enérgica expressão do individualismo romano. Estes tinham verdadeiro horror pela morte sem testamento. Para eles nenhuma desgraça superava a de falecer *ab intestato*; maldição alguma era mais forte do que a de morrer sem testamento. Finar-se *ab intestato* redundava numa espécie de vergonha.

Pode-se classificar a sucessão em legítima e testamentária, oriunda de testamento válido ou de disposição de última vontade. Todavia, ante o sistema da liberdade de testar limitada adotada pela lei pátria, se o testador tiver herdeiros necessários, ou seja, cônjuge sobrevivente, descendentes e ascendentes sucessíveis só poderá dispor de metade de seus bens uma vez que a outra metade constitui a legítima daqueles herdeiros (BRASIL, 2002, DINIZ, 2018).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim sendo, no atual sistema brasileiro, o patrimônio do *de cujus* será dividido em duas partes iguais: a legítima, que cabe aos herdeiros necessários, a menos que sejam deserdados conforme art. 1.961, e a porção disponível, da qual pode livremente dispor, feitas as exceções dos artigos 1.801 e 1.802, ambos do Código Civil, concernentes à incapacidade testamentária passiva (BRASIL, 2002). Assim, e conforme Diniz (2018), A porção disponível é fixa, compreendendo a metade dos bens do testador, qualquer que seja o número e a qualidade dos herdeiros (DINIZ, 2018).

Se o falecido deixou testamento válido, tem-se nesse caso a sucessão testamentária, e observa-se então, o que o testador houve por bem determinar, atribuindo-se assim a herança às pessoas indicadas pelo disponente no ato da última vontade. Importa frisar, para logo, que não é absoluta a liberdade de testar, como outrora sucedia no primitivo direito romano. Atualmente, pelo direito brasileiro, se o testador tem herdeiros necessários, isto é, descendentes, ascendentes e cônjuge sucessíveis art. 1.845 do Código Civil, somente poderá dispor da metade de seus bens art. 1.789 (BRASIL, 2002). Como sugere o próprio nome, sucessão testamentária é a transmissão da herança por meio de testamento. Ocorre quando houver manifestação de vontade da pessoa – claro que enquanto viva estava - elegendo quem deseja que fique com o seu patrimônio depois de sua morte. A sucessão legítima é a regra e a testamentária é a exceção (DINIZ, 2018).

Há um grupo de países que reconhecem o direito à liberdade de testar, que, tradicionalmente, correspondem àqueles de Direito Anglo-saxão, decorrentes da formação da *common law* onde a liberdade de testar é absoluta, a exemplo nos países a serem citados a seguir, fundamentando sua formação e apoiando o testador, tornando-o sujeito de direito na manifestação de sua vontade.

De início, alguns países que estão na mesma rota social que o Brasil, limitam a liberdade absoluta de testar a apenas uma pequena contraprestação de auxílio. Como exemplo tem-se o México que em seu Código Civil adota o sistema, permitindo a liberdade de testar, apenas obrigando o testador a deixar uma pensão alimentícia ao cônjuge, a certos parentes de sangue em linha reta e, até mesmo, ao companheiro, caso este não esteja em condição apta ao trabalho, cessando a partir do momento que cesse a necessidade ou caso contraia novas núpcias. Na mesma linha seguem os sistemas dos Códigos Civis da Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicarágua, Costa Rica e Panamá.

Existem países que têm uma sistemática intermediária, onde os herdeiros necessários só teriam direito à legítima na hipótese de necessitarem. Ou seja, a legítima teria um caráter assistencial. Isso é o que acontece, por exemplo, na Rússia,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

onde o atual Código Civil aceita o princípio da liberdade de testar com a mínima imposição presente em seu artigo 1.149, que dá aos filhos menores do falecido, ao cônjuge deficiente e/ou aos pais com deficiência o direito de requererem pelo menos a metade da herança.

Também na Estônia se prevê (§104 da Lei sobre Herança) que:

> Se o falecido em um testamento ou contrato sucessório deserdar um ascendente, um filho ou cônjuge que estejam incapacitados para o trabalho, ou tiver reduzido seus quinhões hereditários em comparação com a quota que lhes corresponderiam na sucessão legítima, esses parentes e cônjuges têm direito a reivindicar a legítima.

Por outro lado, existe a Alemanha que consagra em sua própria Carta Magna, a liberdade de testar como uma garantia fundamental e inviolável:

> O artigo 14 da Constituição (GG) garante a liberdade de testar juntamente com o direito de propriedade como direito fundamental e individual do falecido e seus sucessores, e como uma instituição de direito privado" (EN ALEMANIA, 2010, p.: 49 – 50).

O direito Americano em sua formação relativiza a matéria acima denotada como uma matéria de competência estadual. Em regra, busca respeitar a vontade do testador.

Um grande sinal de liberalização tem ocorrido nos requisitos formais da vontade de um testamento eficaz. A tendência é decisivamente para a aplicação da vontade do testador, mesmo que o testamento não cumpra os requisitos formais, se a intenção do testador puder ser verificada de forma segura e sem suspeita de atividades fraudulentas (SCALISE JR, v. 54, 2006, p. 110).

Atendendo à vontade do testador sob a essência do seu anseio manifestado em testamento, serão postos de lado os requisitos formais e atendidos seus desejos. Isso é o que a maior parte dos tribunais dos estados americanos tem decidido acerca da matéria.

Portanto, pode-se afirmar que o testamento no direito internacional, é tratado como manifesto de uma revelação de última vontade, na qual um indivíduo dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens, não estando atrelados a regulamentos ou imposições de lei. Devido ao fato desta livre manifestação de vontade gerar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

efeitos jurídicos, o testamento é considerado um negócio jurídico, devendo assim, ser respeitado.

Portanto, a finalidade do testador é concretizar os efeitos de sua disposição de última vontade. Tais disposições podem ser patrimoniais ou extrapatrimoniais ou até mesmo as duas espécies de disposições sem que, por isso, o testamento passe a não produzir certos efeitos ou dependa exclusivamente de uma das formas previstas em lei. É, efetivamente, ato de liberalidade e, por esta razão, deve-se permitir ao testador dispor sobre seus bens e interesses da maneira que lhe melhor aprouver.

4 NECESSIDADE DE REPENSAR A LEGÍTIMA PARA MAIOR LIBERDADE DO TESTADOR

A família estava dentro de um círculo de proteção, sendo que os seus descendentes tinham diretos já garantidos por expressão de cuidado patriarcal, era baseado numa formação agrária onde a família trabalhava em conjunto para prover alimentos. Nela se formava um círculo de relação, onde todo o sustento era partilhado e daquela forma se perpetuavam, de modo que os filhos viam como forma de sobrevivência o que era proveniente dos seus progenitores.

Nota-se através disso que a família tinha uma autonomia limitada em função da preservação da mesma, sendo ela considerada como instituição que estava acima dos seus membros.

Embora, com frequência, seja empregado o termo sucessão como sinônimo de herança, vê-se que é necessária a distinção. A sucessão refere-se ao ato de suceder, que pode ocorrer por ato ou fato entre vivos ou por causa da morte.

A herança pode apresentar um caráter positivo ou negativo. Isto é, na compensação do seu ativo e passivo, podemos chegar à conclusão que o primeiro supera o segundo, havendo superávit, ou que, ao contrário, é por ele ultrapassado, ocorrendo déficit (VELOSO, 2010).

Os herdeiros necessários são as classes de parentes cuja existência, segundo o Código Civil, limita o poder do brasileiro de dispor gratuitamente de seus bens. Isso porque, segundo consta do artigo 1.846 do Código Civil e bem explica Gonçalves (2013), aos herdeiros necessários a lei assegura o direito à "legítima", que corresponde à metade dos bens do testador, ou à metade da sua meação, nos casos em que o regime do casamento a institui. A outra, denominada "porção" ou "quota disponível", pode ser deixada livremente (GONÇALVES, 2018).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, caso o falecido tenha disposto livremente de seus bens além do montante de cinquenta por cento em seu testamento, a doação realizada é dita inoficiosa e será nula no que exceder referido valor. Segundo consta do artigo 1.845, do Diploma Civilista, são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Os demais herdeiros (companheiro, colaterais) são ditos herdeiros facultativos.

Gonçalves (2018, p. 121) explica assim:

> Herdeiro necessário, legitimário ou reservatório é o descendente ou ascendente sucessível e o cônjuge (CC, art. 1.845), ou seja, todo parente em linha reta não excluído da sucessão por indignidade ou deserdação, bem como o cônjuge, que só passou a desfrutar dessa qualidade no Código Civil de 2002, constituindo tal fato importante inovação.

Importante ressaltar que a exclusão de um herdeiro necessário da sucessão só pode se dar em casos de indignidade ou deserdação, situações que devem ser, necessariamente, propostas e comprovadas por sentença judicial após a morte do *de cujus*. Acerca do tema, são as palavras do professor Nader (2013, p. 259):

> A sucessão por lei ou legítima segue a ordem da vocação hereditária. O Código Civil contém normas cogentes e dispositivas a respeito. Os referentes aos herdeiros necessários são daquela natureza; as que favorecem a outros herdeiros são dispositivas. Os herdeiros necessários não podem ser afastados da sucessão por ato de vontade do autor da herança, ressalvadas as hipóteses de deserdação ou indignidade, que são penas previstas para certas condutas. O princípio da autonomia da vontade é impotente, fora estas hipóteses, para a substituição dos herdeiros necessários. São estes: descendentes, ascendentes, cônjuge. Havendo herdeiros necessários, a parte disponível da herança por testamento se limita à metade do patrimônio. Os herdeiros não necessários – colaterais até o 4º grau – podem ser preteridos mediante testamento. Ou seja, herdam apenas na falta de herdeiros necessários e quando terceiros não forem contemplados com a totalidade do acervo patrimonial.

Aproveita-se o momento oportuno para, brevemente, levantar a observação de Nader (2013, p. 213), no tocante à deserdação do cônjuge:

> Há divergência doutrinária quanto à possibilidade de deserdação do cônjuge, tendo em vista as disposições dos arts. 1.961 e 1.962 do Códex. O primeiro prevê a deserdação dos herdeiros necessários. Como o cônjuge é herdeiro necessário, à primeira vista deduz-se a possibilidade de ser deserdado. Entretanto, o segundo autoriza tão somente a deserdação dos descendentes por seus ascendentes, sendo omisso em relação aos cônjuges. Depreende-se, logo, a ocorrência de um lapsus calami do legislador. À vista de tais disposições e considerando que em matéria restritiva de direito não se aplica analogia, Inácio de Carvalho Neto conclui pela impossibilidade de deserdação do cônjuge sobrevivente.

Isso posto, está clarificado que descendente multiparental tem essa qualidade de "descendente" (seja filho, neto, bisneto...) tanto frente à filiação biológica quanto à afetiva, sendo, então, herdeiro necessário em cada uma delas e tendo legalmente garantido seu quinhão (parte da legítima).

4.1 Fundamentos que sustentam a manutenção da legítima: necessidade de refutá-los

Frente a isso expõe-se os novos modelos familiares que estão voltados exclusivamente para o desenvolvimento da personalidade dos membros que a compõe, que busca uma leitura inovadora de alguns institutos que no decorrer dos anos tornaram-se inviáveis.

Tendo como base essa premissa, fica claro que a determinação da legítima como sendo uma norma ou regra que deixa o testador/proprietário limitado de expressar sua vontade sobre a disposição de seus bens. Assim, essa norma que determina parte de sua herança deve ser repensada, reanalisada para fins de uma nova configuração.

Buscando derrubar os paradigmas que até os dias de hoje sustentam a legítima, fomentaria no herdeiro necessário à procura de novos horizontes sem ter que esperar por uma possível herança. Nesse contexto, traz-se o que diz o doutrinador Tartuce (2014. p. 35):

> A liberdade de testar desenvolve a iniciativa individual, porque quando o sujeito sabe que não pode contar com a herança, procura desempenhar atividades para lhe dar o devido sustento. De outra forma, haveria um efeito no inconsciente coletivo pela necessidade do trabalho e da labuta diária.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Denota-se que inexiste sentido nesta configuração atual do direito das sucessões acerca da proteção da legítima, pois, diante do seu principal objetivo que é alcançar a proteção e a solidariedade familiar, falha em sua missão, ao tempo que suprime de forma excessiva a autonomia da vontade do testador permitindo ao mesmo dispor apenas sobre metade do seu patrimônio da forma que melhor lhe convier, caso ainda existam herdeiros.

No final das contas, o testamento é a maneira mais sucinta de tornar efetiva a vontade do *de cujus*. Mas como ele é limitado pela legítima, mesmo quando inexiste necessidade de preservação solidária da família como trata a Constituição, passa a ser um instrumento de enriquecimento para os herdeiros necessários, os quais aguardam ansiosos para a aquisição destes bens para aumentar seu patrimônio particular, mesmo que não tenham concorrido com o *de cujus* para a sua formação.

Para conciliar-se a necessidade da família, caso precisem de sustento, pode-se adotar os modelos sucessórios internacionais que deferem ao testador a liberdade na hora da disposição de seus bens futuros, que só estarão limitados por uma possível necessidade dos parentes próximos e que podem ser contemplados com prestação de alimentos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com as análises realizadas durante o estudo tornou-se possível compreender que há diversos pontos de vista dentro da temática abordada, que foi a necessidade de preservação da legítima para os herdeiros necessários. É importante que se entenda o histórico da legítima, pois a mesma se iniciou no Direito Romano, onde era ampla a liberdade de testar. Porém, com o passar do tempo, as mudanças foram acontecendo e as sociedades foram se modificando e com isso surgiram as novas composições de famílias e como consequência disso, a necessária uma nova adaptação da funcionalidade e manutenção da propriedade.

Perante esse contexto histórico, a autonomia de testar passou a ter um caráter restrito na maioria dos países, ou seja, o proprietário de determinados bens tem a sua vontade regulamentada pelo Estado. Assim, o proprietário passará a seguir a norma de deixar parte de seus bens para herdeiros necessários.

Ante as atualizações legislativas feitas nos países que possuem sistemas de proteção da legítima, entende-se que estas restrições estão sendo alteradas de forma gradativa e a liberdade de testar é aumentada através, por exemplo, do aumento da parte livre para disposição, da ampliação da possibilidade de pagamento parcelado, de uma especial preocupação por manter a continuidade da empresa familiar e da permissão da negociação da herança através de pacto sucessório.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nesse contexto, este artigo defende a necessidade de repensar o Direito Sucessório brasileiro, posto que, o mesmo põe limites à liberdade do proprietário de testar seus bens. Partindo-se deste entendimento, propõe-se que a legítima brasileira, deixe de existir, conferindo ao testador, com fulcro na autonomia privada, da possibilidade de dispor livremente de todo o seu patrimônio.

REFERÊNCIAS

CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das Sucessões.** Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 25. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação:** análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** Direito de Família. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GOULART, Fabiane Aline Teles. **O reconhecimento da Filiação Socioafetiva com seus Efeitos Sucessórios.** Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre: Magister; Belo horizonte: IBDFAM, ano XIV, v. n. 32, p. 17, fev/mar 2013.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2013.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil:** Direito das Sucessões. Rio de Janeiro: 5. ed. Forense, 2013.

NETO, João Hora. **O princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002**. Revista de Direito Privado, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. n° 14, 2013.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A proteção da família no Direito Sucessório:** necessidade de revisão? Disponível em: https:// www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-protecao-da-familia-no-direito-sucessorionecessidade-de-revisao/14753. Acesso em 22 de maio de 2020.

PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento:** liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2015.

RODRIGUES, Silvio. **Direito da Sucessões.** 23. ed. São Paulo: Saraiva: 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SILVA, Caroline de Oliveira. **Sucessão testamentária:** análise à luz do Código Civil de 2014.

SILVA, Caroline de Oliveira. **Sucessão testamentária:** análise à luz do Código Civil de 2015.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. **Direito das Sucessões.** v.6. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014, p. 35.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** 7. ed. atual. São Paulo: Método, 2017.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das obrigações.** 8ª ed. Rio de Janeiro, Editora Paulo de Azevedo, 2014.

VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro.** São Paulo: Saraiva. 2010.

VILLELA, João Baptista**. Desbiologização da paternidade.** Revista da Faculdade de Direito da UFMG, [S.l.], n. 21, p. 400-418, fev. 2014. Disponível em: https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156. Acesso em: 28 maio 2020.

NOTAS:

[1] Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Uninovafapi

[2] Mestre em Direito e Professora do Centro Universitário Uninovafapi

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

HOMESCHOOLING E CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

FRANCISCO HELDER DE LIMA FREITAS:
Bacharelando em direito pelo CEULM/ULBRA.

RUBENS ALVES DA SILVA
(orientador)

RESUMO: Haja vista as mais diversas interpretações possíveis da Constituição Federal de 1988 que em seu artigo 205 diz que a educação é dever do Estado e dos pais, acabou por comparar a metodologia do Homeschooling, educação domiciliar, como algo proibido, ilegal, interferindo, portanto no direito dos pais de decidirem qual a melhor forma de ensinar seus filhos, interpretação essa que persiste no tempo sem acompanhar no mesmo ritmo a evolução educacional do mundo, haja vista tal evolução, foi possível questionar, quais os fatores envolvidos na interferência do estado no direito de escolha dos pais na forma de educar seus filhos, com base na Constituição Federal de 88? E se existe real conflito entre o Homeschooling e a Constituição Federal de 1988 os Projetos de Lei a respeito do tema são ilegais? Ou os pontos de conflito podem ser resolvidos de alguma forma pelos Projetos de Lei existentes? Desde a Constituição Federal de 1934 é firmada a obrigatoriedade escolar, que envolve, a um só tempo, a obrigação de o Estado oferecer escolas e a obrigação de os pais enviarem seus filhos às mesmas, mesmo com as modificações das Constituições estas obrigações persistem e é com base na proteção dada pela Constituição presente que devemos analisar os conflitos entre a norma vigente e a nova metodologia educacional proposta pelo Homeschooling.

Palavras-chave: Homeschooling. Educação. Domiciliar. (Devem constar do texto do resumo)

INTRODUÇÃO

O homeschooling está ganhando adeptos no Brasil, porém ainda é uma novidade tanto para grande parte da população quanto para os legisladores.

Os adeptos do homeschooling alegam que há lacunas na legislação brasileira, o que pode possibilitar a defesa dessa modalidade de educação, envoltos esse nos direitos fundamentais no bojo do art. 5° da Constituição Federal de 1988, além do mais, criticam o sistema de ensino por sua homogeneidade, argumentam que há defasagens estruturais no modelo de ensino público brasileiro, declaram questões de violência, de drogas e de *bullying* em sala de aula, além dos argumentos de foro religioso e moral.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No entanto, outro aspecto do tema também se apresenta apoiado em outro artigo da Constituição Federal de 1988, o artigo 205 que diz*: "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.".*

Na tentativa de pacificar a discussão sobre o assunto, o Brasil tem vários projetos de lei voltados para o tema disponíveis para aprovação, como por exemplo, a PL3179/2012, PL 3261/2015 e a PL 490 de 2017.

Embora o visível interesse em apaziguar conflitos referentes ao tema ainda não foi possível chegar a uma conclusão não conflitante com os direitos e obrigações protegidos pela Constituição Federal de 1988 que referem-se ao tema, gerando a necessidade de novos estudos e debates sobre o mesmo.

HOMESCHOOLING E CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A temática do Homeschooling como alvo de debate no Brasil vem ganhando espaço, inclusive no âmbito jurídico; onde de um lado estão os pais ou responsáveis lutando pelo direito individual de escolher o que julgam ser a melhor forma de educar seus filhos e do outro lado a Constituição Federal do Brasil de 1988, que no seu o artigo 205 que diz*: "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.".*

O Homeschooling surgiu nos Estados Unidos nos anos 70 baseado num movimento de reforma da educação, a ideia inicial era transformar as escolas em locais em espações de aprendizagens lúdicos, variados e cheios de estímulos, onde as crianças de desenvolvem-se de acordo com sua curiosidade e experiências vivenciadas porém ainda no final da mesma década a ideia inicial sofreu bruscas modificações, passando a defender a proposta da prática de educação domiciliar (homescholling), onde as crianças ficariam distanciadas dos problemas e vícios presentes nas instituições escolares. (ANED, 2017).

No Brasil a ideia do Homeschooling começou a surgir somente nos anos 90 ganhando visibilidade com o Projeto de Lei (PL) nº 4657/94, do Deputado Federal João Teixeira, tal PL visava regulamentar a Educação domiciliar para os alunos do ensino fundamental, porém o projeto foi rejeitado. Somente nos anos de 2002 2008, 2012 e 2015 e no ano de 2009 através de uma Proposta de Emenda a Constituição (PEC), voltou-se a tratar do assunto, porém sem sucesso enquanto uns foram

rejeitados outros foram retirados de pauta; exceto a PL 31799/12 do Deputado Lincoln Portela que ainda está em tramitação. (ANED, 2017).

No ano de 2010 um grupo de pais/responsáveis insatisfeitos com a educação que seus filhos estavam recebendo nas salas de aula e baseando – se na premissa de que o Brasil não possuía nenhuma lei que proibia a prática do Homeschooling criaram a Associação Nacional de Educação Domiciliar – ANED, tendo como base o princípio da legalidade: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". (ANED, 2017).

Quando falamos de medidas infraconstitucionais que tratam da temática da educação domiciliar no Brasil, devemos considerar principalmente o Projeto de Lei nº 31799/12 do Deputado Lincoln Portela, que trás como raciocínio principal a alteração do artigo 23 da Lei nº 9.394 de 1996, de Diretrizes e Bases da Educação Nacional que diz: *"A educação básica poderá organizar-se em séries anuais, períodos semestrais, ciclos, alternância regular de períodos de estudos, grupos não seriados, com base na idade, na competência e em outros critérios, ou por forma diversa de organização, sempre que o processo de aprendizagem assim o recomendar."* A proposta pede que seja acrescido ao referido artigo a possibilidade de escolha dos pais pela educação domiciliar de alunos do 1º ao 9º ano.

Os apoiadores desse projeto alegam que há uma interpretação equivocada do artigo 205 da Constituição Federal de 1988, pois o artigo diz: *"A educação, direito de todos e dever do Estado e da família (...)",* ou seja, a família estaria protegida para escolher a forma de educar seus filhos que achar mais adequada e sem a imposição da matricula regular em instituição especifica de ensino.

Ainda segundo o PL nº 3179/12, os alunos de ensino domiciliar estariam sujeitos a avaliações periódicas de aprendizagem, nos mesmos termos de diretrizes gerais estabelecidas pela União e das respectivas legislações locais sobre o referido tema.

Porém no ano de 2018 o Projeto de Lei nº 3179/12 sofreu forte impacto negativo com a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que considerou ilegal a prática de educação domiciliar no Brasil, mas a decisão baseou –se em grande maioria por afirmar não haver no Brasil uma legislação que regule a prática do Homeschooling no Brasil e não por ir de forma totalmente contrária a Constituição Federal de 1988 deixando uma margem de esperança aos seus adeptos.

Segundo posicionamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski, que votou contrário a proposta do Homeschooling: *"o pensamento*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

constitucional é republicano e coletivo, e as crianças devem ouvir opiniões diferentes e isso estaria garantido na lei atual."

Quanto ao ponto de vista legal, a obrigatoriedade da matrícula em escolas, delibera questionamentos sobre as possíveis lacunas na legislação que abririam espaço para o homeschooling.

Os apoiadores dessa proposta educacional assim como os críticos baseiam-se na Constituição federal de 1988. Para defender, entre outros artigos, o 229 da Constituição Federal de 1988, onde expressa: "*Os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores...*", bem como nos artigos 205 e 206 também da Constituição não possuem imposição de matricula em escola, garantindo portanto o direito de escolher livre e prioritariamente, o tipo de educação que desejar para seus filhos, isso sem desobedecer a Carta Magna que rege o país. (BARBOSA, 2013).

Da análise minuciosa dos textos legais, verifica-se que tanto os argumentos favoráveis quanto os contrários ao homeschooling baseiam-se não somente em artigos da Constituição Federal de 1988, mas também nos princípios constitucionais, criando assim uma colisão entre tais, cabendo ao Judiciário a decisão sobre tais questão, fator esse que não tem sido diferente com o passar dos anos, já que em todos os casos, o mesmo tem decidido contra a modalidade de ensino, sobre a justificativa em sua maioria, de que a prática é contrária ao que se insere a Constituição Federal de 1988, assim como é contrária aos objetivos estabelecidos para a educação em um estad democrático de direito. (BARBOSA, 2013).

As objeções mais recorrentes no debate entre o Homeschooling e as normas expressas na Constituição Federal do Brasil de 1988 centram-se entre outras coisas no papel da escola no que tange a socialização e a formação para a cidadania; entretanto é possível reconhecer que tanto as experiências internacionais e nacionais, ainda que incipientes, a revelaram a necessidade de revisão de tais pressupostos, dirimindo o "mito" da falta de socialização e formação para a cidadania nas experiências do ensino em casa. (BARBOSA, 2013).

Levando em consideração todos os questionamentos supracitados neste texto não estarem esgotados e demonstrarem necessidade de estudos e debates ainda mais aprofundados sobre o homeschooling e a possibilidade de normatização sem que o mesmo vá a desencontro com as normas estipuladas pela Constituição Federal de 1988 acabam incorrendo em outras relevantes questões relacionadas às fronteiras do direito à educação, bem como a privatização da educação. Estas decorrem sobretudo de dois aspectos: diante da escolha que os pais fazem ao transferir a educação de seus filhos da escola para o âmbito privado familiar. (ADRIÃO, 2015).

A Constituição Federal de 1988 converte a educação em direito subjetivo, o que é fundamental para compreendermos como se deve configurar a relação entre indivíduo e Estado, em relação a prestação educacional. De modo que, a reflexão sobre o direito educacional não passa simplesmente pela descrição da legislação de ensino, mas em perceber como são interpretadas e cumpridas as determinações constitucionais (VIEIRA, 2001).

Quando analisamos o artigo 6º da Constituição, observamos que a educação é definida como direito social e não direito individual, pois o texto diz: *"São direitos sociais a educação, (...), na forma desta Constituição"*. Isso significa que a obrigação pelo desenvolvimento pleno do indivíduo é da sociedade e exige um posicionamento diferente do Estado.

Carlos Roberto Jamil Cury (2002) diz que o regime jurídico da educação brasileira não obriga que a educação seja feita em instituições escolares. Ele argumenta em relação a esse ponto da seguinte maneira:

> *A legislação brasileira, ao tornar o ensino fundamental obrigatório para todos, jamais determinou que, forçosamente, ela se desse em instituições escolares. Se a instituição escolar é obrigatória, a escola não o é. Veja-se o caso do artigo 24, II, c, das atuais diretrizes e bases da educação nacional, Lei 9.394/96, que inclui como uma das regras comuns da educação básica a possibilidade de inscrição na série ou etapa adequada, conforme regulamentação do respectivo sistema de ensino, independentemente, de escolarização anterior, mediante avaliação feita pela escola, que defina o grau de desenvolvimento e experiência do candidato (p. 571).*

A Constituição de 1988 trata do direito fundamental à educação no Capítulo III, Seção I, do Título VIII (Da ordem social), e a ele dedica 10 artigos, dos quais permita-se transcrever os seguintes:

> "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".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> "Art. 206. O ensino será *ministrado* com base nos seguintes princípios:
>
> (...)
>
> II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
>
> III – "pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino (...)".
>
> "Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
>
> I – ensino *fundamental* obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria;
>
> (...)
>
> § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.
>
> § 2º O não-*oferecimento* do ensino obrigatório pelo poder público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.
>
> § "3º Compete *ao* poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola".

Pela simples leitura dos artigos acima, conclui-se, portanto, que o Estado brasileiro se obrigou a garantir a prestação do ensino fundamental a todos os seus cidadãos, independentemente da idade e sob responsabilidade da autoridade competente. Tal dever também é confiado à família, que, por esse motivo, está sujeita à fiscalização do Estado para que seja assegurada a frequência à escola. (NETTO, 2005).

Não imagino a utilização do termo conclusão ao fechar a linha de pensamentos no presente trabalho, aja vista o enorme leque de colocações divergentes e mesmo assim coerentes que se dividem no conflito entre a

Constituição Federal de 1988 e o homeschooling, necessitando de aprofundamentos de pesquisas e analises sobre o referido tema, mas conclui-se, no entanto que permanece no Brasil a posição soberana da Carta Magna vigente.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇAO DOMICILIAR – ANED; disponível em: www.aned.org.br. Visitado em: 22/05/2019 às 15h30.

ADRIÃO, T.M.F. **Dimensões da privatização da educação básica no Brasil a partir de 1990: Um diálogo com a produção acadêmica.** Tese (Livre-docência). Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2015.

BARBOSA, L. M. R. **Ensino em casa ou na escola? Respostas do Poder Judiciário brasileiro.** Cadernos Cenpec, V. 3, n. 1, P. 1 – 12, set 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BEUREN, Ilse Maria; RAUPP, Fabiano Maury. **Metodologia da pesquisa aplicável às ciências sociais.** In: BEUREN, Ilse Maria (org). Como elaborar trabalhos monográficos em contabilidade: Teoria e Prática. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 200.

CURY, C.R.J. **Educação escolar e educação no lar: espaços de uma polêmica. Educação e Sociedade.** Campinas, v. 27, n. 96, p. 667-688, out. 2006.

Internet 1: www2.camaraleg.br – artigo de 20/09/2018 – consulta em: 22/05/2019 às 16h01.

MOTTA – ROTH, Désirée; HENDGES, Graciela H. **Produção textual na universidade.** São Paulo, 2010.

NETTO, Domingos Francielli. **Aspectos Constitucionais e infraconstitucionais do ensino fundamental em casa pela família.** 2102/2005. Disponível em: http// bdjur.stj.go.br

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23. Ed. São Paulo: Cortez, 2007. P. 122 – 123.

VIEIRA, A.O.P. **"Escola? Não, obrigado": Um retrato da homeschooling no Brasil**. Monografia (Graduação). Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O USO DA BIOMETRIA FACIAL NO TRANSPORTE PÚBLICO BRASILEIRO: TRÊS PERSPECTIVAS JURÍDICAS

JAYME APARECIDO DE SOUZA JUNIOR:
Jayme Souza é mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP, especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas-FGV/SP, graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Gestor jurídico com atuação nacional e internacional.

RESUMO: Diante do uso cada vez maior das tecnologias de biometria facial no transporte público brasileiro, se faz necessário um estudo mais detido sobre as questões jurídicas relativas ao assunto. O presente artigo analisa as principais aplicações de tal tecnologia no transporte público brasileiro sob três perspectivas jurídicas: o direito à liberdade, o direito à privacidade e o direito à segurança pública. O propósito é contribuir para a solução de debates presentes e futuros sobre questões práticas relacionadas ao tema. O método utilizado é o dedutivo, baseado na lei e doutrina aplicáveis. Os resultados encontrados estabelecem perspectivas favoráveis à utilização dessas tecnologias, desde que se enquadrem nos parâmetros normativos aplicáveis.

PALAVRAS-CHAVE: Transporte público - Biometria facial – Liberdade – Privacidade - Segurança pública.

ABSTRACT: In view of the increasing use of facial biometrics technologies in Brazilian public transportation, a more detailed study on the legal issues related to the subject is necessary. This paper analyzes the main applications of such technology in Brazilian public transportation from three legal perspectives: the right to freedom, the right to privacy and the right to public security. The purpose is to contribute to the solution of present and future debates on practical issues related to the topic. The deductive method used is based on applicable law and doctrine. The results found establish favorable perspectives for the use of these technologies, as long as they fit the applicable normative parameters.

KEYWORDSs: Public transport - Facial biometrics - Freedom - Privacy - Public security.

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 A Biometria Facial – 3 O uso da biometria facial no transporte público: 3.1 Utilização da biometria facial no apoio ao monitoramento e segurança pública; 3.2 Utilização da biometria facial como forma de autenticação para pagamento de tarifa e ou acesso ao serviço; 3.3 Utilização da biometria facial para atividades de publicidade e análise de comportamento – 4 Três perspectivas

jurídicas sobre o tema no Brasil: 4.1 Perspectiva do direito à liberdade; 4.2 Perspectiva do direito à privacidade; 4.3 Perspectiva do direito à segurança pública – 5 Conclusão – 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Não há dúvida de que as novas tecnologias estão causando uma alteração profunda no modo de vida humano, levando-nos a crer na existência de uma fase de ruptura entre um passado predominantemente analógico para um futuro essencialmente digital.

As relações sociais passam, dessa forma, a ocorrer num ambiente relativamente novo, o ciberespaço ou espaço virtual.[1] Uma realidade paralela, na qual são produzidos quintilhões de *bytes* de dados diariamente.[2]

E, para se ter uma ideia do momento em que nos encontramos diante dessa transformação, estatísticas apontam que o volume anual de dados criados na internet mais do que dobrou entre 2015 e 2018 e deve sair dos 33 *zettabytes*[3] deste último ano citado para atingir os 175 *zettabytes* anuais em 2025 (SEAGATE, 2019).

Fatores que devem contribuir para esse aumento são, dentre outros, o incremento do volume de pessoas conectadas à internet[4] e o aumento da utilização da inteligência artificial, tecnologia que cada vez mais possibilitará a comunicação entre objetos de forma autônoma e com produção de dados independentemente da intervenção humana (*Internet of things* – IoT).

Esse volume de dados criados e transmitidos no ambiente virtual serve de matéria-prima para o desenvolvimento de serviços e comunicação assertiva que melhor atendam às necessidades humanas, mas também preocupa alguns pensadores com relação aos riscos que causa à privacidade dos indivíduos.[5]

As divisas entre o espaço público e o espaço privado estão cada vez menos evidentes e tendem a desaparecer, dando origem a uma espécie de sociedade de vidro, facilmente observada através do panóptico digital.[6]

A questão colocada aqui é a possibilidade de novas formas de vigilância e controle, muitas vezes sutis, praticadas não somente pelos governos, mas também por empresas privadas ou outros indivíduos, cujas intenções variam e podem, em algumas situações, tornarem-se perigosas à liberdade.[7]

Como exemplos recentes desse problema, vivenciamos o escândalo da Cambridge Analytica/Facebook sobre a utilização indevida de dados pessoais para a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

manipulação de opiniões durante campanhas eleitorais em diversas partes do mundo, com destaque aos Estados Unidos da América.[8] Também a existência recente de diversos vazamentos de dados, como o do banco americano Capital One, envolvendo dados de cartão de crédito de 100 milhões de americanos e 6 milhões de canadenses (TERRA, 2019), ou o da rede Marriot de hotéis, envolvendo dados de 383 milhões de registros de números de passaporte e números de cartão de crédito de clientes (CEDEÑO, 2018).

Além disso, lembremos os escândalos envolvendo as divulgações feitas pelo *site* do WikiLeaks sobre espionagens praticadas pelo governo norte-americano, inclusive quanto a dados pessoais de integrantes do governo brasileiro (G1, 2015).

Esse momento de transição cultural que combina transparência e democratização de informação com vigilância e exploração de dados pessoais é um dos pontos que preocupam os cidadãos no mundo inteiro e fazem com que cada vez mais países busquem regulamentar a questão da proteção dos dados pessoais.

As regulamentações têm, geralmente, duplo sentido, o de proteger os dados pessoais e, portanto, a privacidade, liberdade e dignidade de seus titulares, mas também o de trazer segurança jurídica ao cenário de negócios, de modo a não impactar negativamente na economia.

Atualmente, 58% do total de países do mundo contam com legislações sobre proteção de dados, segundo dados da ONU (UNITED Nations, 2019).

A legislação utilizada como referência para muitos países é o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu (*General Data Protection Regulation*), cuja entrada em vigor ocorreu em maio de 2018. Ele inspirou a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira (conhecida como LGPD), que foi publicada em 2018 e entrará completamente em vigor em agosto de 2020.

Apesar de a lei específica brasileira para proteção de dados pessoais não estar em vigor, a privacidade dos cidadãos é protegida atualmente, de forma geral, tanto pela Constituição Federal como pelo Código Civil e por algumas outras leis esparsas.[9]

É nesse contexto que novas tecnologias são desenvolvidas, aprimoradas e/ou implementadas: num ambiente de dicotomia entre transparência e privacidade; entre evolução tecnológica, com exploração econômica dos dados, e proteção das liberdades individuais dos indivíduos; onde a vigilância precisa ter limites, mas limites que não impeçam o avanço civilizatório proporcionado pela tecnologia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim é que, no presente artigo, aprofundaremos o debate sobre a implementação das tecnologias de biometria facial no transporte público brasileiro, analisando como elas podem impactar os direitos dos usuários desse serviço público e quais seus benefícios e infortúnios, baseados nas normas jurídicas aplicáveis à questão.

2 A BIOMETRIA FACIAL

Quando falamos de biometria, estamos tratando do estudo estatístico de características físicas ou comportamentais dos seres vivos.

A origem da palavra vem da antiga Grécia, da junção das palavras "bios", que significa *vida*, e "metrickos", que significa *medida*.

Datta, Datta e Banerjee (2016) destacam a utilização da biometria para a identificação de um indivíduo por suas características físicas e biológicas únicas e também sua utilização moderna como ferramenta de autenticação, destinada a estabelecer ou confirmar alguém ou algo como autêntico. Eles elencam três categorias de técnicas utilizadas para tanto, quais sejam: a biometria física, a biometria comportamental e a biometria química.

Dentre as técnicas de biometria física, encontra-se a biometria facial, que nada mais é do que o estudo estatístico das características da face humana. Sua finalidade mais conhecida atualmente é a de identificação de indivíduos, mas essa não é a única, podendo servir, por exemplo, para identificar emoções humanas sem necessariamente identificar o individuo.

Os estudos de biometria facial envolvem técnicas de detecção e de reconhecimento.

A técnica de detecção visa apenas a localizar e extrair a região facial de um contexto (DATTA; DATTA; BANERJEE, 2016, p. 5.), ou seja, ela realiza o processamento de uma imagem e visão computacional para determinar a existência, ou não, de face(s) e, caso exista(m), retorna a informação sobre a localização da(s) mesma(s) (ZHANG, 2010).

Já as técnicas de reconhecimento visam à verificação e autenticação da face, geralmente comparando a imagem teste, extraída do mundo real, com outra ou outras previamente armazenadas (DATTA; DATTA; BANERJEE, 2016, p. 5-6).

Geralmente, a detecção facial ocorre como primeiro estágio do processo de reconhecimento facial.

O primeiro sistema de reconhecimento facial automatizado foi criado pelo professor Takaeo Kanade e reportado em sua Tese de Doutorado em 1973, mas, devido a limitações do poder computacional de processamento de grandes volumes de bases de dados na época, bem como das variações em características faciais, a eficiência do método não foi atingida, deixando a tecnologia adormecida (DATTA; DATTA; BANERJEE, 2016).

No final de década de 1980, o trabalho de Kirby e Sirovich demonstrou que a aplicação de uma técnica de cálculo padrão poderia codificar com exatidão uma imagem de uma face adequadamente normalizada e alinhada, reduzindo o tamanho do arquivo e possibilitando avanços na tecnologia (SIROVICH; KIRBY, 1987).

Em 1991, Turk e Pentland criaram o método de padrões baseado em *eigenfaces*, método pelo qual dados relevantes são extraídos da imagem facial e transformados em um código. Esse código teste é comparado com um ou mais códigos de referência armazenados numa biblioteca virtual. Esses códigos de referência são formados através da análise de diversas imagens similares de uma mesma face em posições diferentes, para que se obtenha uma margem de tolerância capaz de permitir a detecção e o reconhecimento da face mesmo com uma imagem teste imperfeita (BISSI, 2018).

Durante os últimos 20 anos, diversos algoritmos de reconhecimento facial foram propostos, dentre diversas técnicas existentes, as quais não nos cabe detalhar no espaço deste trabalho. Tais avanços possibilitaram a aplicação dessa tecnologia em diversas áreas que visem identificação de pessoas ou características humanas, desde abertura de portas ou desbloqueio de smartphones, até reconhecimento de criminosos e desaparecidos em vias públicas ou extração de dados biométricos para fins estatísticos.

Atualmente, sua utilização no transporte público vem crescendo mundialmente e gerando algumas discussões, principalmente quanto à privacidade e à liberdade.

3 O USO DA BIOMETRIA FACIAL NO TRANSPORTE PÚBLICO

Encontramos três grandes aplicações da tecnologia de biometria facial no transporte público[10], quais sejam: a) apoio ao monitoramento e segurança pública; b) autenticação para pagamento de tarifa e ou acesso ao serviço de transporte; e c) para atividades de propaganda e análise de comportamento.

Tratemos de cada uma delas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3.1 Utilização da biometria facial no apoio ao monitoramento e segurança pública

Muitas cidades ao redor do mundo estão ampliando a utilização de tecnologias de detecção e de reconhecimento facial em seus sistemas de segurança pública.

Tais tecnologias permitem a identificação de criminosos e de pessoas desaparecidas, bem como o monitoramento efetivo através de câmeras espalhadas em locais de grande circulação de pessoas.

Sua aplicação no transporte público inclui não somente o monitoramento de terminais de ônibus, aeroportos e estações de trem, como, também, o combate a fraudes, através da identificação de pessoas que se utilizam irregularmente de benefícios públicos, como gratuidade ou descontos em tarifas, passando-se por outras pessoas.

A China é um dos países mais desenvolvidos quanto à aplicação dessa tecnologia. Por lá, já existem policiais que se utilizam de óculos com reconhecimento facial para identificar criminosos em estações de trem (CHAN, 2019). E, além disso, o país conta com um sistema bastante avançado de vigilância e identificação de pessoas através do uso de biometria facial, com apoio de mais de 200 milhões de câmeras espalhadas por diversas áreas de muitas cidades (ZMOGINSKI, 2019).

Nos Estados Unidos, diversos aeroportos já utilizam tal tecnologia para identificar pessoas com vistos vencidos e evitar fraudes na utilização de passaportes (CNN, 2019 e RFI 2018).

No Brasil, a biometria facial tem sido aplicada para identificar criminosos e evitar o contrabando de mercadorias em aeroportos (FREIRE, 2019 e JORNAL Nacional, 2016), bem como para evitar fraudes envolvendo os sistemas de pagamento e o uso indevido de benefícios sociais em ônibus, metrôs e trens.[11]

Para se ter uma ideia da eficiência do sistema e de como ele pode auxiliar a segurança pública, em apenas em uma cidade brasileira, São Paulo, mais de 331 mil cartões de Bilhete Único para pagamento da tarifa de ônibus foram bloqueados por fraude entre agosto de 2017 e junho de 2019 (ZVARICK, 2019).

Mas a aplicação da biometria facial no transporte público ainda gera controvérsias quanto a temas como liberdade, privacidade e vigilância e controle social, que se confrontam com seus benefícios relativos à segurança e ao combate à

criminalidade. Debateremos o tema a seguir, logo após tratarmos das demais formas de aplicação dessa tecnologia no transporte público.

3.2 Utilização da biometria facial como forma de autenticação para pagamento de tarifa e ou acesso ao serviço

Outro uso recente da biometria facial no transporte público é sua aplicação para autenticar pagamentos e ou para liberar o acesso ao serviço de transporte. Nesse contexto, ela substitui a utilização de senhas, cartões eletrônicos, *QR codes* e outras tecnologias.

A tecnologia consiste na utilização de um sistema que coleta a imagem da face do usuário e a compara com outra(s) dele mesmo, previamente salva(s) em um banco de dados, autenticando o pagamento da tarifa a ser realizado à empresa de transporte ou mesmo identificando o usuário para acesso ao serviço previamente pago, como no caso de autenticação para acesso à área de embarque em aeroportos.

Tal aplicação está sendo utilizada em algumas cidades ao redor do mundo, como nos trens de Shenzhen, na China (LIAO, 2019) e nos ônibus de Madri, na Espanha (CARVALHO, 2019). Além disso, diversos aeroportos já contam com sistemas de liberação de embarque com utilização de reconhecimento facial,[12] sendo certo que devemos presenciar um rápido aumento do uso de tais tecnologias ao redor do mundo, apesar dos debates sobre a privacidade.

No Brasil, a empresa Gol foi a primeira a utilizar tal tecnologia para liberação de acesso de passageiros à área de embarque do aeroporto do Galeão, no Rio de Janeiro, em 29 de maio de 2019 (TIEGHI, 2019).

3.3 Utilização da biometria facial para atividades de publicidade e análise de comportamento

Uma outra aplicação da biometria facial no transporte público refere-se à atividade de publicidade. Empresas utilizam ferramentas de análise de audiência conjugadas com biometria facial para produzir estatísticas quanto à efetividade da propaganda exposta em locais públicos, como estações de metrô, aeroportos e terminais de ônibus.

A aplicação consiste em coletar a imagem de pessoas que olham para uma publicidade e, através de sistemas de detecção facial e identificação de características como emoções sentidas, faixa etária, gênero e tempo de atenção, produzir estatísticas.[13]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O sistema vem sendo utilizado em diversos locais de grande circulação de pessoas ao redor do mundo (GILLESPIE, 2019).

O metrô da cidade de São Paulo, no Brasil, utilizou tal tecnologia em sua linha Quatro (Amarela), operada pela empresa Concessionária da Linha 4 do Metrô de São Paulo S.A., em 2018, mas teve sua utilização suspensa devido a uma decisão preliminar em sede de ação coletiva proposta pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC, que identificou irregularidades na forma da coleta dos dados, as quais teriam infringido leis nacionais como o Código de Defesa do Consumidor e o ECA e a própria Constituição Federal, dentre outros diplomas.[14]

A justificativa do Metrô para a utilização desses sistemas para a publicidade é a de que isso pode torná-la mais assertiva e pode trazer benefícios para os usuários. Além disso, o dinheiro advindo dessa exploração pode contribuir para reduzir o custo do serviço ao Estado. A defesa argumenta que não há coleta de dados, mas mera detecção facial que não identifica os usuários, não gerando dado pessoal.

A situação desse caso específico, em nossa visão, precisa ser analisada detidamente, com a ajuda de perícia técnica que identifique a arquitetura da aplicação utilizada e o fluxo de dados, de modo a esclarecer como as características faciais são extraídas e como o dado é tratado. De toda forma, qualquer implantação desse tipo de sistema precisa ser vista com calma diante das leis em vigor em cada país.

Apresentadas as três grandes aplicações da tecnologia de biometria facial no transporte público, passemos à análise delas diante da legislação em brasileira.

4 TRÊS PERSPECTIVAS JURÍDICAS SOBRE O TEMA NO BRASIL

Atualmente, não existem leis federais em vigor no Brasil para a regulamentação específica da aplicação da biometria em áreas públicas.

Entretanto, existem três perspectivas jurídicas relevantes sobre o tema, quais sejam: a do direito à liberdade, a do direito à privacidade e a do direito à segurança pública; as quais são lastreadas em diversas normas aplicáveis, das quais passaremos a tratar.

4.1 Perspectiva do direito à liberdade

Quanto à perspectiva do direito à liberdade, os principais debates jurídicos versam sobre a possibilidade de desvirtuação da tecnologia (levando-a a ser aplicada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

para a vigilância e discriminação dos cidadãos) e o direito ao livre exercício de atividade econômica.

Para tratar de tais pontos, no entanto, é importante termos em mente que o reconhecimento do direito à liberdade do ser humano é relativamente novo, remontando aos ideais iluministas do século XVIII e ganhando proporção mundial apenas em 1948, com a Declaração dos Direitos Humanos da ONU, da qual o Brasil é signatário e foi um dos primeiros 48 países a aprovar.

Na Constituição Federal de 1988, a liberdade é protegida em diversos dispositivos, sendo certo que uma das finalidades do Estado Democrático brasileiro é garanti-la, conforme preâmbulo da Carta Maior.

O conceito de liberdade não é algo simples, mas, de modo geral, podemos concebê-la como a capacidade de o indivíduo agir por si mesmo, dentro dos limites que não prejudiquem o próximo.

Nesse sentido, a liberdade pressupõe a ausência de fatores externos, que retirem a independência das decisões humanas, bem como pressupõe a existência de consciência, sendo certo que esta precisa de informação, de conhecimento, para existir.

Também, a liberdade não é plena, pois sofre limitações impostas pela liberdade dos demais membros dentro de uma sociedade.[15]

A importância de entendermos a liberdade, neste estudo, é porque uma das discussões sobre o tema da introdução da tecnologia de detecção e reconhecimento facial no transporte público brasileiro é com relação à sua contribuição para a possibilidade de vigilância e controle do comportamento humano.

A vigilância e o controle podem trazer limitações à liberdade na medida em que retirem do indivíduo sua independência e o poder de escolha livre.

Assim, qualquer das três aplicações da biometria facial enunciadas anteriormente, caso extrapolem os limites socialmente admitidos e, portanto, os dispositivos legais de proteção à liberdade, não poderá ser utilizada e, caso assim o seja, estará fadada a ser restringida por instrumentos jurídicos que busquem a efetivação desse direito humano fundamental.

Como vimos, uma das aplicações da biometria facial no transporte público é a de monitoramento de locais públicos para reconhecimento de criminosos e de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pessoas desaparecidas. Essa atividade tem fundamento no direito à segurança pública, que restringe a liberdade justamente para garanti-la, pois, como ensina Montesquieu (2004, p. 187), "se um cidadão pudesse fazer o que elas [as leis] proíbem, ele não teria mais liberdade, porque os outros cidadãos teriam do mesmo modo esse poder".

O Estado tem o dever constitucional de prover a segurança dos indivíduos e, para tanto, precisa acompanhar o desenvolvimento tecnológico, sob pena de, não o fazendo, descumprir uma de suas finalidades e infringir o ordenamento jurídico.[16]

Por isso, se a finalidade for somente prover a segurança pública e ela for utilizada com os cuidados devidos para tanto, a tecnologia estará sendo utilizada nos limites da lei e, portanto, será bem-vinda.

No entanto, se a finalidade da aplicação for obter informações de indivíduos para discriminação étnica, religiosa, perseguição política ou qualquer outra, bem como, se for para a utilização econômica dos dados ou investigações de comportamentos que não tenham relação com ações criminosas ou suspeitas[17], a aplicação pode ser entendida como ilegal, por infringir o direito à liberdade.

Existem preocupações em todo o mundo com o aumento do poder de vigilância do Estado diante dos indivíduos, principalmente pelo uso de Inteligência Artificial combinada com tecnologias como as de reconhecimento facial.[18]

Também, a geração crescente de bases de dados pessoais centralizadas por governos remete a preocupações com relação à má utilização dos dados dos cidadãos para a implementação de medidas restritivas à liberdade, ainda que tal centralização possa melhorar o desempenho dos serviços que envolvam Inteligência Artificial e possam proporcionar melhores serviços públicos.[19]

Quanto à aplicação da tecnologia para a autenticação do pagamento de tarifas e para a liberação de acesso ao serviço de transporte público, essa será legal, na perspectiva do direito à liberdade, sempre que seja utilizada por escolha do usuário, desde que existam outras opções.

Na mesma perspectiva, a aplicação da biometria para a publicidade deve ser vista com cuidado, de modo que não infrinja nem o direito à liberdade de escolha e nem o direito à liberdade de locomoção ou qualquer outro.

Para tanto, o procedimento precisa ser devidamente avisado às pessoas que serão expostas à publicidade e o direito de escolha entre participar ou não

precisa ser respeitado, afinal, não se pode obrigar alguém a participar de uma pesquisa estatística com utilização de seus dados pessoais sem que exista um interesse público relevante e legal que justifique.

Nesse contexto, a utilização da biometria facial para a análise das faces de pessoas no metrô de São Paulo não parece ter sido implementada de maneira adequada, juridicamente falando. Isso porque ninguém que foi submetido ao procedimento sabia que seu rosto estava sendo analisado e muito menos que dados como sua idade, gênero e emoções estavam sendo coletados.

Tal coleta de dados, da forma que ocorreu, infringe diretamente a liberdade individual das pessoas que foram submetidas ao procedimento, liberdade essa de dispor sobre os atributos de sua personalidade. Trataremos mais detidamente do tema adiante, quando falarmos da privacidade.

Um outro ponto sobre a liberdade a ser abordado é o direito ao livre exercício de qualquer atividade econômica, previsto no parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal.

Ele reforça a liberdade que os indivíduos têm de explorar uma atividade econômica sem a interferência indevida do Estado. Porém, é mister destacarmos que, assim como os demais direitos relativos à liberdade, ele sofre limitações.

As limitações ao direito à livre exploração de qualquer atividade econômica são derivadas dos demais direitos que visam a proteger a liberdade, como o direito à liberdade de locomoção, o direito à liberdade de pensamento, à intimidade, à vida privada, à imagem, dentre outros.

Dessa forma, no caso das aplicações da biometria facial no transporte púbico, a liberdade de utilização de tais aplicações não é plena, devendo atender às restrições impostas pelas liberdades legalmente protegidas dos usuários do transporte púbico.

4.2 Perspectiva do direito à privacidade

A privacidade é um dos direitos que visa a proteger a personalidade humana, ou seja, que visa a proteger o "conjunto de caracteres próprios do indivíduo" (TELLES JR, 1977, 315).

Quando, no século XVIII, o ser humano foi reconhecido como ser independente do Estado, tal ruptura deu ensejo ao reconhecimento de qualidades próprias dos indivíduos, físicas e psíquicas, sem as quais eles não podem ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

entendidos como seres independentes. Dessa forma, a proteção jurídica de tais qualidades se tornou essencial para permitir a existência humana livre e digna.

Assim, ao longo dos anos, foram sendo reconhecidas diversas dessas qualidades e o direito à sua proteção.

Nesse contexto, surge o reconhecimento do direito à privacidade[20], que, apesar de, inicialmente, ter sido entendida como o direito de um indivíduo "ser deixado só" (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 193), atualmente pode ser entendida como o poder de um sujeito revelar-se seletivamente ao mundo (HUGHES, 1993).

Nesse sentido, Stefano Rodotà a define como "o direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada." Em sua concepção, "o objeto deste direito pode ser identificado no 'patrimônio informativo atual ou potencial' de um sujeito" (RODOTÀ, 2008).

No Brasil, atualmente, a privacidade é protegida constitucionalmente pelo artigo 5º, incisos X, XII e XIV da Constituição Federal, que tratam respectivamente da inviolabilidade da intimidade e da vida privada; da inviolabilidade do sigilo de correspondências, comunicações telegráficas, de dados e de comunicações telefônicas; bem como da inviolabilidade do sigilo profissional.

Além da Constituição Federal, a privacidade é protegida infraconstitucionalmente por dispositivos do Código Civil (direito à vida privada – art. 21 – e direito à vida privada familiar – art. 1513); do Estatuto da Criança e do Adolescente (direito à intimidade, à imagem e reserva da sua vida privada – art. 100, V); da Lei nº 7.232/1984 (que dispõe sobre a política nacional de informática, determinando o estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e técnicos para a proteção do sigilo dos dados armazenados, processados e veiculados, do interesse da privacidade e de segurança das pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas - art. 2º, inciso VIII); da Lei nº 12.965/2014 (que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, dispondo sobre regras para a proteção da privacidade na rede); da Lei nº 12.527/11 (que, ao tratar do direito de acesso à informação, estabelece o dever dos órgãos e entidades do Poder Público de assegurar a proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso – art. 6,III), dentre outros, contidos em diversos diplomas legais.[21]

Além delas, a lei geral de proteção de dados pessoais, Lei nº 13.709/2018, conhecida como LGPD, a qual entrará completamente em vigor em agosto de 2020,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

trata especificamente da privacidade quanto a dados pessoais, trazendo diversas regras quanto à coleta, tratamento de destruição dessa espécie de dados.

Nesse contexto, para a introdução da biometria facial no transporte público sob a perspectiva da privacidade, devemos observar todas as regras ora tratadas, tendo em mente que todas elas, na verdade, visam resguardar a personalidade humana e seu desenvolvimento livre.

Com relação à aplicação de tal tecnologia para o apoio ao monitoramento e segurança de áreas públicas, a privacidade sofre restrições com relação ao interesse púbico na preservação da segurança dos indivíduos transeuntes e da sociedade de modo geral. Assim, da mesma forma que ocorreu quando analisamos esta aplicação pela perspectiva do direito à liberdade, caso o monitoramento sirva exclusivamente para identificar criminosos e pessoas desaparecidas, não existirá, a princípio[22], qualquer ilegalidade com relação à proteção da privacidade, nem mesmo a necessidade de consentimento para a coleta do dado biométrico. Tal posicionamento também foi o adotado pelo legislador, quando da redação da LDPD, que, apesar de ainda não estar em vigor, dispõe, em seu art. 4º, sobre a exclusão de sua aplicação quanto ao tratamento de dados pessoais realizados para fins exclusivamente de segurança pública ou atividades de investigação e repressão de infrações penais.

Entretanto, se, eventualmente, tal aplicação da tecnologia de biometria facial servir para a análise de questões da intimidade dos titulares dos dados coletados sem relação com as finalidades de segurança pública ou investigação e repressão penais, ela não estará lastreada no interesse público e, portanto, deverá seguir as normas próprias para o caso.

Como exemplo, podemos citar a situação hipotética de um sistema de reconhecimento facial de monitoramento servir para coleta de dados pessoais para nutrir banco de dados utilizado para a oferta de publicidade. Nesse caso, o consentimento do titular do dado é impreterível.

Quanto à sua aplicação para combate às fraudes com relação ao pagamento de tarifas e benefícios sociais para acesso ao transporte público, sua utilização está baseada no interesse público, sendo certo que independe de autorização do titular do dado a coleta de sua biometria facial e tratamento por meio dos sistemas cujas câmeras são comumente instalados nas catracas limitadoras de acesso. Afinal, caso o consentimento fosse a regra, certamente não haveria vontade por parte dos fraudadores de permitir a coleta de seus dados biométricos. Nesse sentido também aponta a redação do artigo 11, inciso II, alínea "g" da LGPD, quando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

permite a coleta de dados biométricos, espécie de dados sensíveis, sem o consentimento de seu titular para a finalidade de prevenção à fraude e à segurança do titular nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos.[23]

Já quanto à aplicação da tecnologia de biometria facial para o pagamento de tarifa e acesso ao transporte público sem a finalidade de combate à fraude, cabe ao responsável pela coleta e ao controlador providenciarem o consentimento do titular do dado antes da coleta. Neste caso, a cláusula deve ser destacada das demais como forma de demonstrar que a informação foi dada de forma adequada e ostensiva ao titular do dado e que o consentimento é livre, atendendo ao princípio da boa-fé contratual.[24]

Assim, as empresas que trabalham com esse tipo de negócio podem solicitar o consentimento para a coleta da biometria facial do usuário, ou de seu responsável legal, em caso de incapazes, no momento da compra da passagem ou do crédito para utilização futura, ou mesmo quando do registro de cadastro do cliente, de modo que, quando este utilizar o serviço de transporte, a coleta de seus dados faciais tenha sido previamente consentida.

Veja-se que, quando o manto do interesse público é retirado da situação de uso da biometria facial, a regulamentação é bem mais restritiva, como forma de resguardar os interesses do titular dos dados.

Quanto à aplicação da biometria facial para atividades publicitárias e de análise de comportamento em transporte público, sua análise pela perspectiva da privacidade revela que sua implantação precisa ser cautelosa.

Em primeiro lugar, como vimos, a coleta de dados não pode ser obrigatória, pois, nessa condição, além de infringir o direito à liberdade, também infringiria o direito à privacidade dos titulares dos dados. Além disso, também geraria uma vantagem manifestadamente excessiva à empresa que explora o serviço público e ou ao Estado diante dos consumidores, posto que estes, para exercer seu direito de livre locomoção, teriam que necessariamente ceder seus dados biométricos para análises estatísticas sem justificativa legal, gerando uma obrigação abusiva aos consumidores usuários do serviço e infringindo o art. 39, V do CDC.

Em segundo lugar, precisa existir informação adequada, clara e em língua portuguesa sobre como se dará a coleta e processamento, qual a finalidade do serviço e todas as demais informações relevantes que permitam ao usuário consumidor saber exatamente o que esperar do serviço,[25] inclusive quanto a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

eventuais riscos à sua segurança ou à segurança de seus dados (art. 6º, inciso III do CDC), bem como permita que o titular do dado aceite ou não ceder seu dado facial.

Também, ainda quanto ao consentimento, ele precisa ocorrer previamente à coleta dos dados e, no caso de pessoas incapazes juridicamente, precisa ser adquirido do responsável legal do incapaz cujo dado será coletado.

A segurança de tais dados precisa ser uma prioridade e precisa ser tratada seriamente tanto pelo ente público responsável pelo serviço quanto pelas empresas que tratarão os dados coletados.

Com a entrada em vigor da LGPD, em 2020, as empresas públicas e privadas deverão seguir diversas normas quanto ao tratamento dos dados e forma de destruição dos mesmos, bem como atender a diversos direitos do usuário, como o de ter acesso e alterar seus dados ou mesmo excluí-los ou portá-los.

Algumas empresas sustentam que sua tecnologia não reconhece faces, mas apenas as detecta e extrai dados anonimizados em tempo real, não causando qualquer risco à privacidade.

Contudo, é importante que o fluxo de coleta e tratamento dos dados seja analisado, posto que, geralmente, ele segue etapas que não são realizados no local da coleta, exigindo o envio dos dados coletados para processamento externo, que pode até mesmo ocorrer em outro país.[26]

Caso o dado pessoal seja transmitido para outros países, após a entrada em vigor da LGPD existirão regras de transferência internacional que precisarão ser cumpridas. Também, é necessário que se observe a legislação internacional aplicável, posto que alguns documentos podem ser exigidos, a depender do caso.

Ainda, todo tratamento e toda a transmissão de dados precisa garantir níveis aceitáveis de segurança, envolvendo técnicas que evitem o vazamento dos dados.

Portanto, veja-se que a aplicação das tecnologias de reconhecimento facial no transporte público brasileiro enfrentam diversos desafios quanto à privacidade, os quais, no entanto, servem para resguardar o devido desenvolvimento da personalidade humana e, em conjunto com outros direitos, como o da liberdade, proporcionar uma vida digna aos indivíduos.

4.3 Perspectiva do direito à segurança pública

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

De acordo com o artigo 144 da Constituição Federal, a segurança pública é um dever do Estado e um direito e responsabilidade de todos. Ela é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

De modo geral, são as polícias e o corpo de bombeiros que detêm o poder de manter a segurança pública.

O poder de polícia do Estado serve como limitador às liberdades individuais dos cidadãos, na medida necessária à manutenção da ordem, segurança geral e da paz social, bem como de qualquer outro bem tutelado pelos dispositivos legais.[27]

Nesse contexto, a aplicação da biometria facial com a finalidade específica de apoio ao monitoramento e à manutenção da segurança dos locais destinados à prestação do serviço de transporte público, combatendo a criminalidade, atende aos ditames constitucionais.

Na esfera infraconstitucional, a Lei nº 13.675/2018, que instituiu o Sistema Único de Segurança Pública (Susp) e criou a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS), estabeleceu como diretrizes da PNSPDS o fortalecimento das instituições de segurança pública por meio de investimentos e do desenvolvimento de projetos que envolvam inovação tecnológica (art. 5º, VII), bem como a padronização de tecnologia (art. 5º, XI), ou seja, a utilização e padronização de tecnologias para suporte à atividade policial só deve aumentar no país.

Porém, tal desenvolvimento deve atender aos princípios constitucionais e àqueles que a própria lei ora tratada elenca em seu artigo 4º, dentre eles, o respeito ao ordenamento jurídico e aos direitos e garantias individuais e coletivos, bem como a proteção dos direitos humanos, com o respeito aos direitos fundamentais e promoção da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Destaque-se que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD não será aplicável às atividades que visem exclusivamente ao tratamento de dados para a finalidade de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais (art. 4º, III). Dessa forma, não será necessário existir qualquer tipo de consentimento dos indivíduos para a coleta e tratamento de seus dados faciais para as finalidades ora elencadas, contanto que sejam utilizadas dentro dos parâmetros legais e constitucionais.

Já quanto à aplicação da biometria facial para pagamento de tarifas e acesso aos serviços de transporte público, pela perspectiva da segurança pública, ela é recomendável, como forma de evitar fraudes aos usuários e ao erário público.

Porém, deve cumprir com as questões relacionadas ao direito à liberdade e à privacidade, como vimos anteriormente, pois, se assim não ocorrer, ela passará a atentar contra a segurança pública, uma vez que, por exemplo, o acesso indevido de *hackers* às bases de dados relativos à biometria facial que sirvam para autenticar pagamentos pode favorecer o cometimento de cibercrimes, o que cada vez mais se torna um desafio às polícias.

Por fim, quanto à aplicação dessa tecnologia para atividades de publicidade e análise de comportamento humano, a perspectiva da segurança pública não nos parece trazer novidades, posto que a legislação relativa à essa perspectiva será aplicável somente em caso de situações que coloquem em risco a segurança dos usuários ou que atentem à ordem pública, ou, ainda, quando houver interesse pelos órgãos de segurança no acesso aos dados coletados para procedimentos investigatórios.

Dessa forma, para essa aplicação é importante ter em mente o que tratamos quando falamos do direito à liberdade e à privacidade.

5 CONCLUSÃO

Como vimos, estamos vivendo uma profunda transformação tecnológica, que faz com que as relações sociais passem cada vez mais do ambiente analógico para o ambiente digital.

Essa nova Era nos traz desafios quanto à forma que tratamos os dados transmitidos pela internet, que cada dia ganham maiores proporções em termos de volume.

Transparência e controle são desafios dos novos tempos, que enfraquecem a privacidade humana e põem em risco, em alguns casos, a liberdade.

Por outro lado, a manutenção da segurança é necessária, inclusive para nos mantermos livres.

É nesse contexto que tecnologias que se utilizam de biometria facial, como as de detecção e reconhecimento facial, estão ganhando espaço no ambiente do transporte público mundial. Com aplicações no apoio ao monitoramento e segurança; na autenticação para a realização de pagamentos de tarifas e ou acesso ao serviços de transporte; e para atividades de propaganda e análise de comportamento humano.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Analisando juridicamente tais aplicações pelas perspectivas da liberdade, da privacidade e da segurança pública no cenário brasileiro, encontramos pontos positivos e negativos, sendo certo que a utilização de cada uma daquelas aplicações sofre algum tipo de restrição legal. Contudo, isso não deve inibir sua implantação, mas, sim, contribuir para que elas seja efetuadas de maneira condizente com o ordenamento jurídico pátrio.

O objetivo do trabalho não foi abranger toda a legislação aplicável sobre o tema, até mesmo porque não existe regulamentação federal específica ainda em vigor. Mas foi o de abordar algumas questões relevantes que contribuam para entendimento básico das tecnologias e traga perspectivas jurídicas para o debate sobre casos concretos, que já estão ocorrendo e devem aumentar com a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

As aplicações da biometria facial através de tecnologias de detecção e reconhecimento facial chegam ao transporte público brasileiro com perspectivas de crescimento quanto ao combate à criminalidade e a fraudes e devem também ser vastamente utilizadas quanto aos sistemas de pagamento num futuro próximo. Além disso, a publicidade deve ser aprimorada com a utilização de coleta e estudo de dados faciais em ambientes públicos. Mas tudo isso precisa estar de acordo com os parâmetros legais, para que contribua com a liberdade, o desenvolvimento da personalidade humana, bem como a manutenção da segurança pública.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 2013.

BISSI, Thelry, David. **Reconhecimento facial com os algoritmos *eigenfaces* e *fisherfaces***. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Computação) - Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Uberlândia, 2018.

DATTA, Asit Kumar; DATTA, Madhura; BANERJEE, Pradipta Kumar. **Face Detection and Recognition**: Theory and Practice. Boca Raton – Londres e Nova York: CRC Press, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 42ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, Geraldo Brito, NERY JR, Nelson; DENARI, Zelmo. **Código de**

Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Vol. I. 10ª ed. revista, atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HAN, Byung-Chul. **No Enxame**: perspectivas do digital. Tradução de Lucas Machado. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018.

_____. **Sociedade da transparência**. Tradução de Enio Paulo Giachini. 3ª reimpressão. Petrópolis, RJ: Vozes, 2019.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Trad. Carlos Irineu da Costa. 7ª reimp. São Paulo: 34, 2008.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do Espirito das Leis**. Série Clássicos. Bauru, SP: EDIPRO, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância:** a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SIROVICH, L.; KIRBY, M. Low-dimensional procedure for the characterization of human faces. **Journal of the Optical Society of America**, Vol. 4, p. 519, mar.1987 [PDF].

TELLES JR, Goffredo. Direito Subjetivo – I. In: **Enciclopédia Saraiva do Direito**, v. 28, 1977.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890.

Sites

AD Mobilize. **Use AdMobilize AI software on your hardware**. Disponível em: <https://www.admobilize.com/audience-intelligence/>. Acesso em: 09 dez. 2019.

AI Now Institute. **AI now Report 2018**. Publicado em dezembro de 2018. Disponível em: <https://ainowinstitute.org/AI_Now_2018_Report.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2019.

BALBI, Clara. Uruguai inaugura embarque em voo por reconhecimento facial. **Folha de S. Paulo**. Publicado em 08 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/turismo/2018/11/uruguai-inaugura-embarque-em-voo-por-reconhecimento-facial.shtml>. Acesso em: 09 dez. 2019.

CARVALHO, João Paulo. Testamos pagamento de passagem de ônibus com reconhecimento facial em Madri. **Uol**. Publicado em 1º de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2019/11/01/madri-testa-pagamento-de-tarifa-de-onibus-com-reconhecimento-facial.htm>. Acesso em: 09 dez. 2019.

CEDEÑO, Karina. Marriott divulga mais informações sobre vazamento de dados. **PanRotas**. Publicado em 04 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.panrotas.com.br/hotelaria/tecnologia/2019/01/marriott-divulga-mais-informacoes-sobre-vazamento-de-dados_161380.html>. Acesso em: 09 dez. 2019.

CHAN, KG. Facial recognition easing congestion in China. **Asia Times**. Publicado em 30 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.asiatimes.com/2019/10/article/facial-recognition-easing-congestion-in-china/>. Acesso em: 09 dez. 2019.

CNN Business. Facial recognition could revolutionize public transportation. **YouTube**. Publicado em 14 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8pjLuEbLsk0>. Acesso em: 09 dez. 2019.

CNN Travel. **How facial recognition is taking over airports**. Publicada em 08 de outubro de 2019. Disponível em: <https://edition.cnn.com/travel/article/airports-facial-recognition/index.html>. Acesso em: 09 dez. 2019.

FREIRE, Victor. Reconhecimento facial intensifica segurança nos aeroportos. **SERPRO**. Disponível em: <http://intra.serpro.gov.br/tema/noticias-tema/reconhecimento-facial-intensifica-seguranca-nos-aeroportos>. Acesso em: 09 dez. 2019.

GILLESPIE, Eden. Are you being scanned? How facial recognition technology follows you, even as you shop. **The Guardian**. Publicado em 24 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2019/feb/24/are-you-being-scanned-how-facial-recognition-technology-follows-you-even-as-you-shop>. Acesso em: 09 dez. 2019.

G1. **EUA grampearam Dilma, ex-ministros e avião presidencial, revela WikiLeaks**. Publicado em 04 de julho de 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/07/lista-revela-29-integrantes-do-governo-dilma-espionados-pelos-eua.html>. Acesso em: 1º dez. 2019.

_____. **Ônibus de Suzano tem reconhecimento facial**. Publicado em 02 de agosto de 2018. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/mogi-das-cruzes-suzano/diario-

tv-1edicao/videos/t/edicoes/v/onibus-de-suzano-tem-reconhecimento-facial/6916512/>. Acesso em: Acesso em: 1º dez. 2019.

G1 DF. Biometria facial se torna obrigatória em todos os ônibus do DF. **G1**. Publicada em 02 de maio de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/biometria-facial-se-torna-obrigatoria-em-todos-os-onibus-do-df.ghtml>. Acesso em: Acesso em: 1º dez. 2019.

G1 PA. Biometria facial começa a ser implantada nos ônibus de Belém a partir desta segunda, 14. **G1**. Publicada em 14 de outubro de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2019/10/14/biometria-facial-comeca-a-ser-implantada-nos-onibus-de-belem-a-partir-desta-segunda-14.ghtml>. Acesso em: Acesso em: 1º dez. 2019.

G1 SP. Metrô de SP terá sistema de reconhecimento facial. **G1**. Publicado em 17 de julho de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/07/17/metro-de-sp-tera-sistema-de-reconhecimento-facial.ghtml>. Acesso em: Acesso em: 1º dez. 2019.

HUGHES, Eric. A Cypherpunk's Manifesto. **Activism.net**. Publicado em 9 de março de 1993. Disponível em: <https://www.activism.net/cypherpunk/manifesto.html>. Acesso em: 09 dez. 2019.

INTERNET Live Stars. Disponível em: <https://www.internetlivestats.com/>. Acesso em: 1º dez. 2019.

ITU Publications. **Measuring digital development**. Facts and figures. 2019 [PDF]. Disponível em: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/FactsFigures2019.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2019.

JORNAL Nacional. Reconhecimento facial passa a ser usado em 14 aeroportos. **Globoplay**. Publicado em 28 de julho de 2016. Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/5196891/>. Acesso em 09 dez. 2019.

KECH, Catie. União Europeia deve criar a maior base de dados biométrica do mundo. **Uol**. Publicado em 22 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.biometricshitech.com/Noticias/NoticiaDetalhe?Id=591>. Acesso em: 09 dez. 2019.

KEEGAN, Matthew. Big Brother is watching: Chinese city with 2.6m cameras is world's most heavily surveilled. **The Guardian**. Publicado em 02 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/cities/2019/dec/02/big-brother-is-

watching-chinese-city-with-26m-cameras-is-worlds-most-heavily-surveilled>. Acesso em: 09 dez. 2019.

LIAO, Shannon. A Chinese subway is experimenting with facial recognition to pay for fares. **The Verge**. Publicado em 13 de março de 2019. Disponível em: <https://www.theverge.com/2019/3/13/18263923/chinese-subway-facial-recognition-fares-pay-ai>. Acesso em: 09 dez. 2019.

MACLEAN'S. Your mall is watching you. **Ottawa Matters**. Publicado em 04 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.ottawamatters.com/local-news/your-mall-is-watching-you-1108890>. Acesso em: 09 dez. 2019.

MAIA, Eduardo. Passageiros já podem embarcar apenas com reconhecimento facial em voos da Gol. **O Globo**. Publicado em 29 de maio de 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/boa-viagem/passageiros-ja-podem-embarcar-apenas-com-reconhecimento-facial-em-voos-da-gol-23702857>. Acesso em: 09 dez. 2019.

MARR, Bernard. How Much Data Do We Create Every Day? The Mind-Blowing Stats Everyone Should Read. **Forbes**. Publicado em 21 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/05/21/how-much-data-do-we-create-every-day-the-mind-blowing-stats-everyone-should-read/#5625407960ba>. Acesso em: 1º dez. 2019.

NG, Min Xuan. Passengers can now use facial recognition to check in at 200 Chinese airports. **Time Out Shanghai**. Publicado em 24 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.timeoutshanghai.com/features/Blog-Travel/70176/Passengers-can-now-use-facial-recognition-to-check-in-at-200-Chinese-airports.html>. Acesso em: 09 dez. 2019.

PREFEITURA de Santos. **Ônibus municipais terão sistema de reconhecimento facial**. Publicado em 13 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.santos.sp.gov.br/?q=noticia/onibus-municipais-terao-sistema-de-reconhecimento-facial>. Acesso em: Acesso em: 1º dez. 2019.

QUIVIDI. **Get inspired by our customers projects**. Disponível em: <https://quividi.com/case-studies/>. Acesso em: 09 dez. 2019.

REDE Brasil Oficial. Biometria facial nos ônibus do Grande Recife | JORNAL ESTADO. **YouTube**. Publicado em 22 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9tsOYB0zmKs>. Acesso em: Acesso em: 1º dez. 2019.

REYNOLDS, Christopher. At some airports, your face is your ID. But does that put your privacy at risk? **Los Angeles Times**. Publicado em 23 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.latimes.com/travel/story/2019-08-22/facial-recognition-biometrics-at-airports-proliferating>. Acesso em: 09 dez. 2019.

RFI. Passageiro vindo do Brasil é 1º preso em aeroporto com uso de reconhecimento facial. **G1**. Publicado em 24 de agosto de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2018/08/24/passageiro-vindo-do-brasil-e-1-preso-em-aeroporto-com-uso-de-reconhecimento-facial.ghtml>. Acesso em: 09 dez. 2019.

ROBERTO, Igor. EMTU usa sistema biométrico facial para evitar fraudes nos ônibus e VLT na Baixada Santista. **Rede Noticiando**. Publicado em 04 de setembro de 2019. Disponível em: <https://noticiando.net/emtu-usa-sistema-biometrico-facial-para-evitar-fraudes-nos-onibus-e-vlt-na-baixada-santista/>. Acesso em: Acesso em: 1º dez. 2019.

SEAGATE. Nossa História. **Data Age 2025**: the digitization of the world. Disponível em: <https://www.seagate.com/br/pt/our-story/data-age-2025/>. Acesso em: 1º dez. 2019.

TERRA. **Hacker rouba dados de milhões de clientes de banco dos EUA**. Publicado em 20 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/hacker-rouba-dados-de-milhoes-de-clientes-de-banco-dos-eua,c9e0dd7f5883b48e9ff84e8ba9a57249wpix2rbk.html>. Acesso em: 1º dez. 2019.

TIEGHI, Ana Luiza. Gol lança embarque com reconhecimento facial. **Folha de S. Paulo**. Publicado em 29 de maio de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/turismo/2019/05/gol-lanca-embarque-com-reconhecimento-facial.shtml>. Acesso em: 09 dez. 2019.

UNIVERSIDADE de São Paulo - USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração de direitos do homem e do cidadão - 1789**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: Acesso em: 1º dez. 2019.

UNITED Nations. Conference on Trade and Development. Prosperity for all. **Data Protection and Privacy Legislation Worldwide**. Disponível em: <https://unctad.org/en/Pages/DTL/STI_and_ICTs/ICT4D-Legislation/eCom-Data-Protection-Laws.aspx>. Acesso em: 1º dez. 2019.

ZHANG, Cha; ZHANG, Zhengyou. Boosting-Based Face Detection and Adaptation. Synthesis Lectures on Computer Vision. **Morgan & Claypool Publishers**. Publicado em dezembro de 2010. Disponível em: <https://www.morganclaypool.com/doi/abs/10.2200/S00300ED1V01Y201009COV002>. Acesso em: 09 dez. 2019.

ZMOGINSKI, Felipe. A sociedade mais vigiada do mundo: como a China usa o reconhecimento facial. **Uol**. Publicada em 19 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2019/01/19/a-sociedade-mais-vigiada-do-mundo-como-a-china-usa-o-reconhecimento-facial.htm>. Acesso em: 09 dez. 2019.

ZVARICK, Leonardo. Reconhecimento facial bloqueia 331 mil Bilhetes Únicos em SP. **Folha de S. Paulo**. Publicado em 12 de junho de 2019. Disponível em: <https://agora.folha.uol.com.br/sao-paulo/2019/06/reconhecimento-facial-bloqueia-331-mil-bilhetes-unicos-em-sp.shtml>. Acesso em: 09 dez. 2019.

NOTAS:

[1] O termo "Cyberspace" [ciberespeço] foi cunhado por William Gibson e popularizado em sua obra de ficção cientifica denominada "Neuromancer", publicada em 1984, podendo ser entendido, conforme explica Pierre Lévy, como "o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores. Ele engloba o conjunto dos sistemas de comunicação eletrônicos – incluindo os conjuntos de redes hertzanas e telefônicas clássicas –, na medida em que transmitem informações provenientes de fontes digitais ou destinadas à digitalização (LÉVY, 2008, p. 92). Importante destacar que "o ciberespaço não existe como realidade física: não é um Estado soberano, mas apenas uma representação audiovisual criada e mantida por sistemas informáticos e programas de computador, presente em quase todos os países do mundo" (LEONARDI, 2012, p. 127). Isso é relevante na medida em que, se concebêssemos o ciberespaço como um ambiente autônomo e soberano, estaríamos diante de um território em que as leis dos Estados existentes não seriam aplicáveis.

[2] Estima-se que a produção diária de dados na Internet é de cerca de 2,5 quintilhões de *bytes* (MARR, 2018). Para acompanhar em tempo real as estatísticas, indicamos ver: INTERNET Live Stars em https://www.internetlivestats.com/.

[3] Um *zettabyte* é igual a um trilhão de *gigabytes*.

[4] A "International Telecomunications Union" estima atualmente que cerca de 54% da população mundial está conectada à internet, segundo dados do relatório "Measuring digital development: Facts and figures 2019" (ITU Publications, 2019).

[5] Uma das esferas da privacidade é a intimidade. E, ao tratar dela em sua obra sobre a sociedade da transparência, Byung-Chu Han (2019, p. 79-80).explica que, desde o século XVIII até os dias atuais, houve uma alteração fundamental na forma de interação humana. Antes, as pessoas, no espaço público, usavam sua aparência para preservar sua intimidade, mas, atualmente, as pessoas acabam por se expor na Web de forma muitas vezes narcisista e mercantilista, explorando a si mesmas. Assim, diz ele: "O século XVIII é caracterizado como *theatrum mundi*, no qual o espaço público é equiparado a um palco. A distância cênica impede o contato imediato entre corpos e almas. (...) Na Modernidade, renuncia-se cada vez mais a distância teatral em favor da intimidade. (...) Hoje, o mundo não é um teatro no qual são representadas e lidas ações e sentimentos, mas um mercado onde se expõem, vendem e consomem intimidades. O teatro é um lugar de representação, enquanto que o mercado é um lugar de exposição".

[6] O panótipo digital aqui trazido é baseado no ideal prisional de Jeremy Bentham, que propunha a construção de uma prisão cujo prédio seria em formato de anel, com uma torre interna no centro da construção, a qual teria visibilidade de todo o prédio. A construção periférica seria composta por celas com duas janelas, uma interior, correspondendo às janelas da torre, e outra para o lado exterior do prédio, permitindo a entrada de luz. Nesse contexto, poder-se-ia reduzir a quantidade de vigias e causar uma sensação contínua de vigilância nos prisioneiros. Foucault (2014, p. 194-195). chama a atenção para esse último ponto, destacando-o como o efeito mais importante do panóptico, pois induz no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Para Byung-Chul Han (2018, p. 123), "os habitantes do panóptico digital não são prisioneiros. Eles vivem na ilusão de liberdade. Eles abastecem o panóptico digital com informações que eles emitem e expõem voluntariamente. A autoexposição é mais eficiente do que a exposição por meio do outro". E Bauman (2013, p. 29-30) completa nossa constatação alertando para o fato de que esse modelo de vigilância (panóptica digital) foi construído inclusive com o apoio de seus opositores. Assim, explica: "Creio que o aspecto mais notável da edição contemporânea da vigilância é que ela conseguiu, de alguma maneira, forçar e persuadir opositores a trabalhar em uníssono e fazê-lo funcionar de comum acordo, a serviço de uma mesma realidade. Por um lado, o velho estratagema pan-óptico ('Você nunca vai saber quando é observado em carne e osso, portanto, nunca imagine que não está sendo espionado') é implementado aos poucos, mas de modo consistente e aparentemente inevitável, em escala quase universal. Por outro lado, com o velho

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pesadelo pan-óptico (‘Nunca estou sozinho’) agora transformado na esperança de ‘Nunca mais vou ficar sozinho’ (abandonado, ignorado e desprezado, banido e excluído), o medo da exposição foi abafado pela alegria de ser notado”.

[7] Byung-Chu Han (2018, p. 125) destaca o fato de uma certa empresa privada americana deter dados sobre cerca de 300 milhões de cidadãos norte-americanos e, evidentemente, segundo o autor, saber mais sobre os cidadãos dos Estados Unidos do que o FBI ou o IRIS (o serviço norte-americano de imposto de renda).

[8] Para mais detalhes, assista ao documentário “The Great Hack” (traduzido para português como “Privacidade hackeada”).

[9] Na Constituição Federal da República, a privacidade é protegida pelo artigo 5º, incisos X, XII e XIV, que tratam respectivamente da inviolabilidade da intimidade e da vida privada; da inviolabilidade do sigilo de correspondências, comunicações telegráficas, de dados e de comunicações telefônicas; bem da inviolabilidade do sigilo profissional. Já pelo Código Civil sua proteção é prevista no art. 21 (direito à vida privada) e no art. 1.531 (direito à vida privada familiar). Abordaremos outras legislações adiante.

[10] Veja reportagem interessante sobre o tema em: CNN Business. Facial recognition could revolutionize public transportation. *YouTube*. Publicado em 14 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8pjLuEbLsk0>. Acesso em: 09 dez. 2019.

[11] A título de exemplo, veja algumas cidades que já contam com o sistema: em redes de ônibus: Belém/PA (G1 PA, 2019); Distrito Federal/DF (G1 DF, 2018); Recife/PE (REDE Brasil Oficial, 2018); Santos/SP (PREFEITURA de Santos, 2018); e Suzano/SP (G1, 2018). Em trens: Santos/SP (ROBERTO, 2019). E no metrô: São Paulo/SP (G1 SP, 2019).

[12] 200 aeroportos chineses (NG, 2019) e diversos americanos já implementaram a tecnologia (REYNOLDS, 2019). Na América Latina, alguns aeroportos também já a testaram, como o aeroporto de Montevidéu, no Uruguai (BALBI, 2019),, e o de Galeão - RJ, no Brasil (MAIA, 2019).

[13] Dados extraídos do *site* da empresa *Ad Mobilize*, uma das principais empresas que trabalham com essa tecnologia no mundo e a qual forneceu ela para a utilização no Metrô de São Paulo (AD Mobilize, 2019).

[14] Ação Civil Pública. Processo nº 1090663-42.2018.8.26.0100, que tramita na 37ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo (SP).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[15] A própria declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1789, já trazia a questão da limitação da liberdade quando disse: "Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei" (UNIVERSIDADE de São Paulo, ____)

[16] Assim diz o preâmbulo constitucional: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, **destinado a assegurar** o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, **a segurança**, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL" (grifos nossos). E o artigo 144 da mesma Carta: "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...". Quanto ao dever de aprimoramento tecnológico contínuo, a Lei nº 13.675/2018 estabeleceu como diretrizes da Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social o fortalecimento das instituições de segurança pública por meio de investimentos e do desenvolvimento de inovação tecnológica (art. 5º, VII), bem como a padronização de tecnologia e de equipamentos de interesse da segurança pública (art. 5º, XI).

[17] É preciso ter cuidado para que a classificação de uma pessoa como "suspeita" não seja utilizada para o monitoramento e perseguição de indivíduos sem qualquer vínculo com atividades ilegais e nem tenha cunho discriminatório, como no caso de ser entendido suspeito qualquer cidadão com certa cor de pele ou etnia.

[18] Sobre o tema, leia: *AI now Report 2018 (*AI Now Institute, 2018).

[19] A China impressiona com seu formato de vigilância, chegando a ter mais de 100 câmeras por cada 1.000 pessoas em diversas de suas cidades, além de utilizar de forma extensiva sistemas de detecção e reconhecimento facial (KEEGAN 2019). A União Europeia pretende criar um banco de dados centralizado, que deverá significar a maior base de dados biométrica do mundo (KECH, 2019. No Brasil, o Decreto nº 10.046/19 instituiu o Cadastro Base do Cidadão, que centralizará num banco de dados federal diversos dados pessoais dos cidadãos brasileiros.

[20] Apensar de terem existido elementos de certa proteção à privacidade anteriormente, desde a antiguidade, podemos considerar como marco de uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

concepção moderna de privacidade e de sua proteção o ensaio de Warren e Brandeis, the Right to Privacy, de 1890.

[21] A exemplo: Código de Processo Civil (proteção ao sigilo de fatos – art. 388, inciso II e artigo 448, inciso II; privacidade de documentos de negócios de família ou protegidos por segredo – art. 404, inciso I e IV) do Código Penal (inviolabilidade de correspondência – art. 151 a 154; invasão de dispositivo informático – art. 154-A e 154-B; proteção ao segredo profissional – art. 325), Código de Processo Penal (proteção ao sigilo em razão de função, ministério, ofício ou profissão – art. 207); Consolidação das Leis do Trabalho (proteção ao segredo industrial/comercial – art. 482, alínea "g") e Código Tributário Nacional (sigilo econômico ou financeiro de sujeito passivo ou terceiro – art. 198), além de previsões em diversas leis esparsas, como as leis nºs 6.538/1978, 7.232/1984, 8.069/1990, 8.906/1994, 9.279/1996, 9.296/1996, 9.472/1997, 12.965/2014 e 13.709/2018.

[22] Dizemos a princípio pois em alguns casos concretos a pessoa dada por desaparecida na verdade pode querer se isolar em relação a certos indivíduos, inclusive familiares e, tendo em vista que ela tem esse direito (de "revelar-se seletivamente ao mundo" – direito à preservação de sua intimidade e vida privada), caso não seja um criminoso, entendemos que não seria adequado revelar sua localização. Contudo, esse tema merece uma análise mais profunda que não cabe no espaço desse trabalho.

[23] "Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: (...) II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para: (...) g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais".

[24] Algumas regras aplicáveis ao caso são as previstas no artigo 138 a 144 do Código Civil, que tornam anuláveis os negócios jurídicos resultantes de erro justificável sobre as circunstâncias do negócio jurídico; artigos 113 e 187 do Código Civil, que tratam da boa-fé contratual e extracontratual; artigo 54, §4º do Código de Defesa do Consumidor, que, ao tratar dos contratos de adesão, estabelece que "as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão" e o artigo 11, I, da LGPD, que determina que o tratamento de dados sensíveis somente poderá ocorrer na hipótese de consentimento "quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[25] Assim explica o professor Geraldo Brito Filomeno, um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, ao tratar do direito à informação: "Trata-se, repita-se, do dever de informar bem o público consumidor sobre todas as características importantes de produtos e serviços, para que aquele possa adquirir produtos, ou contratar serviços, sabendo exatamente o que poderá esperar deles" (GRINOVER et al, 2011, p. 154).

[26] Um sistema tradicional de comunicação entre máquinas e mundo físico exige um sensor que colete o dado do mundo físico e o transmita para um processador que, por sua vez, trabalha o dado sob o comando de uma aplicação (*software*), interagindo com a memória, que geralmente detém bases de dados para cruzamento. Após isso, caso seja exigida alguma interação com o mundo físico novamente, para devolver um dado ou executar uma operação, o processador, sob o comendo da aplicação (*software*) envia esses dados para um atuador (hardware), que interage com o mundo físico. Esses elementos podem se encontrar em uma mesma máquina, como um computador com processador, memória e câmera integrados, e serem alimentados por uma mesma fonte de energia, por exemplo, uma ligação direta na tomada, ou podem estar separados, comunicando-se por cabos ou mesmo por ondas eletromagnéticas (sem fio). Neste último caso, mais comum atualmente, o sensor (ex.: câmera) pode estar numa estação de trem e o processador, bem como a memória (ex.: servidor) podem estar em qualquer lugar do mundo.

[27] Guido Zanobini (1950 apud MORAES, 2019) define polícia como "a atividade da administração pública dirigida a concretizar, na esfera administrativa, independentemente da sanção penal, as limitações que são impostas pela lei à liberdade dos particulares ao interesse da conservação da ordem, da segurança geral, da paz social e de qualquer outro bem tutelado pelos dispositivos penais".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS NO CASAMENTO DOS MAIORES DE 70 ANOS

LUIS ALBERTO MARQUES PINHEIRO: Bacharel em Direito. Atualmente pós graduando em: Direito tributário e constitucional pela (UNIFACS), Direito processual Civil e Resoluções de conflitos também pela (UNIFACS) e Direito previdenciário e do Trabalho pela Faculdade Sao Salvador

RESUMO: O presente artigo pretende abordar discussões acerca da imposição prevista no artigo 1.641 do Código Civil, quando põe em questionamento a capacidade plena dos cidadãos maiores de setenta anos exercerem atos da vida civil, dentre os quais está à obrigatoriedade de optar pelo regime de separação obrigatória de bens no caso de contrair matrimônio. Atualmente, vê-se que a população idosa brasileira tem estado mais integrada aos desafios da idade, e cada vez mais tem se adaptado às mudanças oriundas da sociedade contemporânea, apresentando-se mais capaz e sadia. Deste modo, mesmo percebendo que a intenção do ordenamento jurídico foi proteger o idoso e uma possível vulnerabilidade que ele apresente, questiona-se até que ponto tal medida fere os princípios constitucionais elencados na Constituição Federal de 1988, tendo em vista que isto pode estar ferindo os direitos dos idosos, principalmente no que concerne à autonomia da vontade.

PALAVRAS-CHAVE: Casamento. Regime de bens do casamento. Separação obrigatória de bens. Idoso. Código Civil.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Breve histórico do casamento; 3. Os regimes de bens no Código Civil; 3.1- Regime obrigatório de separação de bens; 4. O direito dos idosos na escolha do regime de bens; 5. O Regime de separação de bens no casamento dos maiores de 70 anos; 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos viu-se que a população brasileira passou a ser composta por um maior número de pessoas idosas. Acredita-se que isto se deve ao fato da medicina ter avançado e a qualidade de vida das pessoas foi melhorando com o tempo. Neste contexto, o Direito foi acompanhando tais mudanças, e proporcionando ao idoso a garantia e eficácia dos seus direitos.

O casamento entre pessoas idosas ou com ao menos uma das pessoas idosas, sempre foi visto de forma um tanto quanto preconceituosa pela sociedade, ainda mais quando um dos conjugues possui condições financeiras melhores do que seu oposto. Com isso, o ordenamento jurídico pátrio tratou de tentar proteger as pessoas maiores de 70 anos, a fim de que elas não fossem vítimas de nenhuma situação que lhes trouxesse prejuízo.

Conforme disposto no artigo 1.641, II, do Código Civil, o cidadão não poderá escolher o regime de bens que vigorará em seu casamento, ele será obrigado a optar pelo regime de separação de bens. Entretanto a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal traz em sua redação uma brecha que quebra o quanto disposto no referido artigo.

O tema mostra-se relevante frente à realidade encontrada em um Estado Democrático de Direito, que se fundamenta na dignidade da pessoa humana, mas que ao estabelecer uma obrigatoriedade para os septuagenários priva a liberdade de escolha do regime de bens no casamento.

Por conta disso, questiona-se a capacidade do idoso e acaba gerando uma situação discriminatória, ainda mais nos dias de hoje onde se vivencia uma evolução do conceito de família e o aumento da expectativa de vida da população brasileira. Isto sem contar com a existência do Estatuto do Idoso que tutela os direitos das pessoas idosas priorizando seu envelhecimento digno.

Diante disso, o presente artigo visa propiciar reflexões através da análise de doutrinas, legislações, artigos científicos e revistas jurídicas, com o objetivo de aclarar todas as dúvidas acerca deste tema sem esquecer a importância de serem garantidos os direitos dos idosos, já que eles representam uma grande parcela da população brasileira.

2. BREVE HISTÓRICO DO CASAMENTO

Acredita-se que o instituto do casamento surgiu no Brasil com a colonização portuguesa, sendo considerada a única forma de promover a união entre o homem e a mulher. Farias e Rosenvald explicam:

> Compreendia-se a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade. Era o modelo estatal de família, desenhado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> com os valores dominantes naquele período da revolução industrial.[1]

Naquela época não era aceito nenhum outro tipo de convívio de homem e mulher fora do casamento religioso, pois esta era a única forma de constituição de família, mesmo para os não católicos.

Somente 1891 surgiu o casamento civil, e desde então a instituição tem passado por várias transformações na tentativa de acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade. A primeira mudança significativa ocorrida com o casamento foi à possibilidade de dissolução do vínculo conjugal, quando em 1977 a emenda constitucional de nº 9, estabeleceu pela primeira vez de forma clara o divórcio no casamento. Entretanto, havia alguns requisitos, como a exigência do casal estar separado judicialmente no mínimo há cinco anos ou de fato por mais de sete anos.

Cabe salientar que o Código Civil de 1916 indicava como requisito para a formação da família apenas o casamento civil, e só em 1988 foi que a Constituição Federal ampliou o conceito de família e reconheceu a união estável (artigo 226, parágrafo 3º) e a família monoparental (artigo 226, parágrafo 4º), como entidade familiar. Alem disso, posteriormente verificou-se tanto o reconhecimento da união entre homossexuais ou uniões homoafetivas como entidade familiar.

Segundo Dias, atualmente, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo.[2]

A Constituição Federal de 1988 representou grande marco na evolução do direito de família e, conseqüentemente, outras formas de entidade familiar. E com base no princípio da dignidade da pessoa humana, surge o reconhecimento da união estável como entidade familiar:

> A Constituição Federal de 1988 "absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos". Assim, o art. 226 afirma que "a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição". (...)[3]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, vale destacar outras duas importantes modificações, qual sejam, a igualdade entre homens e mulheres, conforme preceitua o artigo 5º, inciso I, CF/88 e a afetividade como princípio norteador do direito de família.

Apesar de toda evolução percebida, em dezembro de 2010 foi editada a lei 12.344 que alterou a redação do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, e a partir daí se tornou obrigatório o regime de separação de bens no casamento quando ambas ou uma das partes envolvidas tiver mais de setenta anos.

Neste contexto nota-se um retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro, pois ao mesmo tempo em que casais do mesmo sexo e famílias monoparentais passaram a ser reconhecidas, vê-se a imposição de um certo regime nos casos em que o casamento envolva idosos, indo de encontro a liberdade de escolha e autonomia da vontade tão defendida na CF/88, mas precisamente no artigo 5º.

3. OS REGIMES DE BENS NO CÓDIGO CIVIL

Ao longo do tempo, com o reconhecimento da dignidade e direitos da mulher, viu-se a necessidade de legalizar a instituição casamento e desta forma fazer a escolha do regime de bens que guiará esta sociedade conjugal.

O Código Civil de 1916 trazia quatro regimes de bens, quais sejam: o regime dotal, a comunhão parcial de bens, a separação total de bens e a comunhão universal de bens. Sendo que este último considerado o regime de bens oficial, quando o casal não optar por escolher o regime de bens a seguir.

Venosa explica que o regime de bens disciplina as relações econômicas entre marido e mulher, envolvendo propriamente os efeitos dele em relação aos bens conjugais.[4]

Já Gonçalves ensina:

> Regime de bens é o conjunto de regras que disciplina 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. [5].

Dispõe o Código Civil no artigo 1.639 que *"é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver".* ***[6]***

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Entretanto, com o surgimento da Lei do Divórcio, apesar dos contraentes poderem estipular o regime que melhor lhes convir desde que haja um pacto antenupcial lavrado por escritura pública, o regime de bens principal passou a ser o da comunhão parcial de bens.

Sabe-se que os regimes de bens encontram-se dispostos nos artigos 1.658 ao 1.688 do Código Civil Brasileiro, são eles: o regime de comunhão parcial, regime de comunhão universal, regime de participação final nos aquestos e regime de separação de bens.

Por ser considerado como o principal após o advento da Lei do divorcio, o regime da comunhão parcial de bens possui alguns pontos que merecem destaque, como a informação que os bens adquiridos durante o casamento são de ambos os cônjuges, enquanto aqueles adquiridos em data anterior ao casamento pertencem ao cônjuge que o houver adquirido. Assim, vê-se que os bens comuns e comunicáveis, aqueles adquiridos durante a constância do casamento, estão previstos no art. 1.659, I do Código Civil. Já os bens particulares e incomunicáveis, os que cada cônjuge possuía antes do casamento, são estabelecidos conforme o artigo 1.661 do mesmo diploma legal.

Cumpre ressaltar que esse tipo de regime também determina que não se comunicam os bens adquiridos por um dos cônjuges por doação ou sucessão, na comunhão os objetos advindos da sub-rogação dos bens particulares de ambos os cônjuges, bem como as dívidas particulares de cada um deles, exceto as adquiridas em prol do casal.

No que concerne ao regime de comunhão universal de bens, este dispõe que todos os bens do casal vão se comunicar, independente que quando foram adquiridos. Desta forma, vê-se que na comunhão universal não importa quando os bens foram adquiridos, independente do momento todos os bens iram se comunicar, inclusive os que forem objetos de doação ou sucessão.

Insta salientar que existe uma possibilidade de constar uma cláusula de incompatibilidade, ou seja, uma forma de proteger os bens que foram adquiridos por doação, deste modo, evita que os mesmos sejam incorporados no patrimônio do casal.

O regime de comunhão universal de bens encontra-se amparo legal nos artigos 1.667 a 1.671 do Código Civil Brasileiro, e no que tange à sucessão, observa-se que o cônjuge supérstite não será herdeiro, pois a lei já o declara como meeiro de todo o montante de bens que ambos os cônjuges possuírem no momento da sucessão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sobre o regime de participação final nos aquestos, cumpre informar que este encontra-se disciplinado nos artigos 1.672 a 1.686 do Código Civil Brasileiro, e apresenta características semelhantes com o regime de separação total de bens. Nesta modalidade de regime cada cônjuge tem seu próprio patrimônio onde comunicam-se apenas os bens adquiridos pelo casal. Sendo assim, cada cônjuge tem autonomia para administrar seus bens, bem como para responder de forma individual pelas obrigações que sobrevierem.

A palavra aquestos significa bens adquiridos durante a convivência conjugal, e para optar por esse regime faz-se necessária a celebração do pacto antenupcial. Neste regime haverá uma separação convencional, mas com a dissolução da sociedade conjugal, então será feita a apuração do patrimônio para que a partir daí comuniquem-se os bens adquiridos com recursos financeiros de ambos os cônjuges durante a constância do casamento. Feito isso haverá a partilha ao meio, e, caso não seja possível a divisão dos bens, haverá a compensação financeira correspondente para aquele que opte por não ficar com o bem de acordo com o que está previsto no parágrafo único do artigo 1.685 do Código Civil.

Por fim, tem-se o regime da separação de bens. Tal regime caracteriza-se pela distinção de patrimônio dos cônjuges, pois tanto antes quanto após o casamento cada um deles continua proprietário exclusivo de seus bens particulares. Neste regime os bens jamais se comunicam mesmo os adquiridos durante o casamento, podendo assim, cada cônjuge, fazer o que convier, conforme dispõe o artigo 1.688 do Código Civil.

3.1 REGIME OBRIGATÓRIO DE SEPARAÇÃO DE BENS

Instituído na Lei 12.344/2010, o regime obrigatório de separação de bens está definido nos artigos 1.641, 1.687 e 1.688 do Código Civil de 2002, e traz como regra geral a incomunicabilidade de todo o patrimônio ativo e passivo do casal adquirido antes e durante a constância do casamento.

Consta no Código Civil:

> Art.1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III – de todos os que dependerem para casar, de suprimento judicial.[7]

O disposto no inciso II do artigo supra mencionado estabelece que quando pessoas maiores de 70 anos forem casar, esses devem obrigatoriamente adotar o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

regime de separação obrigatória de bens. Independente se ambos ou apenas um dos nubentes tiver a idade superior a esta informada. Observa-se assim a clara intenção do legislador em proteger a pessoa idosa, haja vista que na maioria dos casos ocorre uma suposta vulnerabilidade.

No entanto, ao obrigar os noivos a optarem por um determinado regime, vê-se que a lei coloca em questionamento a capacidade da pessoa maior de 70 anos ter discernimento nas suas escolhas.

Analisando a letra da lei, bem como os casos recorrentes na sociedade, entende-se que a intenção foi de fato proteger a pessoa idosa de um problema futuro, pois no caso da sucessão, o cônjuge supérstite não concorrerá com os descendentes, porém não havendo descendentes, como nos demais regimes, haverá a concorrência com os ascendentes, e na falta deles o cônjuge supérstite herdará a totalidade dos bens.

Neste diapasão, resta claro que o regime obrigatório da separação de bens é uma autêntica exceção à autonomia da vontade e à livre escolha que permeiam o regime de bens porque se aplicam em situações que a lei impõe o respectivo regime, impedindo a manifestação dos contraentes.

Sabe-se que toda pessoa capaz é livre para fazer suas próprias escolhas, e a fazer vale seus direitos constitucionais, principalmente o direito à liberdade. Deste modo, esta imposição caracteriza as pessoas idosas as quais se refere a lei como incapazes para escolher qual regime deve adotar em seu casamento, o que na maioria das vezes configura discriminação e constrangimento para este cidadão.

Sobre esse tema Dias assevera:

> Ao considerar que essa regra do artigo 1.641, II, do Código Civil estabelece restrições na esfera volitiva e patrimonial das pessoas idosas, onde presume a incapacidade dos mesmos, o que gera uma situação discriminatória, e da impressão que existe uma sanção administrativa, principalmente porque a sociedade atual vivencia uma evolução do conceito de família e o aumento da expectativa de vida da população, além da existência do Estatuto do Idoso que atribuí às pessoas a partir dos 70 anos proteção integral de seus direitos, objetivando seu envelhecimento digno. [8]

Ademais, os artigos 3º e 4º do Código Civil já trazem ponderações acerca da incapacidade e em nenhum momento cita os idosos como incapazes, além disso, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

artigo 1.513 também do Código Civil, estabelece que não pode haver interferência no casamento por nenhuma entidade pública ou privada.

4. O DIREITO DOS IDOSOS NA ESCOLHA DE REGIME DE BENS

O Estatuto do Idoso, Lei 10.741/03, surgiu em 1º de outubro de 2003, como um importante instrumento de defesa do direitos das pessoas idosas, e dispõe sobre determinações específicas acerca da atuação do Estado e da sociedade.

Anteriormente a isto, a Constituição Federal de 1988 estabeleceram a defesa dos direitos dos idosos, fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana, aduzindo normas específicas de proteção nos artigos 229 e 230, instituindo que é dever da família da sociedade e do Estado amparar e defender sua dignidade. Além disso, previu também que os filhos maiores devem amparar os pais na velhice, na carência e na enfermidade.

Em resumo, está tutelado na Carta Magna um conjunto de direitos e ações relacionadas ao bem estar das pessoas que estão na chamada "terceira idade".

Nesta seara, Nalini opina:

> Não basta existir o Estatuto do Idoso. É preciso que ele seja cumprido na íntegra. Não basta proclamar hipoteticamente a sabedoria dos velhos. É preciso criar estruturas apropriadas às limitações da idade - especialmente no espaço urbano - para que possamos exercer essa sabedoria. [...] Vivemos em sociedades industriais, caracterizadas por um consumo desvairado, poluídas desde o solo até a camada de ozônio, marcada pelo estresse das formas mais deletérias de sociabilidade, com predominância da competição. Nesse tipo de sociedade nem os jovens adultos conseguem ter saúde.[9]

Assim, é pertinente frisar que os idosos não desejam perder a sua autonomia, pois eles sabem que a vida não está restrita aos jovens, apesar das mudanças e dificuldades encontradas.

O fato de o idoso ser obrigado a aceitar o regime de bens imposto pela lei tendo em vista a idade em que se encontra, faz com que seja necessária uma análise baseada na Constituição Federal, pois é preciso saber até que ponto os princípios constitucionais não estão sendo violados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O centro da discussão é a garantia da efetivação dos direitos fundamentais como finalidade de manter uma unidade no ordenamento jurídico baseado na dignidade da pessoa humana.

Analisando o que o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil traz em sua redação, vê se que a argumentação do legislador se baseia na vulnerabilidade do idoso e na necessidade de proteção, ou seja, para que pessoas mal intencionadas não queiram contrair matrimônio com fins puramente patrimoniais.

Noutra quadra, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), em seu artigo 4º assegura: "*Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei*".[10]

Diniz explica que:

> Não se pode olvidar que o nubente, que sofre tal *capitis diminutio* imposta pelo Estado, tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente aos seus bens e é plenamente capaz de exercer atos na vida civil, logo, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição legal em função de idade do nubente.[11]

Assim, observa-se que, mesmo bastante contestada por algumas correntes doutrinárias, o referido artigo jamais foi declarado inconstitucional. Deste modo, tem-se que, em que pese a postura oposta aos princípios norteadores estabelecidos na Constituição Federal, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade, a lei continua sendo cumprida, e o artigo continua sendo seguido à risca.

5. O REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS NO CASAMENTO DOS MAIORES DE 70 ANOS

O artigo 1º da Lei nº 10.741/2003, define o idoso como sendo as pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos. Ter essa idade não significa ser dependente ou se anular, pois a vida não está restrita a juventude, e sim composta de vários ciclos e fases. Todas as fases da vida são importantes e trazem modificações que devem ser respeitadas.

Conforme preceitua Lôbo (2009, p.302), querer impor e obrigar à pessoa idosa que somente case com determinado regime de bens, confronta o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana "*por reduzir sua autonomia como*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

*pessoa e constrangê-lo à tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz.". **[12]***

Neste contexto, percebe-se que, à medida que o artigo 1641, II do Código Civil retira dos idosos com mais de setenta anos a possibilidade de decidir questões patrimoniais referentes ao seu casamento, entra em choque com o postulado da dignidade humana estabelecida no texto constitucional.

Insta salientar que a Carta Magna proíbe a discriminação em razão da idade e assegura proteção total e especial ao idoso, até porque idade não é causa natural de incapacidade civil, e, portanto não há justificativa para a limitação da capacidade de qualquer indivíduo.

Sarlet comenta que:

> Cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda.[13]

Sabe-se que algumas pessoas da terceira idade não apresentam discernimento para expressar sua capacidade civil de modo pleno, porém para ter a certeza disso é preciso vários exames e depois deve-se passar por processo para tomada de decisão apoiada e, em casos severos e devidamente comprovada a necessidade, processo de interdição judicial, para que a partir daí possa restar configurada a incapacidade do indivíduo.

No que tange ao casamento em que um ou ambos os conjugues são idosos, percebe-se que a aplicação do artigo 1.641, II do Código Civil, onde não é possível a comunicação dos bens, pois determina a aplicação da separação obrigatória do patrimônio, traz um sentimento de injustiça por achar que alguém está pensando no enriquecimento ilícito.

Esta situação fez com que o Supremo Tribunal Federal editasse em 1964 a Súmula nº 377 que assim dispôs: *"no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento".**[14]*** Desta forma, restou alterado o regime imposto legalmente, pois passou a permitir a comunicação dos bens adquiridos durante a constância do casamento, assim, em outras palavras, tornou o regime da separação total de bens em regime da comunhão parcial de bens.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Analisando o texto da súmula citada acima, é nítido que os ministros do STF visaram garantir o direito de escolha do cidadão idoso já que uma pessoa com mais de setenta anos não pode ser tratada como insana ou incapaz se de fato não tiver algum problema que comprove, não havendo motivo algum para sua inaplicabilidade.

Essa discussão é recorrente no âmbito jurídico, haja vista que alguns doutrinadores afirmam que a súmula 377 estimula o enriquecimento ilícito, já que se mostra contrária o Código Civil e impõe a divisão dos bens adquiridos durante o casamento.

Outros doutrinadores acreditam que a súmula só pode ser aplicada se restar comprovado o esforço de ambos os cônjuges para a aquisição dos bens. Neste liame a partilha seria justa, mesmo no regime da separação de bens, quando houvesse a dissolução do casamento ou falecimento do cônjuge.

Assim, observa-se que com o advento do Código Civil de 2002, a aplicação da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal passou a ser muito questionada, pois naquela época as normas eram mais rígidas e não existiam diálogos e discussões sobre temas no tocante à modelos de família, até porque não existia se quer a Lei do Divórcio.

Sobre esse tema Bonilha Filho explica:

> Para o STJ, a Súmula 377/STF, isoladamente, não confere ao cônjuge o direito à meação dos bens adquiridos durante o casamento sem que seja demonstrado o esforço comum. A nova interpretação se consolida no fato de que o esforço comum antes presumido agora deverá ser necessariamente provado, pois aquele que alega haver contribuído para a aquisição do patrimônio deverá fazer comprovação de tal fato. A contribuição não necessita ser material, devendo ficar apenas demonstrado pela análise do caso concreto o auxílio que pode estar justificado até mesmo na comunhão plena de vida existente entre os cônjuges, tornando-se, assim, fundamento bastante para a comunicação, com fulcro em contribuição imaterial.[15]

Maia Júnior ainda vai mais longe em suas considerações e aponta que a Constituição Federal assegura ao maior de setenta anos a possibilidade de exercer qualquer profissão, de ser Ministro, Deputado, Senador, Vice-Presidente da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

República, Presidente da República, mas não lhe permite o direito de escolher o regime de bens de casamento.[16]

Tartuce expõe sua opinião para se considerar inconstitucional o artigo 1.641, II do Código Civil:

> A primeira justificativa é que a norma discrimina o idoso, afrontando o artigo 5º da Constituição Federal. A segunda razão é que atenta contra a liberdade do indivíduo, fundada na sua dignidade humana (art. 1º, inc. III, da CF/88). A terceira é o desprezo ao afeto, fundado no princípio da solidariedade social e familiar (art. 3º, inc. I, da CF/88). A quarta justificativa é de que a norma protege excessivamente os herdeiros, sendo pertinente citar o dito popular que aduz: filho bom não precisa, filho ruim não merece. A quinta, e última, está relacionada à conclusão de que não se pode presumir a incapacidade de escolha de pessoa que tem mais do que essa idade.[17]

Assim, pelo prisma do doutrinador supracitado, resta claro que a obrigatoriedade do regime da separação de bens para as pessoas maiores de setenta anos pode ser considerada inconstitucional, cabendo assim afirmar que a Constituição Federal assegura direitos de foro íntimo que merecem ser garantidos. Impondo o regime de separação de bens aos idosos viola-se a autonomia da vontade, pois a pessoa idosa não pode optar pelo regime de bens que lhe é conveniente, mesmo sendo plenamente capaz para os atos da vida civel.

Nesta seara, vale ressaltar que o Código Civil traz em seu artigo 1.513, que: *"É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família".* ***[18]*** Por conta disso, afirma-se que houve um equívoco por parte do legislador quando deixou de observar o que diz a norma, já que o casamento preza pela vida em família, e neste caso o Estado intervém de forma arbitrária e estabelece um regime de bens que talvez não seja satisfatório para os cônjuges.

O Estatuto do Idoso, no seu artigo 2º, *caput*, dispõe que:

> Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando--lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.[19]

Deste modo, percebe-se que os direitos dos idosos estão protegidos pela lei de forma clara, inclusive impondo sanções para quem descumpri-las. Entretanto, destaca-se que o ordenamento jurídico, ao dispor do artigo 1.641 do Código Civil deixou de observar o lado positivo dos septuagenários, especialmente no que se refere a sua experiência de vida e se deteve em olhar apenas para a vulnerabilidade proveniente da idade avançada.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As questões relativas à imposição ao regime de bens para pessoas maiores de setenta anos aqui elencadas basearam-se na necessidade de garantir o efetivo direito de escolha aos atingidos por tal lei.

Percebe-se que, a intenção do legislador, no que concerne à obrigação do regime de separação de bens para os maiores de setenta anos baseia-se no discurso de proteção ao idoso contra um possível interesse econômico de pessoas que busquem contrair núpcias a fim de auferir vantagens.

Entretanto, questiona-se até que ponto tal fundamento protege sem prejudicar, haja vista que apesar da preocupação com o lado patrimonial, deixou-se de lado a questão afetiva do idoso. Esta conduta acaba impossibilitando-o de vivenciar suas escolhas de vida, impedindo-o que possa escolher seu próprio regime de bens.

Neste diapasão, vê-se que a obrigatoriedade deste regime de casamento, afronta diretamente os princípios constitucionais, limitando a autonomia do indivíduo e principalmente ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana que dispõe que não deve haver nenhum tipo de distinção entre as pessoas.

Sabe-se que a Constituição Federal, em seu art. 5º, veda qualquer tipo de discriminação, seja por raça, sexo, cor e idade, enquanto o Estatuto do Idoso traz, além de instrumentos de proteção aos direitos dos idosos, diretrizes para a orientação da atividade do Estado, objetivando a implantação da política de atendimento ao idoso.

Ademais, o Direito Civil e as demais searas do Direito devem ser interpretados conforme a Constituição Federal de 1988, já que esta é o fundamento de validade de toda a ordem jurídica. Assim, uma lei que apresente divergências em relação à Constituição Federal não possui força obrigatória.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Tal exigência demonstra que existe uma discriminação instigada tão somente pela idade, mas, deve-se levar em consideração o que preceitua a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal para que com isso não haja uma diminuição na liberdade dos idosos.

Diante do exposto, importante salientar que o inciso II do art. 1.641 do Código Civil possui alguns vícios de inconstitucionalidade, e não reflete a atual realidade do Direito de Família. Acredita-se, contudo, que as reflexões aqui trazidas irão colaborar com a elucidação do tema, uma vez que este se mostrou um tanto quanto incompatível com a ordem jurídica vigente, bem como com o momento atual vivido pelas pessoas maiores de 70 anos.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

Acesso em: 06 de maio de 2020.

BRASIL. [Código Civil 2002]. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.htm Acesso em: 26 de junho de 2020.

BRASIL. [Estatuto do Idoso]. **Lei 10.741/03.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm Acesso em 30 junho 2020.

BONILHA FILHO, Márcio Martins. O afastamento da aplicação da súmula 377, do STF para os casamentos a serem realizados com a imposição do regime de separação obrigatória de bens. **2020. Artigo. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/1424/**

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Fernanda Paula. **Direitos dos idosos na perspectiva civil-constitucional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral.** 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Volume 6.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 9ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NALINI, José Renato. **A dignidade do idoso no Brasil**. *In.*: Direito e dignidade da família. Do começo ao fim da vida. Org. Antônio Jorge Pereira Júnior...[et al.]. São Paulo: Almedina, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** direito de família. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.v.5.

SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

STF - Supremo Tribunal Federal. **Súmula 377**. Disponível em: www.stf.jus.br Acesso em 02 de julho 2020.

TARTUCE, Flávio. **Artigos 1.639 A 1.657 CC**. *In.*: Código das Famílias Comentado. Coord. Leonardo Barreto Moreira Alves. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 5** Direito de Família. São Paulo: 10ª edição. ed. Método, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 19ª Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NOTAS:

[1] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito civil: teoria geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

[2] DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 12. ed. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

[3] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Volume 6.

[4] VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil interpretado. 19ª Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

[5] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Volume 6.

[6] BRASIL. [Código Civil 2002]. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm

[7] BRASIL. [Código Civil 2002]. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm

[8] DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 12. ed. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

[9] NALINI, José Renato. A dignidade do idoso no Brasil. *In.*: Direito e dignidade da família. Do começo ao fim da vida. Org. Antônio Jorge Pereira Júnior...[et al.]. São Paulo: Almedina, 2012.

[10] Lei 10.741/03 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm Acesso em 30 junho 2020.

[11] DINIZ, Fernanda Paula. Direitos dos idosos na perspectiva civil-constitucional. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

[12] LÔBO, Paulo. Direito Civil – famílias. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

[13] SARLET, Ingo Wolfgang, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

[14] STF - Supremo Tribunal Federal. Súmula 377. Disponível em: www.stf.jus.br

[15] BONILHA FILHO, Márcio Martins. O afastamento da aplicação da súmula 377, do STF para os casamentos a serem realizados com a imposição do regime de separação obrigatória de bens. 2020. Artigo. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/1424/

[16] MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

[17] TARTUCE, Flávio. Direito Civil 5 - Direito de Família. São Paulo: 10ª edição. ed. Método, 2015.

[18] BRASIL. [Código Civil 2002]. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm

[19] Lei 10.741/03 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm Acesso em 30 junho 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

"A SEDUÇÃO DA BARBÁRIE" EM UM PAÍS QUE VERGA SOB A PANDEMIA E A CRISE INSTITUCIONAL

LUIZ FERNANDO CABEDA: Desembargador aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, com estágio na Escola Nacional da Magistratura da França, Seção Internacional, em Paris, e autor dos livros "A Justiça Agoniza" e "A Resistência da Verdade Jurídica".

A importância de perceber processos destrutivos que põem em xeque a ordem social – qualquer ordem social representativa – quando se criam derivações, difíceis de identificar prontamente, do conceito de legitimação.

1. O que a Filosofia nos ajuda a entender

Em 1982, um jovem paulista terminava seu trabalho de mestrado em Filosofia, sob a orientação de Bento Prado Júnior, respeitado professor que lecionou no Brasil e na França, deixando uma extensa obra iniciada com estudos sobre a subjetividade, com base no pensamento de Henry Bergson, expandida para temas do existencialismo de Sartre, psicanálise, violência e uma ambiciosa análise do pensamento completo de Rousseau.

O jovem mestre Nelson Brissac Peixoto publicou então sua tese, que veio a ser tornar um dos textos mais originais do estudo da Filosofia em nosso país, sob o título sugestivo de "A Sedução da Barbárie".

Seu livro enfoca o período da chamada República de Weimar, na Alemanha, que se estendeu desde o fim da I Guerra Mundial até a ascensão do nazismo em 1933.

Todos os movimentos que marcaram o modernismo, de modo disperso e até radicalmente conflitante, como o futurismo, o dadaísmo e o surrealismo repercutiram intensamente na Alemanha, que só então experimentava a vida social sob um regime republicano.

A par dos movimentos referidos, pontuaram também outros, surgidos lá mesmo, entre os germânicos, dos escombros da I Guerra, centrados na Escola de Arte Bauhaus, no Instituto para Pesquisa Social da Universidade de Frankfurt (mais conhecido como "Escola de Frankfurt") e no expressionismo.

Embora se possa dizer hoje que lhe falte ***rigor***, essa virtude que os acadêmicos franceses tanto dizem amar, mas nem sempre praticam (como mostram as análises assistemáticas de Michel Foucault e de todos os pós-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

modernistas), o livro de Nelson Brissac Peixoto parece que resulta de uma aceitação desse risco.

Aquela que o grande historiador Peter Gay veio a chamar de "A Cultura de Weimar" (em outro livro precioso, com esse título) era sobremodo instável, pois explorava limites.

O cinema expressionista, a literatura de Thomas Mann e de seu irmão Heinrich Mann, assim como a música de Gustav Mahler que ainda repercutia, mostravam que se vivia então no solo germânico uma grande experiência de despedida do mundo clássico das escolas literárias, filosóficas e musicais, e que a "Belle Époque", o simbolismo, o parnasianismo, tão marcadamente sentidos e expressados na França e na Áustria, jamais seriam revividos ali.

Como mostrava a pintura modernista, sobretudo a de Pablo Picasso, assim como a nova música erudita que era experimentada, parecia que a obra de arte não se concluía inteiramente, apenas terminava no ponto em que o artista escolhia, mas tanto poderia ter terminado antes ou depois.

Um documentário de Henri-George Clouzot, "O Mistério de Picasso", revela isso. O pintor reiniciava e fazia interferências em suas telas, encobrindo e remontando as imagens anteriores.

Assim, não é de estranhar que "A Sedução da Barbárie" deixe transparecer exatamente essa ***atração***, que só pode ser explicada como um efeito difuso, de ir em direção ao desconhecido, pois não há um só fato determinante ou desencadeador da iniciativa em *participar.*

O mergulho nas transformações, tanto no sentido de entendê-las como no de vivê-las, criou uma ***vis attractiva*** que prezava pouco os riscos, em favor da intensidade do momento transformador, que – no entanto – poderia ser ***destrutivo***, como acabou acontecendo.

Talvez por isso, o jovem autor Nelson Brissac Peixoto tenha se fixado mais em examinar a participação (e as metamorfoses) do húngaro György Lukács e dos filósofos alemães Walter Benjamin, integrante e inspirador da "Escola de Frankfurt", e Ernst Bloch, pois todos eles produziram um pensamento filosófico marcado por uma abordagem original da realidade, através do ***reconhecimento*** de uma situação mutante e que não estava direcionada exatamente para nenhum fim, pelo menos que estivesse contido dentro dos parâmetros do racionalismo positivista.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A Revolução Russa seguia seu caminho no sentido do centralismo, que afinal se consolidou com Stalin exatamente naqueles anos, e a tentativa revolucionária alemã de 1923, visando a repetir a experiência soviética, fracassou.

Na verdade, a Alemanha viveu uma situação revolucionária que alguns autores descrevem como sendo uma continuidade, entre 1918, quando houve a deposição do kaiser e a instalação da república, e 1923.

O mundo montado para a cena política era, porém, apenas o palco em que podia ser encenada a peça "Mefisto", de Klaus Mann (filho de Thomas Mann), ou ser projetado o filme "Anjo Azul", baseado na obra de Heinrich Mann, "Professor Unrat", que lançou Marlene Dietrich ao estrelato (como a mulher fatal que seduz o velho professor obsedado pelo comando do desejo) há exatos noventa anos atrás, em abril de 1930.

Desse modo, como em êxtase diante dos dramas abissais vividos nos tempos da República de Weimar, o filósofo (tanto quanto o artista) desempenhava na verdade o papel de ***flâneur***, o observador que passeava reconhecendo a cidade e os seus movimentos, sua apreensão e seu pânico, a sua percepção premonitória e a sua brutalidade, de sorte que ninguém sabia de qualquer caminho que pudesse 'dar certo', mas a ação em busca de algum (de qualquer um) se sobrepunha à espera.

Afinal, depois de encerrado violentamente o fascinante período de experimentação da República de Weimar, Gyorgy Lucáks redirecionou sua obra, alinhando-se ao stalinismo ortodoxo e renegando seu mais difundido livro, "História e Consciência de Classe", como ***idealista***.

Walter Benjamin deixou um grande acervo de ensaios e análises culturais, cuja riqueza impressiona até hoje, tanto quanto a permanência de seu estilo, ainda cativante.

Ele foi o primeiro tradutor para o alemão de "Em Busca do Tempo Perdido", de Marcel Proust, e - tanto quanto esse autor icônico -, era profundamente conhecedor do período da 'Belle Époque".

Também examinou com originalidade a estética do barroco, apontando-a como sendo a percepção de um momento de impasse que se seguiu ao término do Renascimento, quando foi constatada finalmente a ruptura com a ordem medieval sem que tivesse sido estabelecida outra.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Até hoje a herança de Benjamin tem interpretações disputadas, ora com valorização dos estudos estéticos, ora com melhor acolhida para os ensaios políticos e sociais.

Em "A Mente Imprudente", o professor e articulista americano liberal Mark Lilla reserva um capítulo para Walter Benjamin. Ali compara sua produção ensaística com a correspondência que manteve por toda vida com o teólogo judeu Gershom Scholem, para concluir que Benjamin também incorreu na "síndrome de Siracusa", ou seja, como Platão, viveu a experiência decepcionante de imiscuir-se na prática política, sem conhecê-la e pretendendo nela decalcar os seus conceitos teóricos.

Afinal Benjamin teve a marca da melancolia, que sempre carregou, como traço marcante de sua morte: tentando escapar da invasão nazista da França, onde estava exilado, encontrou a fronteira com a Espanha fechada.

Suicidou-se com uma dose excessiva de morfina no quarto de uma hospedaria.

No dia seguinte, a fronteira para Portbou, Catalunha, foi aberta, e é lá que se encontra seu túmulo, ponto obrigatório de visita dos passantes.

Contudo, na vida e na morte de Benjamin há muitas inspirações... e muitas fontes.

A partir de 2001, novos estudos foram feitos e passou a ser sustentado o assassinato dele, a mando da polícia de Stalin, a partir da reavaliação do laudo de necropsia, que apontou uma hemorragia cerebral como causa da morte e a ausência de substâncias químicas no sangue.

Além disso, o filósofo portava os manuscritos de um livro novo que escrevia desde a celebração do Pacto Molotov-Ribbentrop (entre a Rússia de Stalin e a Alemanha de Hitler), que o decepcionara definitivamente, e eles desapareceram. (Fonte: Folha de S. Paulo, 4 de julho de 2001, artigo de Sérgio Dávila, "Morte de Benjamin tem nova teoria").

De fato, desde a Guerra Civil Espanhola, como relatado com minúcias por George Orwell, entre outros, a NKVD (antecessora da KGB) vinha matando sumariamente os adversários do stalinismo, tanto que pouco depois, em 1940, eliminou Leon Trotski. O ex-coronel da KGB Vladimir Putin teve, portanto, uma boa escola para matar *todos* os seus adversários políticos, o que continua impunemente a fazer.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Já Ernst Bloch teve uma longa vida de professor. Depois da II Guerra localizou-se na Alemanha Oriental e lá era festejado como ilustre teórico marxista. Entretanto, quando Nikita Khrushchov mandou erguer o muro de Berlim, passou para o lado ocidental e permaneceu até sua morte trabalhando nos temas da utopia e da esperança, que unificou, entendendo que não se trata nem de um lugar, nem de uma conquista, mas de um processo.

Não renegou sua obra desde os tempos de Weimar, mas - como bom *scholar* -, redirecionou-a para seus novos alunos, que já eram bem outros, embora não o admirassem menos que os primeiros.

Por fim, o jovem Nelson Brissac Peixoto tornou-se professor, ainda exerce essa profissão, mas não se pode dizer que prossiga no estudo da Filosofia.

Seus interesses são variados, vão da organização das cidades até a arquitetura, do cinema à curadoria cultural. Aproximou-se do Instituto Moreira Salles e chegou a fazer o roteiro cinematográfico para um documentário sobre o modo de vida americano.

Embora seu texto de mestrado fosse promissor, nenhum outro apareceu, de modo que a singularidade daquele trabalho ficou ainda mais marcada.

Hoje ainda o livro produz um ***paraefeito***: mostra como os pensadores atuais pensam mal, enganam, são superficiais e não têm coragem para perceber e analisar os resultados dramáticos de uma ruptura de padrões civilizatórios que está na iminência de ser vivida de novo.

2. A crise dos sistemas mostra um mundo em que a superestrutura política, jurídica e institucional tem que lidar com uma inédita *ausência de respostas*

Onde está a pertinência de tudo isso com os dias correntes?

Está em que a pandemia que ora grassa reapresenta hoje a "sedução da barbárie".

Os governos são questionados pelo que fazem e pelo que deixam de fazer. Seus intérpretes e dirigentes maiores têm comportamentos erráticos. Nos Estados democráticos se veem tantos erros como nos autoritários; há igualmente tantas incertezas e incógnitas quanto ao que virá na pós-pandemia.

Com o confinamento, não existe mais o aprendizado do ***flâneur***. Toda e qualquer observação decorre da comunicação eletrônica, com seu mar de erros, impropérios, raivas incontidas e narrativas intermináveis de versões estapafúrdias.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A certeza maior vem daqueles que não querem mudar.

A burocracia sonha com a volta ao seu *status* de nobreza, embora sem título, mas com 'garantias' e renda assegurada.

Os novos *constitucionalistas* se amparam no desejo de retorno do *império da lei*, isto é, da lei confusa, da segunda mais extensa Constituição do mundo que vigora no Brasil (só é menor do que a da Índia, porque lá vigoram regras relativas às regiões e etnias junto com as outras, de vigência nacional), que já conta agora com mais de cem emendas em apenas trinta anos.

As pessoas ligadas a negócios querem que a *globalização* agora dê certo, embora não atinem no porquê ela deu errado, inclusive no que respeita à disseminação quase instantânea da pandemia galopante que assedia o mundo todo.

A nova peste colocou em xeque o sistema representativo, as repúblicas, a filosofia, a informação, os médicos de TV, os cientistas que se contradizem mais do que os teólogos de Bizâncio e – quem diria? – os videntes, que desta vez não previram nada.

O sonho de Weimar se renovou e agora se esgota.

Slavoj Zizek, o filósofo esloveno que colhe adjetivos como "brilhante" e qualificativos como "grande vigarista internacional", expõe sua catarse na quarentena ao seu modo apoplético, no último livro "Pandemia", entendendo que a fragilidade do Ocidente e do capitalismo os obriga a converterem-se a uma ***terapia comunista*** para sobreviver e salvar sua economia.

Por ***terapia comunista*** o esloveno suado que, segundo um cronista que o entrevistou para a revista Piauí, tem a aparência de um grande urso cinza, entende que seja uma prática keynesiana mais intensiva, para os que não estão prevenidos e irão se assustar com a designação por ele dada, como aconteceu com o ignorante chanceler brasileiro.

O respeitado Giorgio Agamben, que até há pouco tempo anunciava uma ***teoria da desconstituição***, agora elevou a uma potência etérea seu principal tema sobre o ***estado de exceção***, a ponto de negar a existência da pandemia e denunciar as medidas governamentais como conspiração para violar as garantias legais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Isto que ele é um dos principais filósofos italianos atuais, autor de uma vasta obra, conferencista e ex-aluno de Heidegger.

Já o fabricante de *best sellers* Yuval Harari usa de seu método difuso-confuso-profuso para obter um enfoque filosófico-arqueológico-místico e para pregar temas de auto-ajuda, tais como o desejo de que a humanidade se reencontre numa grande harmonia e solidariedade, e para que a globalização acidentada que vimos tendo desde o início deste Século repouse na confiança mútua e na grande ***comunhão da idiotia***, no que é seguido de perto pelo filósofo suíço Alain de Botton, que passou a pregar métodos para ***suportar a pandemia***, um tipo de reinvenção da terapia cognitivo-comportamental dentro do pensamento filosófico.

Nenhum deles nos socorre da barbárie que se avizinha.

Todos mostram a sua grande arma da ilusão quando as pessoas são seduzidas por simplificações, retornos quiméricos ou com a possibilidade de se porem a salvo de um mal que está em toda parte.

O risco dessa sedução é o de encontrar uma fronteira fechada e então o que vai acontecer na verdade ninguém sabe.

De qualquer forma o que acontecer ou não será contado de diversas maneiras.

A incredulidade será sempre sugerida, mas é exatamente isso que permitirá – e já está permitindo – a vitória dos ***credos***.

Na verdade, a pandemia desmontou os alicerces que tínhamos por estáveis da civilização ocidental.

Esses sustentáculos não estavam no capitalismo, como apressadamente seus críticos possam concluir. Toda a história do capitalismo ocorreu dentro do processo civilizatório ocidental como, antes dele, também aconteceu com o feudalismo e o mercantilismo, por exemplo, e com a produção das duas revoluções industriais e a revolução da informática.

Não é a ***economia*** interna de um sistema econômico que sai abalada, como pareceu ao escalofobético Slavoj Zizek, mas todo o processo histórico de pensar e produzir sistemas.

Como se vê, a característica principal do fenômeno que está sendo vivido consiste na ***ausência de respostas***. Não se trata de uma oposição entre teorias políticas e jurídicas sobre a estruturação do mundo, nem entre ideologias

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

conflitantes e, menos ainda, da busca de meios alternativos para organizar a vida social.

Nenhum reordenamento pode ser concebido no momento. Nenhum New Deal parece possível, nenhum Plano Marshall ou mesmo as práticas da economia de Keynes em larga escala parecem oferecer alternativas políticas.

Reestruturar a representação política também tem sua inspiração quimérica, uma vez que o mundo todo, com sua diversidade de situações, está submetido aos ***circuitos de relacionamento*** que anularam a força de propagação de um regime como alternativa a outro.

Por fim, as tentativas de regulação jurídica de situações individuais e de grupos resulta sempre em medidas coercitivas, pois parece que só elas estariam adequadas a vencer um inimigo mal identificado, de origem obscura, que foge a um controle eficaz e completo, proporcionando um atendimento médico que é mais de suporte do que de cura.

3. Quando o 'retorno à normalidade', a 'retomada', ou o 'reingresso na globalização' terão de disputar sua presença no futuro com a perda de continuidade com um passado recente, pois 'as coisas não voltarão a ser como eram antes'

Não seremos mais os mesmos, já sabemos.

Não retornaremos ao mesmo lugar, pois o tempo já passou, mudando radicalmente a percepção de mundo nestes meses de 2020, de modo que aquilo que entendíamos como 'mesmo lugar' é apenas um lugar no passado.

Mas não sabemos o que o desafio diário feito por ***novos déspotas***, ***incompetentes novos*** ou ***novíssimos hagiógrafos*** nos trará.

Muitos dos que apontam caminhos hoje não se inibirão de indicar outros amanhã.

Seus estranhos caminhos andam sempre em torvelinho.

Há em tudo isso uma profunda desorganização que atrai o registro remoto do que foram as ***invasões bárbaras***.

O cineasta canadense Denys Arcand deu esse nome de "Invasões Bárbaras" ao segundo filme de sua trilogia, iniciada com "O Declínio do Império Americano". Neste último, que se tornou surpreendentemente atual, ele trabalhou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a tese do desencontro das teorias acadêmicas explicativas do mundo com o espírito hedonista que se havia apropriado do modo de vida americano.

Já nas "Invasões Bárbaras" ele trata do imaginário que cerca a dissolução das relações internas, estabelecidas na vida social, de modo que nada mais funciona e o ser humano só tem o escape de voltar a ser contemplativo.

A chave para entendimento da sedução da barbárie, entretanto, talvez esteja em outro lugar e possa ser assim formulada:

Quando as pessoas perdem a identificação, no que foram e na projeção do que virá, as referências tornam-se tortuosas e fugidias e ***novos referenciais*** não são estabelecidos, porque eles vêm vestidos com a capa da brutalidade, da ignorância, das palavras de ordem e da improvisação, pois era isto que existia nos primórdios que pensávamos ter superado.

Surge, então, a hora e a vez do homem medíocre.

E quem ele é?

É todo aquele que, quando se defronta com uma pessoa superior, inquestionavelmente excepcional, acha-se um igual; quando encontra outra pessoa simples, semelhantes a ele, com os receios e incertezas próprios da nossa condição, considera-se um superior.

Este é o ser humano que quer nos arrastar para seu mundo arcaico e deformado, onde os traços da sofisticação e da sensibilidade são defeitos, e as "virtudes" bárbaras são saudadas mais uma vez.

Tal é o homem que volta a ter voz, e uma voz muito potente, que deixa em segundo plano o conhecimento científico arduamente disputado palmo a palmo por gerações anteriores, pois – antes que o conhecimento mesmo – o que declina é a crença de que a ciência possa alcançá-lo e difundi-lo.

Também há dispersão e desmentidos entre os cientistas, e isso não ocorre somente – como seria próprio para quem faz investigações prospectivas - nas suas áreas de estudo.

Pessoas que adquirem conhecimento científico também querem ser celebridades.

Astrônomos querem se aprofundar no misticismo. Neurocientistas opinam sobre futebol. Racismo é um assunto que assoma em ondas e cada vez é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

mais maltratado, pelos que têm outra área de interesse principal, e são apenas visitantes desse tema, quando ele ganha destaque. Médicos incursionam sobre o sistema legal.

Noam Chomsky é um pesquisador americano que trabalhou com teorias sobre as vinculações matemáticas da estrutura linguística, mas quem sabe disso?

Desde pelo menos a época da Guerra do Vietnam ele só aborda, com uma desenvoltura que está marcada pela intencionalidade (e, portanto, tem muito pouco do critério científico) os assuntos políticos e filosóficos os mais variados, perfazendo um caminho que o tornou uma personalidade internacional que está marcada pelas incompreensões de seu próprio país.

Este é só um exemplo, não maior do que inúmeros outros.

A ***estranheza*** é um sentimento que tomou o lugar da ***identificação***, de modo que a primeira somente declina e a segunda só pode assomar em relação a ***coletivos provisórios***, que são os movimentos.

As palavras de ordem que os guiam ganham proporções que outrora tiveram as revelações de profetas – a favor de mulheres assediadas, ou contra a discriminação racial, ou pelo direito de minorias (que se multiplicam em novas minorias incertas), ou contra algum produto, consumo ou prática que a humanidade explora por muitos séculos e, finalmente, por dietas, ginásticas, meditações, partos, ocultismos ou crenças esotéricas e de autoajudas tão variados quantos são os ***salvadores***.

Como as tradicionais instituições que responderiam melhor pela conservação das ***estruturas sociais de referência*** – religiões, regras morais incorporadas por gerações, costumes padronizados, escola, partidos políticos tradicionais com base ideológica, universidades, o Direito e o Judiciário – enfrentariam a ***dissolução***, quando esta decorre de forças sociais dispersivas, que só se coordenam através de ***movimentos***?

Terá chegado a hora de "formação" do "homem sem qualidades", como ele foi descrito pelo escritor austríaco Robert Musil desde "O Jovem Törless"? Ou de "O Conformista", do italiano Alberto Moravia, levado ao cinema por Bernardo Bertolucci? Eles já estarão sendo ***arregimentados pelos movimentos*** que supostamente os emancipam?

Só saberemos depois que a pandemia de Covid-19 afrouxar o torniquete com que comprimiu a civilização, a qual se reerguerá em novas bases, para ter

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

continuidade, para seguir novos rumos ou ainda para sofrer ajustes traumáticos de acordo com as forças que emergem segundo seus novos núcleos difusores na China, Rússia, Irã e Turquia.

Até lá, todas as crenças estabelecidas estão em jogo e saber quais delas ainda vingarão é uma aposta, enquanto a barbárie de novo assombra o Ocidente.

E por que o Ocidente?

Porque é nele que se produzem as mais radicais mudanças, onde há liberdade para a dispersão, onde "o que é sólido desmancha no ar" e onde os ventos sopram em todas as direções, esperando que descubramos - por nossa exclusiva conta e risco - qual delas é a melhor.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

VIOLÊNCIA NO AMBIENTE ESCOLAR: O PROFESSOR VITIMA SEM PROTEÇÃO

CLAUDINEIA DE ANDRADE: Discente do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru .

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO[1]

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho sobre este tema é demonstrar atos de violência que o professor brasileiro sofre no cotidiano escolar. A ideia é apresentar hipóteses que levam alunos a agredirem o professor. Quais fatores que contribuem, sinalizam para a ocorrência da violência. Importante também apresentar neste trabalho, a necessidade de conscientização e informação para toda sociedade o quanto se faz necessário combater a violência, mais especificamente na escola onde o professor é muitas vezes um solitário lutador para que as coisas aconteçam para o bem comum, é necessária a intervenção social, familiar, comunitária e escolar de maneira presencial e efetiva para conscientizar e buscar melhorias. Também é preciso olhar para necessidades de leis mais específicas voltadas para a proteção do docente, temos no Código Penal Brasileiro os artigos que tratam da lesão corporal, ameaça e injúria, leis que demonstram pouca eficácia no combate a violência em específico a proteção do professor.

Palavras-chave: Violência. Professor. Escola.

ABSTRACT: The present work on this topic is to demonstrate acts of violence that the Brazilian teacher suffers in daily school. The idea is to present some hypotheses that lead students to assault the teacher. What factors contribute, signal to the occurrence of violence. It is also important to present in this work, the need for awareness and information for the whole society how much is necessary to combat violence, more specifically in the school where the teacher is often a lonely fighter for that things to the common good, it is necessary to intervene social, family, community and schoolin a face-to-face and effective way to make awareness and seek improvements. It is also necessary to look at the needs of more specific laws aimed at the protection of teachers, we have in the Brazilian Penal Code the articles that deal with bodily injury, amhesm and injury, laws that demonstrate little effectiveness in combating violence in specific to teacher protection Key words: Violence. Teacher . School.

1 INTRODUÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Dando continuidade ao trabalho cujo tema é a violência que o professor brasileiro sofre na sala de aula, este pretende contribuir para um olhar quanto a violência, as causas e fatores para que alunos agridam seus professores. E quem de nós não se cansou de ouvir relatos sobre este tema "violência na escola"? Qual a força, potencial que tornam os alunos agressores?

Atualmente no sistema escolar brasileiro, uma preocupação que muitas vezes se manifesta através de comportamentos violentos de diversas formas, uma realidade de grande proporção e maioria, colocando o Brasil no triste ranking da violência.

Importante compreender a violência e os componentes caracterizadores, entender o cenário, o ambiente onde mais ocorrem as violências e quais são os fatores, para que se possa construir um cenário diferente e pacificador.

À proporção em que medidas de proteção precisam ser tomadas contra a invasão da violência nas escolas, estas perdem a leveza, descontração, atração e alegria para todos.

2 CONCEITO DE VIOLÊNCIA

É difícil esclarecer este conceito quando aspectos que contribuem para sua incidência relacionam-se com a violência social.

Segundo Debarbieux (2002), é necessário entender a violência sem desconsiderar o entendimento subjetivo, não se pode reduzir a violência à violência física apenas, como morte, golpes, ferimentos, roubos, violência sexual entre outras tantas violências, seria com excluir a experiência da vítima. A incivilidade também é uma violência na qual não se deve ser desconsiderada, que segundo Abramovay e Avancini (2002), são atos e atitudes sem gravidade e que tem caráter público - são relações entre o espaço público e o indivíduo; a quebra de relações humanas e as regras de convivência quebra o pacto social, aí surge então a incivilidade.

Diversos autores enfatizam a necessidade de entender o que se nomeia como violência em referência à escola. Charlot, apud Abramovay (2006) propõe três tipos de manifestação de violência:

"sem estar ligada às rotinas do espaço escolar, a violência na escola é aquela que se produz dentro do espaço escolar, por exemplo, quando a escola é invadida em virtude de acertos de contas." (p.76)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

"agreções ao patrimônio e às autoridades da escola, neste caso professores, diretores e funcionários, a violência tem relação com a natureza e as atividades da instituição escolar." (p.76)

"a violência da escola, onde a maneira de como a escola se organiza, como funciona e trata os alunos, gera a violência institucional."

Segundo Maffesoli[2], a violência (ou força), como uma das formas que move as relações humanas, não deixa de levar e conta a instabilidade social como parte de tudo aquilo que, ao invés de suprimir os antagonismos, tenta ordená-los. A força, como elemento da "potência", uma vez sendo reconhecida e simbolicamente integrada, encontra o seu lugar no jogo do dinamismo social.

Para Maffesoli, entender a violência não é inventar uma teoria - uma vez que a sua natureza é convulsiva, informe, irregular e obscura, mas é necessário reconhecer os elementos que a compõem (MAFFESOLI, 1987a.)

A partir da obra de Georg Simmel, Maffesoli afirma que as coisas existem porque elas inscrevem-se em uma forma que permite ressaltar as múltiplas situações da vida corrente, sem fechá-las nos limites de um finalismo. Uma "sociologia formista" contenta-se em desenhar as grandes linhas, o quadro, a forma, ou seja, em delimitar não o conteúdo, mas aquilo que contém.

2.1 FATORES DE RISCO

Podemos compreender que os fatores de riscos, são circunstâncias que levam a prever um alto índice de violência, como por exemplo, impulsividade, baixo rendimento escolar, baixa renda familiar, pais criminosos, famílias sem estruturas físicas e psicológicas são ideias que podem ser definidas como atos que visam a causar danos físicos ou psicológicos.

Algumas práticas violentas são cometidas por pessoas portadoras de tendências violentas relativamente estáveis e duradouras, ao passo que outras práticas de violência são cometidas por pessoas "normais", que se veem em situações que tendem a levar à violência.

“Visando aclarar as possíveis causas da violência quanto aos mecanismos de prevenção, a ênfase nos fatores de risco pode variar ao longo do tempo, contrariamente aos fatores fixos, como o gênero” (DEBARBIEUX, 2001, p.18). Fatores psicológicos, fatores familiares, fatores relativos a condições socioeconômicas, fatores relativos a colegas e vizinhança, baixo autocontrole ou vínculos frágeis com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a sociedade, influenciam o desenvolvimento a longo prazo do potencial para a violência.

2.2 OCASIÃO PARA A VIOLÊNCIA

Diante de uma situação para a violência, o fato de uma pessoa vir ou não a agir, dependerá de modos cognitivos (de pensamento), que incluem a apuração de custos e benefícios da violência e as possibilidades de riscos a ela associados. Mas e quando se perde o medo de tais riscos? A possibilidade de que o defrontar-se eventualmente com uma oportunidade tentadora possa causa um aumento de curto prazo no potencial de violência, da mesma forma que um aumento de curto prazo nesse potencial pode motivar uma pessoa a buscar uma oportunidade de praticar a violência (GUIMARÃES, A.M, 1992).

Até aqui foi apresentado um pouco sobre o tema Violência, onde está atravessa barreiras até chegarem às escolas tornando um espaço muitas vezes difícil para o professor, que de maneira solitária e árdua enfrenta dia após dia o desafio de lidar, minimizar, mudar este tema.

2.3 A LEGISLAÇÃO

Diante de tragédias que ocorrem em várias escolas no Brasil, observamos na legislação Brasileira que os crimes cometidos muitas vezes são de alto potencial ofensivo. Sob domínio de violenta emoção, jovens agem com violência. Importante salientar, que as violências cometidas pelos jovens com idade inferior a 18 anos são consideradas atos infracionais e o Estatuto da Criança e Adolescente dispões sobre a proteção integral destes.

A emoção, como ensina Nélson Hungria, é "um estado de ânimo ou de consciência caracterizado por uma viva excitação do sentimento. É uma forte e transitória perturbação da efetividade, a que estão ligadas certas variações somáticas ou modificações particulares da vida orgânica". HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953. v. 5, p. 128.

A lesão corporal pode se dar através do dolo e da culpa. Além disso, pode ocorrer crime preterdoloso - no qual está presente o dolo na ação antecedente e culpa na consequente (art., 129, § 3º, do Código Penal).

> Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:
>
> Pena detenção, de três meses a um ano.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

§ 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzí lo:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

Art. 41 do Código Processo Penal - Decreto Lei 3689/41

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identifica-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Art. 121 do Código Processo Penal

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

DOS CRIMES CONTRA A HONRA

Calúnia é uma falsa acusação, com o objetivo de denegrir alguém.

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Difamação e uma atribuição a um fato desonroso.

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Injúria coloca a pessoa em depreciação, menosprezo, insulto a dignidade da pessoa. Injuriar alguém é coloca-lá em condição de inferioridade perante a si mesmo.

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3o Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)

Constrangimento ilegal

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.

Ameaça

Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único Somente se procede mediante representação.

3 PREVENÇÃO - DEFINIR PARA AGIR

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Na medida do possível e de forma resumida, apresentarei alguns trabalhos de prevenção, como é possível evitar que a violência chegue até o professor, nas escolas, no dia a dia de alunos, funcionários e professores. Mas se a violência é construída, então ela pode ser desconstruída; a violência tem uma história e esta não foi somente uma explosão inesperada, ela é previsível, pois foi construída socialmente. Portanto é com toda a sociedade envolvida que as estratégias de prevenção são necessárias, e não as estratégias de repressão.

A prevenção deve começar cedo (antes mesmo de qualquer situação de violência), devendo acontecer em meio às tarefas do cotidiano escolar e não apenas em grandes campanhas de "conscientização". O papel fundamental nessa prevenção deve ser desempenhado por aqueles que administram a educação em base cotidiana com parcerias entre escola, famílias, comunidades enfim toda sociedade em conjunto visando o maior que é o crescimento desses jovens na sociedade e professores sem medo de trabalhar. É necessário que a escola faça mais do que "ensinar" crianças, é preciso "educar famílias", sim educar os pais primeiramente.

4 METODOLOGIA

O presente trabalho foi desenvolvido através de pesquisa bibliográfica, com a intenção de identificar fatos sobre a violência no ambiente escolar. Foi desenvolvido os aspectos legais do Código Penal Brasileiro.

O referencial teórico foi para conhecimento das agressões que professores sofrem diante do árduo trabalho de ensinar, com análise sobre o assunto e em busca de alternativas para melhorar a convivência nas escolas entre alunos e professores.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como aspecto relevante, cito que pude observar que é possível no processo de ensino, levar alunos, professores, famílias, comunidades e toda sociedade em geral a se envolverem e participarem como sujeitos ativos no processo de melhorias nas escolas.

Pesquisas apontam para um clima positivo, com uma cultura escolar compartilhada por todos os membros da escola. É preciso implementar novas rotinas de estímulos e reflexões

Saliento que na busca pela convivência saudável, respeitosa entre todos, conseguiremos atingir todas as instâncias envolvidas abordando um tema de crescente discussão e importância em nossa sociedade, por isso é indispensável

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

estabelecer constantemente o diálogo a de discutir a importância e responsabilidade de todos nós.

REFERÊNCIAS

GUIMARÃES, A. M. A Dinâmica da Violência Escolar - Conflito e Ambiguidade Ed. Autores Associados 2ª Edição

DEBARBIEUX, E. (2001) A violência na escola francesa: 30 anos de construção social. http://www.scielo.br

BLAYA, C.; DEBARBIEUX, E. (orgs) (2002) Violências nas escolas e políticas públicas. Brasília, UNESCO

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

ABRAMOVAY, M. E AVANCINI, M. Educação e incivilidade.

GUIMARÃES, A. M. Vigilância, punição e depredação escolar. Campinas: Papirus, Cedes,

São Paulo: Ande, Anped, 1992.

HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953. v. 5, p. 128. 20 ALTAVILLA, Enrico. Tratado de psicologia judiciária. Tradução de Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1981. t. I: O processo psicológico e a verdade judicial, p. 107.

https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10624670/artigo-129-do-decreto-lei-n-2848-de-07...

www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm

www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm

http://sumarios.grupogen.com.br/jur/MET/9788530978952_Amostra.pdf

https://mail.google.com/mail/u/0/?hl=pt-BR#starred/KtbxLrjdsrCxzMmwmPcwJvDVkQwxHctBqV?projector=1&messagePartId=0.1

http://www.miriamabramovay.com/site/index.php?option...

www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm,

NOTA:

[1] Docente mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru – e-mail: andrea.escarabelo@universidadebrasil.edu.br

[2] Michel Maffesoli, "Epistémologie de la Vie Quotidienne (Vers un Formisme Sociologique)", in Cahiers Internationaux de Sociologie, v. 74, p 65.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO INFLUENCIADOR DIGITAL SOB A ÓTICA DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA

PAMELA VELOSO SILVA:
Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário UNINOVAFAPI

ELTA MARIA DE ARAÚJO[1]
(coautora)
CLÉA MARA COUTINHO[2]
(orientadora)

RESUMO: O influenciador digital exerce um papel importante na formação de opinião dos seguidores, capaz de modificar comportamentos e impulsionar o consumismo. As empresas estão cada vez mais interessadas em novas formas de interação com o consumidor, para isso, têm recorrido aos influenciadores digitais, a fim de obter clientes e gerar lucros. Este artigo tem como escopo analisar a responsabilidade civil dos influenciadores digitais em seus trabalhos de marketing, pela ótica da legislação consumerista, bem como avaliar a aplicação da legislação brasileira nas publicidades realizadas por intermédio da rede social *Instagram*. Propõe-se, ainda, avaliar a possibilidade de equiparação do influenciador digital aos fornecedores, quando inseridos na relação de consumo. A análise pretendida ancora-se nos estudos da doutrina, na jurisprudência e nas decisões do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR). Para tanto, a metodologia utilizada é de natureza qualitativa, através de uma revisão bibliográfica. Conclui-se que o influenciador digital ao anunciar um produto ou serviço na plataforma *Instagram*, integra a cadeia publicitária, pois agrega ao anúncio uma confiabilidade preexistente na sua relação com os seguidores e, portanto, essa relação de prestação de serviços não pode se dar sem observar as diretrizes básicas que regulamentam a publicidade e as normas protetivas do consumidor.

Palavras-chave: Publicidade. Marketing de influência. *Instagram.* Influenciador digital. Responsabilidade.

ABSTRACT: The digital influencer exercises an important role in forming the opinion of followers, able of modify behaviors and boost consumerism. Companies are increasingly interested in new forms of interaction with the consumer, for this reason, they have resorted to digital influencers in order to obtain customers and generate profits. This article aims to analyze the civil responsibility of digital influencers in their marketing efforts, from the perspective of consumer legislation, as well as evaluating the application of Brazilian legislation in advertising carried out through the social network *Instagram*. It is also proposed to evaluate the possibility of matching the

digital influencer to the suppliers, when inserted on the consumption relationship. The intended analysis is anchored in the studies of the doctrine, jurisprudence and in the decisions of the National Advertising Self-Regulation Council (CONAR). Therefore, the methodology used is of a qualitative nature, through a bibliographic review. It is concluded that the digital influencer when advertising a product or service on the *Instagram* platform, integrates the advertising chain, because it adds to the advertising a pre-existing reliability in its relationship with the followers and therefore, this service provision relationship cannot happen without observing the basic guidelines that regulate advertising and consumer protection standards.

Keywords: Advertising. Influence Marketing. Instagram. Digital influencer. Responsibility.

Sumário: 1. Introdução. 2. O *Influencer* Digital. 2.1 A ampliação de plataformas e aplicativos com enfoque no *Instagram.* 2.2 O papel do influenciador digital nos efeitos que a publicidade produz. 3. A publicidade no *Instagram*. 3.1 A regulamentação da publicidade digital no ordenamento jurídico brasileiro. 3.2 Marketing de influência e a publicidade no *Instagram*. 3.3 Publicidade ilícita nas plataformas digitais. 4. A responsabilização do Influenciador Digital. 4.1 A Responsabilização frente aos prejuízos causados aos consumidores. 4.2 Decisões do CONAR referente à responsabilização de influenciadores digitais. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

As transformações advindas do desenvolvimento tecnológico pelo qual a internet tem passado ao longo dessas cinco décadas trouxeram diversas mudanças para a sociedade, através de novas possibilidades de interações virtuais que aproximam cada vez mais as pessoas, principalmente com o crescente uso das redes sociais.

Em meio à difusão de tantas informações movimentadas na era da conectividade, é certo que as reformulações ocorridas no mercado trouxeram grandes avanços na área do marketing, gerando a necessidade de uma adaptação do marketing de conteúdo, com vistas a atender um mercado inclusivo e ao mesmo tempo competitivo.

Diante disso, graças a essas novas formas de interação no ambiente digital, o comércio vem conquistando um espaço cada vez mais amplo no mundo, trazendo novas possibilidades tanto para os consumidores, quanto para os fornecedores.

Nesse ínterim, indivíduos dotados de informações, engajamento, com um alto poder de convencimento e capazes de influenciar a opinião e o comportamento de milhões de seguidores, por intermédio da exposição rotineira do seu cotidiano, têm sido amplamente utilizados como ferramentas nas mais diversas parcerias comerciais, caracterizando-se como uma das principais tendências de marketing e comunicação da atualidade. Nesse âmbito, surgem os influenciadores digitais, que, através dessas parcerias, passaram a trabalhar na divulgação de produtos e serviços nas variadas plataformas digitais, fazendo com que a publicidade realizada ganhasse novas perspectivas e, por conseguinte, trazendo à tona um processo de profissionalização desses influenciadores.

Diante do exposto, o presente artigo possui como objetivo principal analisar a possibilidade de responsabilização do influenciador digital que cria, produz ou divulga conteúdos, no aplicativo *Instagram.* Faz-se imperativo, também, avaliar a aplicação da legislação brasileira nas publicidades realizadas no *Instagram*, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, e a possibilidade de equiparação do influenciador digital aos fornecedores, quando inseridos na relação de consumo.

O tema do presente artigo é de suma relevância, pelo fato de que os influenciadores digitais estão intimamente relacionados à ascensão das redes sociais nas diversas áreas das nossas vidas, principalmente no mercado digital. Trata-se de figuras que estão cada vez mais presentes na divulgação de produtos e serviços, impulsionando marcas, serviços e profissionais, graças ao seu grande alcance nas redes sociais, que se caracterizam como espaços virtuais que, atualmente, constituem-se como relevantes e principais meios de informação, interação e comércio.

Em relação à metodologia aplicada, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, analisando a principiologia das normas consumeristas, buscando demonstrar a possibilidade de responsabilização dos influenciadores digitais sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor. O trabalho baseia-se na análise de pesquisa bibliográfica realizada a partir de livros, artigos publicados em revistas especializadas, da legislação brasileira sobre a espécie, além dos veículos virtuais compatíveis.

O trabalho será desenvolvido em três capítulos, a saber: no primeiro, será feita uma análise sobre a figura do influenciador digital e sua maneira de operar nas plataformas e aplicativos; no segundo, tratar-se-á da legislação aplicada à publicidade na plataforma digital *Instagram* e no terceiro, será abordada a questão da responsabilização do Influenciador Digital, quando inserido na relação de consumo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2 O INFLUENCIADOR DIGITAL

De antemão, insta salientar que devemos tecer alguns comentários para que assim fixe-se a conceituação mais técnica possível do influenciador digital, para viabilizar a compreensão da temática ora abordada, objetivando uma melhor compreensão do tema.

Em um primeiro momento, verifica-se que o nicho do influenciador digital são as redes sociais, visto que seu perfil de usuário é seguido por várias pessoas que procuram as publicações no intuito de informar-se acerca do que é postado. Assim podemos concluir que o influenciador digital é uma pessoa famosa nas redes sociais, possuindo vários seguidores que diariamente acompanham e consomem aquilo que é postado.

Outro ponto importante a ser levantado é a necessidade de aceitação do público quanto às informações veiculadas pelos influenciadores. Para isso, faz-se necessário que esses *influencers* ganhem a confiança desse público de seguidores, através da criação de conteúdos aleatórios. Quando consolidada essa relação entre influenciador e seguidores, surge a fidelidade desse público, com o surgimento da credibilidade em suas publicações, nas suas. Por conseguinte, estabelece-se uma verdadeira interação entre quem veicula a informação e quem a absorve. Como visto, trata-se de estratégias a serem executadas, cujo objetivo colimado é o consumo do serviço e produto veiculados pela figura do influenciador digital.

De certa forma, isso ocorre em decorrência da personalidade e outros atributos pessoais do influenciador digital que faz com que o seguidor se identifique, criando assim essa confiança outrora já mencionada. Além do consumo do produto e serviços veiculados, outra consequência dessa simbiose é o crescente número de seguidores que passam a consumir o que é publicado e também a divulgar, o que eleva o potencial de marketing e alcance daquele *influencer* em especial. Com isso, os influenciadores digitais se tornam figuras lucrativas e vantajosas para os potenciais clientes/contratantes de sua imagem e de tudo aquilo que ela agrega.

No intuito de melhor esclarecer sobre o assunto, importa mencionar que:

> O termo influenciador digital, derivado do inglês *"digital influencer"* passou a ser usado mais comumente, no Brasil, a partir de 2015. Um dos principais motivos pode estar atrelado a entrada de novos aplicativos na esfera de produção desses profissionais que deixaram de se restringir a apenas uma plataforma – só o *YouTube*, no caso dos *vlogueiros*; ou só o blog, no caso dos blogueiros (KARHAWI, 2017, p. 7).

Desse modo, pode-se inferir que o engajamento dos influenciadores digitais nas mídias sociais, sobretudo na plataforma *Instagram,* produz seguidores, contudo, há necessidade de se estabelecer uma relação de confiança para que o seguidor se identifique e acredite o suficiente para consumir o que está sendo publicado. Por conta disso, muitos influenciadores acabam criando um perfil e até mesmo um estilo de vida que agregue não só a sua imagem, mas também aos produtos relacionados com suas divulgações, para que, dessa forma, eles possam atribuir verdade e consistência àquilo que se quer vender.

Explicamos: se um *influencer* faz propagandas de produtos estéticos, é interessante e coerente que o mesmo tenha os resultados que o produto promete, pois, esse profissional se caracteriza como a vitrine do que é anunciado e isso vai agregar confiança àqueles produtos e torná-los mais fidedignos.

Diante do exposto, percebe-se que o influenciador, assim como o próprio nome diz, desempenha um importante papel no marketing atual e na comercialização de produtos em geral, uma vez que é o mais novo e atual vetor de propaganda existente, veiculando produtos e informações na internet e, com isso, influenciando uma gama inestimável de pessoas diferentes.

Ser um *influencer* (ou *blogueiro*), como é comumente chamado, significa ter um efeito direto nas decisões daqueles que o seguem, sendo responsáveis pela mudança no estilo de vida, nas opiniões, no comportamento e no aumento do consumismo de seus fiéis seguidores (ALVES, 2019).

Essas pessoas que se destacam nas redes socais, possuem a capacidade de mobilizar um grande número de seguidores, pautando opiniões e comportamentos e até mesmo criando conteúdos que sejam exclusivos.

Nesse ponto, entendemos ser oportuno destacar o posicionamento de Messa (2016) a respeito do conceito técnico de influenciador digital para que possamos entender melhor a pessoa prestadora desse tipo de serviço:

> O fato é que todo influenciador digital não deixa de ser um formador de opinião, mas gostaria de reservar esse novo termo para destacar determinadas pessoas que mereciam mais atenção daqueles que trabalham com comunicação. Penso que influenciador digital é um termo que caberia melhor para identificar aquelas pessoas que fazem parte de um nicho muito específico e, dentro deste grupo, possuem um volume de conexões superior à média das pessoas que pertencem a esse nicho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Quanto às especialidades de influenciadores digitais, podemos vislumbrar que estes trabalham com um público-alvo em um nicho de mercado, como por exemplo, o mercado da moda, mercado dos games e o mercado dos esportes.

2.1 A ampliação de plataformas e aplicativos com enfoque no *Instagram*

Em decorrência do mundo globalizado em que estamos inseridos e diante da facilidade dos mecanismos que vêm sendo desenvolvidos através da ampla difusão das redes de internet no mundo, as demandas cotidianas se tornaram mais acessíveis à vida das pessoas e das empresas, inclusive no setor de vendas. Diante disso, o *Instagram* surge como uma das maiores redes comerciais, constituindo-se como uma verdadeira "vitrine virtual" que cada vez mais conquista os consumidores por conta da celeridade.

O *Instagram* é uma rede social recente, que tem como função originária o compartilhamento de fotos e vídeos, no *feed* e *stories* entre os usuários da rede. Essa rede social foi criada em outubro de 2010, desenvolvida pelo norte-americano Kevin Systrom e pelo brasileiro Mike Krieger, atualmente possui mais de 500 milhões de contas ativas que desfrutam o serviço de compartilhar fotos e vídeos, em sua maioria, para retratar o cotidiano (SILVESTRE, 2017).

Vários acontecimentos até mesmo imprevisíveis são transmitidos simultaneamente pelos usuários dessa plataforma, levando estes fatos ao conhecimento de todo o mundo conectado pelo *Instagram*. O aplicativo torna-se atrativo tanto para o entretenimento quanto para a propaganda, considerando que essas características exclusivas da rede social permitem uma melhor publicização dos produtos e serviços dos fornecedores.

Nesse sentido, o *Instagram* é uma rede social que funciona como um grande mural para expor fotos e vídeos, diariamente inúmeras pessoas publicam, curtem, compartilham o conteúdo com outros usuários, sendo possível ainda, gravar pequenos vídeos em sequência (*stories*) que ficam disponíveis por um tempo determinado de 24 (vinte e quatro) horas e logo depois são automaticamente apagados (SILVESTRE, 2017).

Podemos perceber, em suma, com essa extensa lista de funções e possibilidades, que é uma rede social criada para permitir a conexão imediata, a interação entre as pessoas e a veiculação, numa velocidade extraordinária, de informações com a exposição de fotos, vídeos textos, dentre outros. Devido a isso, é possível perceber que as pessoas estão cada vez mais voltadas para informações disponibilizadas nas mídias sociais, através da *Internet,* dada a maior praticidade e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

facilidade de interação entre os usuários e as informações que são publicadas em tempo real.

Porém, apesar da presença cada vez mais incisiva do influenciador digital, não há atualmente no ordenamento jurídico brasileiro norma legal que venha a regulamentar a profissão. Neste ponto, é salutar expor que tramita no Poder Legislativo Federal o Projeto de Lei – PL nº 10937/2018, de autoria do Deputado Federal Eduardo da Fonte do PP/PE, que visa regulamentar o ofício do influenciador digital, assegurar e facilitar o trabalho das novas gerações, sem dúvidas é um avanço do ponto de vista do Legislativo.

Em razão da estrutura do Projeto de Lei em comento, a transcrição dos dispositivos candidatos à positivação se torna viável e interessante neste caso, haja vista que poderá nos esclarecer como se dará a relação jurídica desses profissionais. Vejamos:

> O PL 10947/2018 dispõe sobre a regulamentação do ofício de Influenciador Digital Profissional. O Congresso Nacional decreta:
>
> Art. 1º. O exercício do ofício de Influenciador Digital Profissional ou Digital ***Influencer*** Profissional é considerado como atividade de natureza social, regulado pela presente Lei.
>
> Art. 2º.Para os fins desta Lei, entende-se como Influenciador Digital o obreiro que cria e publica conteúdo na Internet, em redes sociais, blogs e sites, na forma de vídeos, imagens ou textos, capaz de influenciar opiniões, comportamentos e manifestações de seus seguidores e afins, além de informar a população sobre temas que julga relevantes.
>
> Art. 3º. As novas denominações e descrições das funções em que se desdobram as atividades do Influenciador Digital Profissional constarão do Regulamento desta Lei.
>
> Art. 4º. É vedado ao Influenciador Digital Profissional a divulgação de conteúdo visando a prática de perseguição ou discriminação por motivos sociais, econômicos, políticos, religiosos, de gênero, raciais, de orientação sexual, condição física ou mental, ou de qualquer outra natureza

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 5º. É dever do Influenciador Digital Profissional respeitar: I - o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas; II -o direito autoral e intelectual em todas as suas formas; III -os direitos das crianças, dos adolescentes, das mulheres, dos idosos, dos negros e das minorias.
>
> Art. 6º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação (BRASIL, 2018).

O referido Projeto de Lei se encontra sujeito a apreciação conclusiva das comissões desde 16 de março de 2020. Conforme podemos vislumbrar, a regulamentação da profissão de influenciador digital está na iminência de ser positivado pelo Poder Legislativo Federal, a quem cabe legislar sobre assuntos dessa estirpe, conforme comando constitucional.

2.2 O Papel do influenciador digital nos efeitos que a publicidade produz

Segundo Silvestre (2017), o influenciador digital é importante para a publicidade de produtos e serviços, dada a sua notoriedade nas redes sociais, já que esta nova forma de publicizar mercadorias e atingir novos públicos consiste nas empresas ou marcas utilizarem os influenciadores para se comunicar com seu público-alvo, através do prestígio social conquistado neste micro meio, e assim "chancelar" e dar credibilidade aos produtos anunciados.

Neste sentido, é evidente que esta publicidade abrange o mercado dos usuários de redes socais, que possui como base o influenciador digital. Sem dúvidas ele é o vetor entre o produto e o consumidor, haja vista que os mesmos apresentam aos seguidores nas redes sociais o produto ou serviço que se pretende comercializar.

Esta relação deve sempre guardar laços com a boa-fé, probidade e obediência aos ditames da legislação consumerista visto que estes são os fundamentos norteadores para as relações de consumo nas redes sociais. A observância destes preceitos juntamente com uma boa postura traduz uma imagem positiva deste influenciador nas redes sociais, trazendo inegáveis benefícios e rentabilidade ao fornecedor.

Caso o influenciador acabe por envolver-se em polêmicas, principalmente com relação a temas sensíveis, expondo opiniões contrárias ao da massa de consumidores/seguidores, poderá ter suas parcerias prejudicadas, tendo em vista que na era da exposição as empresas optam por não vincular sua marca a um influenciador que causa repulsa nas redes sociais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nesse viés, cita-se o exemplo da influenciadora digital Mariana Saad e sua ex-patrocinadora, a empresa Seara. *In casu*, em meio à pandemia mundial causada pelo COVID-19 (patógeno gripal que para seu combate exige o distanciamento social) a influenciadora Mariana Saad foi vista em uma festa particular, violando as medidas de distanciamento social impostas pelo Governo para evitar o contágio. O fato levou a empresa Seara, ao tomar conhecimento dos fatos, exibir repúdio à conduta da influenciadora e possível rompimento de contrato (VOGUE, 2020).

Outra situação de influenciadores digitais que se envolveram em polêmicas no período da pandemia, é o caso da influenciadora digital Gabriele Pugliese que, a exemplo de Mariana Saad, também perdeu patrocinadores após promover uma festa na sua residência. A repercussão negativa do episódio levou as empresas com as quais a influenciadora mantinha parcerias a anunciarem que estariam rompendo ou não renovando contratos (VOGUE, 2020).

Tais situações fáticas demonstram a potencialidade das manifestações expostas pelos influenciadores digitais nas plataformas de mídia social, bem como os reflexos de seus posicionamentos na confiabilidade de uma marca ou empresa.

Por isso, diante do exposto, percebemos como o influenciador digital tem uma grande responsabilidade quanto aos conteúdos que criam, bem como com as informações que veiculam com sua própria imagem, que hoje é considerada sua marca de divulgação e o cerne de todo *marketing* e publicidade.

3 A PUBLICIDADE NO *INSTAGRAM*

Conforme tratado anteriormente, o *Instagram* é uma das plataformas digitais mais utilizadas na atualidade e, em virtude do seu elevado alcance de pessoas, tem se tornado palco de grandes veiculações publicitárias por empresas e marcas dos mais variados ramos. Oportuno, então, discorrer preliminarmente sobre algumas definições de publicidade e sua regulamentação no Brasil.

3.1 A regulamentação da publicidade digital no ordenamento jurídico brasileiro

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP), regulamento promovido pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) na Seção 2, que trata dos objetivos do código, apresenta a seguinte definição para a publicidade:

> Artigo 8º O principal objetivo deste Código é a regulamentação das normas éticas aplicáveis à publicidade e propaganda, assim entendidas como atividades destinadas a estimular o consumo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou ideias (CONAR, 1980).

Nessa mesma direção, Bolzan (2019, p. 547) enfatiza que a publicidade tem natureza comercial, definindo-a:

> Como a informação veiculada ao público consumidor com objetivo de promover comercialmente e, ainda que indiretamente, produto ou serviço disponibilizado ao mercado de consumo.

Nesse contexto, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Brasil, 1990), não trouxe um conceito jurídico para publicidade, atentando-se às definições de publicidade abusiva e enganosa e estabelecendo os princípios que regulamentam a atividade consumerista, como convém citar, o principio da identificação fácil e imediata, da lealdade publicitária, da vinculação e da oferta, da transparência e da proibição da publicidade ilícita.

Consubstanciando as diretrizes principiológicas do CDC sobre o princípio da vinculação da oferta e da transparência, Tartuce e Neves (2020, p.369) enunciam que "O conteúdo relativo à oferta deve ser completo, de modo que o consumidor seja devidamente informado a respeito daquilo que estar sendo adquirido".

A respeito do principio da identificação publicitária, o CDC estabelece que a publicidade seja veiculada de forma que seja fácil e imediatamente identificável pelo consumidor. No tocante ao princípio da transparência de campanhas perante o público, a legislação consumerista proíbe a realização de publicidade nas modalidades tidas como enganosa ou abusiva, definindo tais modalidades nos termos do artigo abaixo transcrito:

> **Artigo 37, § 1.º** É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. **§ 2.º** é abusiva dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (BRASIL, 1990).

O Código Consumerista prevê ainda que a publicidade enganosa pode vir a ser caracterizada por uma omissão, quando for veiculada sem informar dado essencial do produto ou serviço.

Quanto ao CONAR, trata-se de uma organização não-governamental, constituída por publicitários e profissionais de diversas áreas. O Conselho é o organismo responsável pela auto-regulamentação do mercado publicitário através do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Foi fundado em 1950, pela Associação Brasileira de Agências de Publicidade e tem a missão de impedir que a publicidade enganosa ou abusiva cause constrangimento ao consumidor ou a empresas e defender a liberdade de expressão comercial (CONAR, 1980).

A regulamentação feita da publicidade no nosso ordenamento jurídico brasileiro está constituída sob um sistema misto de normas, em que estão presentes normas de ordem pública da legislação nacional e normas aplicadas pelo setor privado, através do CONAR.

Ressalta-se, ainda, que, apesar da ausência de legislação específica sobre a publicidade realizada pelo influenciador digital, o CDC e o CONAR estabelecem princípios que devem ser aplicados aos anúncios feitos pelos influenciadores nas redes sociais e, portanto, os anúncios devem ser respeitosos, honestos e verdadeiros. Vejamos:

> Art. 1º - todo anúncio deve ser respeitador e conformar-se às leis do país; deve, ainda, ser honesto e verdadeiro.
>
> Art. 23 - Os anúncios devem ser realizados de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficiar de sua credulidade.
>
> Art. 28 - O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação (CONAR, 1980)

3.2 Marketing de influência e a publicidade no *Instagram*

Antes de adentrarmos ao estudo de marketing de influência no *Instagram*, cabe trazer à baila breves definições sobre marketing e marketing de conteúdo. Nesse contexto, Pride (2015, p.3) define marketing como sendo:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> O processo de criação, distribuição, promoção e precificação de bens, serviços e ideias para facilitar a satisfação nas relações de troca com clientes e desenvolver, e manter relações favoráveis com stakeholders em um ambiente dinâmico.

Por outro lado, o marketing de conteúdo seria um desdobramento desse processo de criação, distribuição, promoção e precificação que o marketing representa:

> [...] uma abordagem que envolve criar, selecionar, distribuir e ampliar conteúdo que seja interessante, relevante e útil para um público claramente definido com o objetivo de gerar conversas sobre esse conteúdo (KOTLER, 2017, p. 173).

O ilustre Phillp Kotler (2017) relata em sua obra que o marketing de conteúdo tem ganhado popularidade com a transparência da internet e a conectividade que existe atualmente entre os consumidores.

Outra definição importante para a compreensão do universo da publicidade nas mídias sociais diz respeito à técnica de marketing de influência que é definida por Politi (2017) como sendo:

> Uma abordagem de marketing que consiste em praticar ações focadas em indivíduos que exerçam influência ou liderança sobre potenciais compradores. Como benefício, os influenciadores interferem nas decisões de compra dos clientes a favor de uma determinada marca. Isso ocorre porque estabeleceram com ela uma relação de confiança legítima.

A esse respeito, Kotler sustenta que a divulgação de marcas por meio de conversas espontâneas tem maior credibilidade do que as campanhas publicitárias e que isso ocorre em decorrência da confiabilidade construída com base nos círculos sociais das comunidades de consumidores (KOTLER, 2017).

Diante desse cenário, pode-se verificar claramente que o marketing de influência é uma das maiores estratégias de comunicação utilizadas no mercado da atualidade. As marcas e empresas têm se unido cada vez mais às pessoas que mantêm uma relação de influência sobre determinados públicos e segmentos que pretendem alcançar.

Nesse sentido, conforme destacado anteriormente, o *Instagram* tem se mostrado como uma das plataformas midiáticas de maior volume no mundo inteiro,

exatamente por ser uma rede social de compartilhamento de fotos e vídeos facilmente manuseável e estar interligada a outras plataformas como o *Facebook* e T*witter*. No I*nstagram*, os anúncios são, na maioria das vezes, feitos pelo próprio influenciador digital, com o uso de *design* e linguagens livres, de acordo com o perfil dos seus seguidores e normalmente exibindo conteúdo através de fotos ou vídeos acompanhados de texto em linguagem simples e de uso comum, usando as *hastags* "publicidade", "*publi*" e "*ad*". Atualmente, a plataforma disponibiliza vários formatos de anúncios, e os mais comuns são os anúncios no *Instagram stories* e do *feed*, desenvolvidos no formato de imagens, vídeos ou da combinação destes.

Pelo exposto verifica-se que a plataforma do *Instagram* ao mesmo tempo em que é muito dinâmica, mostra-se simples de ser executada e compreendida, tendo em vista que todas as funcionalidades utilizadas na criação de conteúdos publicitários são normalmente utilizadas para manifestações comuns de todos os possuidores de uma conta na rede, o que possibilita ao influenciador digital desmistificar a velha ideia de publicidade e propaganda.

3.3 Publicidade ilícita nas plataformas digitais

Conforme explicitado acima, o Código de Defesa do Consumidor- CDC (Brasil, 1990), no art. 37, proíbe expressamente a publicidade enganosa e abusiva, posto que um dos princípios norteadores da norma consumerista é a transparência na publicidade. O consumidor precisa sentir-se livre para escolher e só um mercado desenvolvido de forma transparente possibilitará a escolha livre e consciente.

Com base no princípio da transparência e da identificação fácil e imediata, dispostos no art. 36, do Código de Defesa do Consumidor- CDC (Brasil, 1990), são consideradas ilícitas, a publicidade subliminar, a dissimulada e a clandestina.

Nessa esteira, Bolzan (2019, p. 552) conceitua a publicidade dissimulada, subliminar e clandestina *(merchandising)*, respectivamente, como sendo:

> Mensagem com conotação jornalística, de cunho redacional. Nela geralmente ocorre uma entrevista ou pesquisa em que o ator principal da publicidade se passa por um jornalista, mas o motivo comercial de promover um produto ou um serviço é o enfoque principal.
>
> É a mensagem que não é percebida pelo consciente, mas é captada pelo inconsciente do consumidor.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> É a técnica de veiculação indireta de produtos ou serviços por meio por meio da respectiva inserção no cotidiano da vida de personagens de novelas, filmes, programas de radio e TV, dentre outros. É o caso do galã da novela que aparece em determinada cena, sentando a uma mesa de bar, tomando certa marca de refrigerante que aparece com seu rótulo no plano central da imagem.

Corroborando as definições do ilustre doutrinador, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, no Art. 30, dispõe que a publicidade jornalística ou qualquer outro meio veiculado mediante pagamento, deverá ser apropriadamente identificada. Não obstante o Código não se ocupar explicitamente da publicidade subliminar, o regulamento condena qualquer tentativa de publicidade e propaganda que tenha o objetivo de produzir efeitos subliminares (CONAR, 1980).

Como bem enfatizado nos tópicos anteriores, os avanços tecnológicos, trouxeram à publicidade para o mundo virtual, precisamente para as redes sociais, mais especificamente para o *Instagram* e essa veiculação publicitária não pode ser feita violando o principio da transparência e da fácil e imediata identificação.

4 A RESPONSABILIZAÇÃO DO INFLUENCIADOR DIGITAL

Antecedendo a análise da responsabilização do influenciador digital, importante trazer ao estudo uma abordagem sobre a responsabilidade civil e responsabilidade objetiva e subjetiva.

O instituto da responsabilidade civil integra o Direito das Obrigações e encontra-se regulamentado no Código Civil brasileiro, de 10 de janeiro de 2002. O Código Civil (CC), no art. 186, nos apresenta o conceito de ato ilícito, definindo-o como "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". Na mesma direção, o art. 927 preceitua que "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187 do Código Civil), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo" (BRASIL, 2002).

Para o ilustre doutrinador Gonçalves (2016, p. 47) "a responsabilidade é um fenômeno social", tendo em vista que o instituto funciona como regra para manter o equilíbrio social, ao tempo em que é assegurado o dever de indenizar, como consequência para quem pratique ato ou omissão de que resulte dano ou prejuízo a outrem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A legislação brasileira prevê situações especificas em que a responsabilidade civil restará configurada sem a necessária presença de todos os elementos imprescindíveis da teoria subjetiva. Vejamos algumas considerações de Gonçalves (2016, p. 60), sobre a responsabilidade objetiva:

> Essa teoria, dita objetiva, ou de risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga, por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.
>
> Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Ele é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco.

Nessa esteira, a presente classificação doutrinária denomina que a responsabilidade é objetiva quando ela independe da existência do elemento culpa, pois se funda no risco assumido pelo agente.

4.1 A Responsabilização frente aos prejuízos causados aos consumidores

Sobre a responsabilização à luz da norma consumerista, o Código de Defesa do Consumidor regulamenta a proteção e defesa do consumidor, consoante determinação constitucional, prevista no art. 5º, XXXII, da Constituição Federal da República (Brasil, 1988), *in verbis*: "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". E em que pese a necessária regulação das relações de consumo, preceitua o art. 4º, dispõe, que a legislação consumerista tem como objetivos:

> 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:
>
> I – Reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; [...]

Dentre os princípios consagrados pelo CDC, o protecionismo tem como meta a proteção e a defesa do consumidor e, a partir dele, se desdobram os demais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

princípios como a vulnerabilidade do consumidor, a hipossuficiência do consumidor, a transparência, a boa-fé objetiva, a função social do contrato, a equivalência negocial e a reparação integral dos danos.

No tocante ao princípio da vulnerabilidade, Nunes (2018, p.177) nos ensina que, apontar o consumidor como um ser vulnerável significa que "o consumidor é a parte fraca da relação de consumo". Essa vulnerabilidade pode ser constatada na medida em que o consumidor necessita enfrentar empresas e o próprio Estado para obter o ressarcimento pelos danos sofridos.

Em uma reafirmação do protecionismo estendido ao consumidor, o CDC (Brasil, 1990), em regra, adota a teoria da responsabilidade objetiva nas relações de consumo, conforme evidenciam os arts. 12, 14, 18 e 20, através do princípio da reparação dos danos. Os citados dispositivos preceituam que haverá responsabilização independentemente de culpa, pelos danos causados por vícios e defeitos. Sobre essa temática, Gonçalves (2016, p. 66) preleciona que:

> No referido sistema codificado, tanto a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço como a oriunda do vício do produto ou serviço são de natureza objetiva, prescindindo do elemento culpa a obrigação de indenizar atribuída ao fornecedor.

Consoante à legislação consumerista, independentemente da existência de culpa, o fabricante, o produtor, o construtor e o importador, têm o dever de reparar os danos causados aos consumidores pelos defeitos e vícios de seus produtos e serviços, e, ainda, pelas informações insuficientes ou inadequadas a utilização e riscos.

Considerando a evolução das relações de consumo dentro do ambiente virtual, inclusive com a presença de novos agentes que não estão literalmente abarcados pelo conceito legal de fornecedor, previsto no art. 3º do CDC (Brasil, 1990), vejamos posicionamento a respeito da ideia constituída pela doutrina sobre *"fornecedor equiparado"*, Marques (2010, p. 105) *apud* Tartuce e Neves (2020, p.65), sobre o estipulante profissional ou empregador dos seguros de vida, leciona que:

> A figura do fornecedor equiparado, aquele que não é fornecedor do contato principal de consumo, mas é intermediário, antigo terceiro, ou estipulante, hoje é o "dono" da relação conexa (e principal) de consumo, por deter uma posição de poder na relação outra com o consumidor. É realmente uma interessante teoria, que será muito usada no

futuro, ampliando – e com justiça - o campo de aplicação do CDC.

Nessa mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2019, adotando a teoria da aparência, usando o termo *"fornecedor aparente",* julgou o Recurso Especial 1.580.432/SP, nos termos da ementa:

> RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAL E MORAL - RELAÇÃO DE CONSUMO - DEFEITO DO PRODUTO - FORNECEDOR APARENTE - MARCA DE RENOME GLOBAL – LEGITIMIDADE PASSIVA – RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA EMPRESA RÉ.
>
> Hipótese: A presente controvérsia cinge-se a definir o alcance da interpretação do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, a fim de aferir se na exegese de referido dispositivo contempla-se a figura do fornecedor aparente - e, consequentemente, sua responsabilidade, entendido como aquele que, sem ser o fabricante direto do bem defeituoso, compartilha a mesma marca de renome mundial para comercialização de seus produtos.
>
> 1. A adoção da teoria da aparência pela legislação consumerista conduz à conclusão de que o conceito legal do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor abrange também a figura do fornecedor aparente, compreendendo aquele que, embora não tendo participado diretamente do processo de fabricação, apresenta-se como tal por ostentar nome, marca ou outro sinal de identificação em comum com o bem que foi fabricado por um terceiro, assumindo a posição de real fabricante do produto perante o mercado consumidor [...]. (STJ - Resp. 1.580.432/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Marco Buzzi – j. 06.12.2018 – DJe 04.02.2019).

Tartuce, Neves (2020, p. 378), à luz do conceito de "*fornecedor equiparado",* exposto acima, se posiciona pela possibilidade de responsabilidade solidária quando*:*

> Havendo uma publicidade ou oferta que causou dano aos consumidores, em regra e sem qualquer distinção, respondem solidariamente o veículo de comunicação, a empresa que a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> patrocinou e todos os responsáveis pelo seu conteúdo (agência de publicidade e seus profissionais).

Nessa mesma vertente, o *caput do* art. 45, do Código de Autorregulamentação Publicitária (CONAR, 1980), dispõe que serão responsabilizados pela inobservância das normas regulamentadoras, o Anunciante e a sua Agência, bem como o Veículo, ressalvado o veículo nas circunstâncias específicas no mesmo artigo.

Defendendo a tese da responsabilização de celebridades, artistas e outras pessoas com notoriedade, Tartuce e Neves (2020, p. 382) prelecionam que:

> A premissa teórica igualmente conta com o meu apoio doutrinário, pois a tese representa outra importante aplicação da teoria da aparência, valorizando-se mais uma vez a boa-fé objetiva nas relações de consumo, em prol dos consumidores. Não se olvide que, muitas vezes, os vulneráveis adquirem produtos e serviços diante da confiança depositada em tais artistas ou celebridades.

Nesse contexto, o influenciador digital, ao integrar a cadeia de consumo, à medida que se torna responsável pela oferta e veiculação de publicidades dentro da sua rede social, assumindo papel de mediador entre o fornecedor e o consumidor, deverá observar as determinações da norma consumerista, respeitando os princípios e os direitos básicos do consumidor, em razão inclusive da confiança pré-constituída com os seus seguidores.

4.2 Decisões do CONAR referente à responsabilização de influenciadores digitais

Conforme explanado em tópico anterior, o CONAR é órgão responsável pela publicidade no Brasil, tendo como missão fiscalizar e aplicar sanções administrativas àqueles que desrespeitarem as normas atinentes à publicidade e propaganda. Por este motivo, é órgão competente para fiscalizar as ações dos influenciadores digitais com relação ao trabalho publicitário que estes desenvolvem em seus perfis nas redes sociais.

Neste sentido, após prospecção de dados relativos a influenciadores digitais e ao CONAR, vislumbramos que pela primeira vez em 40 (quarenta) anos, a liderança das condenações aplicadas pelo CONAR não foram de marcas famosas do mercado nacional, mas sim condenações de influenciadores, principalmente pelo descumprimento da identificação publicitária, caracterizada quando um

influenciador faz uma divulgação de um produto, local ou serviço de uma marca sem sinalizar que se trata de uma parceria comercial.

Para melhor entendimento, trazermos à baila decisão do CONAR em julgamento feito à influenciadora digital Emily Araujo, vencedora da 17ª edição do Big Brother Brasil, no que tange à publicidade sem a devida identificação publicitária. Vejamos:

> **Mês/Ano Julgamento**: SETEMBRO/2017, **Representação n° 15°** 158/17. **Autor (a): Conar** mediante queixa do consumidor. **Anunciante:** Emilly Araujo e Johnson & Jhonson. **Câmara**: Sexta Câmara. **Relator (a):** Conselheira Leticia Linerberg de Azevedo, **Decisão:** Alteração. **Fundamentos:** artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 27, 28, 30 e 50, letra "b" do Código. **Resumo:** Consumidora porto-alegrense enviou e-mail ao CONAR, considerando dúbia a apresentação publicitária de postagem em rede social, divulgando produto da Johnson & Johnson. A anunciante informou, em defesa enviada ao Conar, ter apenas enviado como brinde o produto à autora do post, sendo este espontâneo. Não houve manifestação da autora da postagem. A relatora não acolheu os argumentos de defesa e contrapôs: a Johnson & Johnson teria enviado brinde a alguém que tem poucos seguidores nas redes sociais e não os 2,8 milhões de seguidores da autora do post? Para a relatora, o fato de não haver contrato entre as partes "não retira a intenção do anunciante de vincular o seu produto a um canal de visibilidade. São subterfúgios que se valem dos tempos modernos para repetir uma prática condenada pelo Conar: a propaganda disfarçada, que usa da ingenuidade dos consumidores para alcançar seus objetivos", escreveu ela em seu voto, pela alteração, de forma a deixar claro que se trata de publicidade. Ela foi acompanhada por maioria de votos (CONAR, 2017).

Conforme podemos vislumbrar, o julgado demonstra a existência de corresponsabilidade entre o fornecedor e o anunciante pelo produto que está sendo objeto de publicidade uma vez que é evidente que houve a vontade de realizar a publicidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Acerca do enfoque deste artigo que é a rede social *Instagram* também podemos visualizar os casos das influenciadoras digitais Thassia Naves e Gabriele Pugliese, respectivamente, que figuraram como partes em representações apreciadas pelo CONAR, mediante queixa de consumidores sobre anúncios publicitários. Vejamos as decisões do Órgão na integra:

> **Mês/Ano julgamento:** JULHO/2018. Representação n° 153/18, **Autor:** Conar mediante queixa de consumidor, **Anunciante:** J.C.F e Thassia Naves. **Relator (a)** Conselheira Tânia Pavlovsky, **Câmara:** Segunda Câmara. **Decisão:** Alteração e Advertência, **Fundamentos:** Artigos 1°, 3°, 6°, 26 e 50, letra "a" e "b" do Código**. Resumo:** Consumidora residente em Nova Odessa (SP) considerou ter havido omissão de natureza publicitária de postagem em rede social. Por isso enviou denúncia ao Conar. Não houve defesa por parte da Jogê Lingerie e Thassia Naves. A relatora deus razão à consumidora e propôs a alteração agravada por advertência à anunciante, por considerar que as empresas que adotam este tipo de divulgação publicitária são responsáveis pelo conteúdo das peças. Seu voto foi aceito por unanimidade (CONAR, 2018).
>
> **Mês/Ano julgamento:** FEVEREIRO/2019. Representação n° 294/18, **Autor:** Conar mediante queixa de consumidor, **Anunciante:** Desinchá e Gabriela Pugliesi. **Relator (a)** Conselheira Milena Seabra. Câmara: Sexta Câmara. Decisão**:** Advertência. **Fundamentos:** artigos 1°, 3°, 6°, 23, 27 e 50, letra "a" do Código e seu Anexo H. **Resumo:** Consumidora paulistana enviou e-mail ao Conar denunciando publicidade em redes sociais do produto denominado Desinchá. Segundo a denunciante, a peça publicitária pode levar o consumidor ao engano, levando-o a crer que não há risco no consumo do produto, que conteria diuréticos em sua fórmula.
>
> A Desinchá negou em sua defesa tratar-se de publicidade; a blogueira teria agido espontaneamente, depois de ter recebido amostras do produto. A defesa considerou este fato sinal de que o produto surte os resultados prometidos. Juntou laudos que demonstrariam os benefícios do produto. Já a blogueira Gabriela Pugliesi comprometeu-se em futuras postagens a

> empregar linguagem adequada, recomendando a seus seguidores que consultem profissionais especializados sobre o consumo do produto.
>
> A relatora não aceitou os argumentos da anunciante, considerando ser publicitária a postagem. Levando em conta que, pelo seu formato, ela já não mais está em exibição, propôs a advertência à Desinchá e Gabriela Pugliesi, sendo acompanhada por unanimidade (CONAR, 2019).

Depreende-se das decisões colecionadas, que mesmo postagens simples na rede do *Instagram* como os tradicionais recebidos, podem implicar em propaganda irregular sujeitas a sanções por parte do CONAR, dentre as penalidades mais aplicadas, advertência e alteração ou correção do anúncio.

Reitera-se o já explanado neste tópico, o CONAR responsabiliza os influenciadores digitais pelas veiculações realizadas em seus perfis a fim de promover a publicidade de produtos ou serviços de modo a incutir nos consumidores e seguidores a necessidade de consumo consciente por aquilo que foi exposto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Defesa do Consumidor, à luz da Constituição Federal da República/1988, juntamente com o Código de Autorregulamentação Publicitária, do CONAR, cria um aparato protecionista sobre o consumidor, em decorrência da sua condição de vulnerabilidade dentro das relações de consumo. Esse aparato protecionista se consubstancia nos princípios basilares da transparência, da veiculação da publicidade e oferta, dentre outros e, ao direito a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais.

Diante do avanço exponencial da tecnologia e o eminente mercado inclusivo, a veiculação de conteúdo publicitário circula muito além das tradicionais mídias (TV, rádios, revistas, jornais), e o desenvolvimento e a disseminação acelerada de conteúdos e informações nas plataformas digitais refletem mudanças nas formas e técnicas de publicidade. No âmbito dessa dinâmica de mercado, verifica-se o surgimento da figura do influenciador digital, responsável pela veiculação de anúncios, utilizando-se da sua capacidade persuasiva para mobilizar um grande número de seguidores, pautando opiniões e comportamentos e ditando tendências de consumo.

Evidenciou-se no presente estudo que o influenciador digital ao anunciar um produto ou serviço na plataforma do *Instagram*, integra a cadeia publicitária, pois

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

agrega ao anúncio uma confiabilidade preexistente na sua relação com os seguidores e, portanto, essa relação de prestação de serviços não pode se dar com ausência de acuidade, sem observar as diretrizes básicas que regulamentam a publicidade e as normas protetivas do consumidor.

Neste ensejo, o CONAR tem aplicado as penalidades previstas no seu regulamento publicitário, tanto aos fornecedores de produtos ou serviços, como aos influenciadores digitais que veiculam a propaganda no *Instagram*, considerando a existência de liame objetivo da responsabilidade em concurso entre fornecedor e o influenciador digital, uma vez que tal relação possui o mesmo objetivo mercantil, qual seja, a venda de produtos ou serviços.

Nesse contexto, o influenciador digital tem o dever de observar todas as normas protecionistas do consumidor e de regulamentação publicitária, de forma a possibilitar aos seus seguidores a escolha livre e consciente para o consumo. Considerando a definição de *"fornecedor equiparado"*, na inobservância dos princípios da boa-fé, da transparência, da vinculação da oferta, da vulnerabilidade do consumidor e de todos os demais princípios que resguardam os direitos básicos do consumidor, o influenciador digital ao causar algum dano aos consumidores, por ação, ou omissão, estará obrigado a indenização pelos danos causados.

Por fim, considerando tratar-se de uma figura nova, ou até mesmo em construção nessa área da publicidade, não se registra, até o presente momento, um despertar dos consumidores/seguidores para a possibilidade de recorrer ao poder judiciário, quando da ocorrência de lesão aos seus direitos enquanto consumidores lesados.

REFERÊNCIAS

ALVES, Lauren Juliê Fernandes Teixeira Alves. **Responsabilidade dos influencers digitais**. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/76566/responsabilidades-dos-influencers-digitais. Acesso em: 16 de abril de 2020.

BOLZAN, Fabricio de Almeida. **Direito do Consumidor esquematizado.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 10937, de 31 de outubro de 2018.** Dispõe sobre a regulamentação do ofício de Influenciador Digital Profissional. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2185136. Acesso em: 10 de maio de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília–DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 de abril de 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União. seção 1, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 17 de abril de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor**. Diário Oficial da União: seção 1 – Suplemento, p.1, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 15 de abril de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1.580.432/SP**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28%22MARCO+BUZZI%22%29.MIN.%29+E+%28%22QUARTA+TURMA%22%29.ORG.&processo=1580432&data=%40DTDE+%3E%3D+20180606&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 21 maio 2020.

CONAR. **Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, de 05 de maio de 1980**. Disponível em: http://www.conar.org.br/. Acesso em: 21 de abril de 2020.

GOLÇALVES, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

KARHAWI, Issaaf. **Influenciadores digitais:** conceitos e práticas em discussão. Disponível em: https://editora.pucrs.br/acessolivre/anais/abrapcorp/assets/edicoes/2017/arquivos/15.pdf. Acesso em: 27 de maio de 2020.

KOTLER, Philip. **Marketing 4.0.** Rio de Janeiro: Sextante, 2017. Disponível em: http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17352/material/Marketing-4-0-Do-tradicional-ao-digital%20(1).pdf. Acesso em: 21 de abril de 2020.

MESSA, Eric. **Influenciadores Digitais?** #WTF: uma reflexão sobre a falta de visão das agências de publicidade sobre o universo de influência online. Youpix, 2016. Disponível em: https://medium.youpix.com.br/influenciadores-digitais-wtf-3b31301b3356. Acesso em: 29 de maio de 2020.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

POLITI, Cassio. Influency.me. Portal Comunique-se. **O que é marketing de influência.** Disponível em: https://www.influency.me/blog/o-que-e-marketing-de-influencia/. Acesso em: 24 de abril de 2020.

PRIDE, Willam M. **Fundamentos de Marketing**. São Paulo: Cengage Learning, 2015.

SILVESTRE, Camila Marins. **O consumo na rede social Instagram:** influenciadores digitais, materialidade e sonhos. Disponível em: http://portalintercom.org.br/anais/nacional2017/resumos/R12-0704-1.pdf. Acesso em: 28 de maio 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor:** direito material e processual. Volume único. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METODO, 2020. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989712/cfi/6/2!/4/2@0:0. Acesso em: 15 maio de 2020.

VOGUE. **Após furar quarentena, Mariana Saad também perde importante contrato publicitário.** 2020. Disponível em: https://vogue.globo.com/celebridade/noticia/2020/04/apos-furar-quarentena-mariana-saad-tambem-perde-importante-contrato-publicitario.html. Acesso em: 27 de maio de 2020.

NOTAS:

[1] Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário UNINOVAFAPI

[2] Mestre em Direito e Professora do Curso de Direito do Centro Universitário UNINOVAFAPI

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ASPECTOS CONTROVERSOS DA COBRANÇA DO IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES – IPVA

MARCELO KIRK MADDY LIMA:
Bacharelando pelo Centro Universitário Luterano de Manaus / Ulbra

INGO DIETER PIE TZSCH[1]
(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como ideia principal identificar os principais aspectos controvertidos da cobrança do IPVA. Apresenta-se também o conceito, competência, lançamento, pagamento, fato gerador, alíquota acerca desse imposto. Como metodologia para atingir ao objetivo proposto, adotou-se a pesquisa bibliográfica, de caráter exploratório e descritivo, com base em artigos, doutrinas e jurisprudências que tratam sobre a temática. Conclui-se o principal debate está em que o IPVA não possui uma legislação única no âmbito nacional. Algumas características fortes puderam ser percebidas, principalmente diante da falta de lei complementar que o institua com poderes de forma igualitária. Outros argumentos dos operadores do direito é de que o IPVA seria uma cobrança indevida em razão dos automóveis já serem tributados como bens de consumo pelo ICMS e pelo IPI; outro ponto é a comparação entre propriedade de veículos e imóveis e a bitributação.

Palavras-chave: Tributos; IPVA; Lei complementar.

ABSTRACT: The main idea of this article is to identify the main controversial aspects of the collection of IPVA. The concept, competence, launching, payment, taxable event, rate on this tax is also presented. As a methodology to achieve the proposed objective, bibliographic research was adopted, with an exploratory and descriptive character, based on articles, doctrines and jurisprudence dealing with the theme. The main debate is that the IPVA does not have a single national legislation. Some strong characteristics could be perceived, mainly due to the lack of complementary law that institutes it with equal powers. Other arguments of the operators of the law are that the IPVA would be an undue charge because the cars are already taxed as consumer goods by ICMS and IPI; another point is the comparison between vehicle and real estate ownership and double taxation.

Keywords: Taxes; IPVA; Complementary law.

1 INTRODUÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Todos os anos há uma discussão crescente acerca da cobrança e pagamento do IPVA, fato que culminou no interesse por discutir a presente temática. As competências tributárias foram distribuídas pela Constituição entre os entes políticos que constituem a Federação, e tais competências consistem na aptidão de que são dotados estes entes para expedir regras jurídicas tributárias, inovando o ordenamento positivo. No campo da competência tributária destacam-se as normas instituídas pelas pessoas políticas que tratam da incidência fiscal, pois visam tais normas jurídicas regular a principal figura do Direito Tributário, de enorme relevância para o Poder Público: os impostos.

O IPVA é um tributo que incide sobre a propriedade de veículos automotores, qualquer que seja a sua natureza e que alcança, portanto, veículos rodoviários, aeroviários e aquaviários (marítimos fluviais e lacustres). Cobrado anualmente pelos Estados e pelo Distrito Federal, não tem relação direta com prestação de serviço (asfalto em ruas, colocação de sinais etc.) como tinha a antiga Taxa Rodoviária Única, que era recolhida com o objetivo de fazer os motoristas pagarem pelo uso e manutenção das rodovias. Aliás, esta é a característica essencial de todo imposto: é uma receita da União, Estados ou Municípios, utilizada para as despesas normais da administração, tais como, educação, saúde, segurança, saneamento etc.

Registre-se que a propriedade do veículo automotor é comprovada por meio do documento de propriedade emitido pelo Departamento de Trânsito (DETRAN) de cada Estado e que a incidência de tal imposto se dá a partir da emissão do documento comprovante da propriedade que está no seu conteúdo, ou seja, quando o veículo é pela primeira vez vendido, não incidindo o imposto, todavia, enquanto estiver na fábrica ou na concessionária para ser vendido ao primeiro proprietário.

O IPVA surgiu através da Emenda Constitucional nº. 27, de 28.11.1985, que atribuiu aos Estados e ao Distrito Federal competência para instituir imposto sobre propriedade de veículos automotores vedando a cobrança de impostos ou taxas incidentes sobre a utilização de veículos, dispositivo esse ratificado pelo art. 155 da CF/88. Ressalte-se que não permaneceu no dispositivo constitucional a vedação à cobrança de impostos ou taxas incidentes sobre a utilização de veículos.

O objetivo geral proposto para este trabalho é identificar os principais aspectos controvertidos da cobrança do IPVA. Primeiramente, apresentam-se os aspectos gerais do referido imposto para posteriormente abranger os pontos mais polêmicos. Para a evolução deste trabalho, adotou-se o método dedutivo, procedimento de caráter exploratório e pesquisa bibliográfica.

2 IPVA: ASPECTOS GERAIS

2.1 CONCEITO

Destaca-se que para melhor elucidar o conceito de imposto sobre propriedade de veículos automotores – IPVA é necessário dividi-lo nas seguintes partes: imposto, propriedade e veículos automotores.

Desta forma, o próprio Código Tributário Nacional (CTN) em seu art. 16 estabelece que "Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte" (BRASIL, 1966).

Baleeiro (2018, p. 197) coloca que:

> Imposto é a prestação de dinheiro que, para fins de interesse coletivo, uma pessoa jurídica de Direito Público, por lei, exige coativamente de quantos lhe estão sujeitos e têm capacidade contributiva, sem que lhes assegure qualquer vantagem ou serviço específico em retribuição desse pagamento.

Machado (2016, p. 252) ensina ainda que:

> Em se tratando de imposto, a situação prevista em lei como necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária não se vincula a nenhuma atividade específica do Estado relativa ao contribuinte. Assim, quando o Estado cobra o imposto de renda, por exemplo, toma em consideração, exclusivamente, o fato de alguém auferir renda. Não importa que o Estado tenha ou não prestado algum serviço, executado alguma obra, ou desenvolvido alguma atividade relacionada com aquele de quem vai cobrar imposto.
>
> O exame das várias hipóteses de incidência de impostos deixa evidente que em nenhuma delas está presente a atuação estatal. Pelo contrário, em todas elas a situação descrita pela lei como necessária e suficiente ao surgimento da obrigação tributária é sempre relacionada ao agir ou ao ter, do contribuinte, e inteiramente alheia ao agir do Estado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em síntese verifica-se que o imposto é "uma espécie de tributo e como tal não exige uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte" (MACHADO, 2016, p. 252).

A propriedade é definida por Pasquale (2019, p. 475) como sendo "aquilo que é próprio de alguma coisa; o que a distingue particularmente de outra do mesmo gênero." Martins (2017, p. 01) define a propriedade como "o mais amplo dos direitos reais, envolvendo a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha."

Sobre a propriedade o Código Civil Brasileiro em seu art. 1.228 estabelece que "O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha" (BRASIL, 2002).

Já os veículos automotores são definidos pelo Anexo I do CTN como sendo:

> Todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas e coisas. O termo compreende os veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulam sobre trilhos (ônibus elétrico). (BRASIL, 1997)

O imposto sobre propriedade de veículos automotores – IPVA surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Emenda Constitucional nº 27 de 28 de novembro de 1985, à Constituição de 1967.

Vislumbra-se na Constituição Federal de 1988, no seu artigo 155, inciso III, que compete aos Estados e ao Distrito Federal, instituir impostos sobre a propriedade de veículos automotores. Esta instituição, porém, carece de Lei Complementar, pois manteve-o na esfera de competência dos Estados e do Distrito Federal. Contudo, pela carência de disciplina específica no Código Tributário Nacional, ficou obscura a questão de exigência prévia de Lei Complementar para sua instituição.

2.2 COMPETÊNCIA

Revela-se, conforme salienta Alexandre (2017, p. 191) que "a Constituição Federal não cria tributos, apenas concede a competência para que os entes políticos o façam por intermédio de leis próprias".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O autor supracitado ensina ainda que a competência tributária como sendo "o poder constitucionalmente atribuído de editar leis que instituam tributos" (ALEXANDRE, 2017, p. 191).

Já Alexandrino e Paulo (2015, p. 02) definem a competência tributária como sendo: "Atribuição ou o poder, diretamente haurido da Constituição, para editar leis que abstratamente instituam tributos". Somente têm competência tributária no Brasil as pessoas que possuem capacidade para legislar, ou seja, as denominadas pessoas políticas ou entes federados: União, estados, DF e municípios.

Machado (2016, p. 60) ensina que:

> O instrumento de atribuição de competência é a Constituição Federal, pois, como se disse, a atribuição de competência tributária faz parte da própria organização jurídica do Estado. Evidentemente só às pessoas jurídicas de Direito Público, dotadas de poder legislativo, pode ser atribuída competência tributária, posto que tal competência somente pode ser exercida através da lei.

Em síntese, as pessoas políticas que compõem a Federação recebem diretamente da Constituição, e somente dela, suas parcelas do poder fiscal. Assim, "a própria Constituição é que determina a competência tributária de cada uma" (PAULSEN, 2017, p. 35).

Oportuno salientar que cada ente decide, de acordo com seus critérios de oportunidade e conveniência política, e, principalmente, econômica, sobre o exercício da competência tributária, ou seja, o exercício do poder atribuído é uma faculdade e não uma imposição constitucional (ALEXANDRE, 2017, p. 191).

O imposto sobre propriedade de veículos automotores – IPVA está regulamentado no art. 155 da Constituição Federal de 1988, que assim define:

> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
>
> [...]
>
> III - propriedade de veículos automotores.
>
> [...] (BRASIL, 1988)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Verifica-se que o IPVA é um imposto de competência dos Estados e do Distrito Federal, tanto a instituição quanto a cobrança.

Em matéria tributária, cumpre frisar que compete a União editar normas gerais de observância para todos os entes tributantes, restando aos Estados e ao Distrito Federal a competência suplementar, conforme se observa no art. 146 da CF, *in verbis*:

> Art. 146. Cabe à lei complementar:
>
> [...]
>
> III - estabelecer
>
> III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:
>
> a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; [...] (BRASIL, 1988)

2.3 LANÇAMENTO

A ocorrência do fato imponível dá ensejo ao nascimento à obrigação tributária. A partir daí, o ato pelo qual o sujeito ativo (credor), efetiva o ato formal que está previsto em lei, para a determinação do tributo, cientificando o sujeito passivo da obrigação tributária que existe contra ele, damos o nome de lançamento.

Carvalho (2016, p. 458) define o lançamento tributário como:

> O ato jurídico administrativo, da categoria dos simples, constitutivos e vinculados, mediante o qual se insere na ordem jurídica brasileira uma norma individual e concreta, que tem como antecedente o fato jurídico tributário e, como consequente, a formalização do vínculo obrigacional, pela individualização dos sujeitos ativo e passivo, a determinação do objeto da prestação, formado pela base de cálculo e correspondente alíquota, bem como pelo estabelecimento dos termos espaço-temporais em que o crédito há de ser exigido.

O conceito de lançamento tributário está disposto no CTN, na parte final do art. 3º e, ainda, em seu art. 142.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.
>
> Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Para Becker (2015) o lançamento tributário consiste na série de atos psicológicos e materiais e/ou jurídicos praticados pelo sujeito passivo (contribuinte) ou pelo sujeito ativo (Estado) da relação jurídica tributária ou por ambos, ou por um terceiro, com a finalidade de investigando e analisando fatos pretéritos: a) constatar a realização da hipótese de incidência e a incidência infalível (automática) da regra jurídica tributária que ocorreu no momento em que aquela sua hipótese de incidência se realizou; b) captar o fato que realizou o núcleo (base de cálculo) daquela hipótese de incidência e que já estava predeterminado pela regra jurídica ao indicar a base de cálculo do tributo; c) proceder a transfiguração daquele núcleo (base de cálculo) em uma cifra aritmética, mediante aplicação do método de conversão (peso, medida ou valor) já preestabelecido pela regra jurídica; d) calcular a quantidade aritmética do tributo, mediante a aplicação da alíquota (que fora prefixada pela regra jurídica) sobre o núcleo da hipótese de incidência (base de cálculo) agora já transfigurado numa cifra aritmética.

2.4 PAGAMENTO

Conforme menciona Machado (2016), em regra, dá-se o pagamento do IPVA, no dia 1º de janeiro de cada ano, momento este, que ocorre o fato imponível da obrigação tributária. Será efetivado, a partir das formas estabelecidas pelas Fazendas Estaduais, podendo ser estabelecido parcelamento, escalonamento conforme o final da placa do veículo, como também, descontos com pagamentos à vista, sendo o pagamento anual e recolhido diretamente pelo contribuinte (lançamento por homologação). Já em relação a veículos novos, será devido proporcionalmente ao tempo restante entre a ocorrência e o fim do exercício financeiro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Vale ressaltar ainda, que o pagamento deverá ser efetuado no local em que encontrar-se registrado o veículo, não podendo também, ocorrer distinções quanto à origem do veículo.

2.5 FATO GERADOR

Antes de adentrar no estudo do fato gerador, importante realizar uma breve menção à hipótese de incidência que segundo Ataliba (2018, p. 58) é primeiramente "a descrição legal de um fato: é a formulação hipotética, prévia e genérica, contida na lei, de um fato (é o espelho do fato, a imagem conceitual de um fato; é seu desenho)."

Conforme o autor supracitado, a hipótese de incidência é necessariamente abstrata, está formulada pelo legislador fazendo abstração de um fato concreto qualquer. Por isso que é mera "previsão legal", ou seja, a lei é, por definição, abstrata, impessoal e geral (ATALIBA, 2018, p. 58).

Paulsen (2017, p. 911) afirma também que "A hipótese de incidência, corresponde à previsão em lei, abstrata, da situação que implica a incidência da norma tributária."

Por outro lado, para surgir à relação tributária, como qualquer outra relação jurídica, "é necessária a ocorrência de um fato previsto em uma norma como capaz de produzir esse efeito" (MACHADO, 2016, p. 149).

O fato gerador é a materialização da hipótese de incidência no plano fático, ou seja, a situação fática, quando corresponde à hipótese de incidência prevista na norma tributária, chama-se fato gerador, pois, "ao sofrer a incidência da norma, dá origem à obrigação tributária" (PAULSEN, 2017, p. 911).

Machado (2016, p. 149) esclarece que:

> A lei descreve um fato e atribui a este o efeito de criar uma relação entre alguém e o Estado. Ocorrido o fato, que em Direito Tributário denomina-se fato gerador, ou fato imponível, nasce a relação tributária, que compreende do dever de alguém (sujeito passivo da obrigação tributária) e o direito de Estado (sujeito ativo da obrigação tributária).

Falcão (2016, p. 26) conceitua o fato gerador como sendo "o fato, o conjunto de fatos ou o estado de fato, a que o legislador vincula o nascimento da obrigação jurídica de pagar um tributo determinado."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Machado (2016, p. 319) assevera ainda que:

> O acontecimento do denominado fato gerador do tributo faz nascer a relação jurídica tributária, vinculando o sujeito passivo ao sujeito ativo. Como acontece em todo o Direito, o acontecimento do fato que constitui a hipótese normativa faz nascer uma relação jurídica vinculando dois sujeitos, vale dizer, vinculando alguém para quem nasce um dever jurídico a outrem para quem nasce um direito subjetivo.

Com isso, pode-se notar que a hipótese de incidência aponta a descrição, contida na lei, da situação necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária, enquanto a expressão fato gerador descreve a ocorrência, no mundo dos fatos, daquilo que está descrito na lei. Portanto, a hipótese é simples descrição ou previsão, enquanto o fato é a concretização da hipótese ou o acontecimento do que fora previsto.

Frisa-se que são dois momentos distintos: o primeiro é aquele em que o legislador descreve a situação considerada necessária e suficiente ao surgimento da obrigação tributária e o segundo momento é o da concretização daquela situação legalmente descrita (MACHADO, 2016, p. 156-57).

O art. 114 do Código Tributário Nacional menciona que "Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência." (BRASIL, 1966)

Assim, segundo Machado (2016, p. 319) "O fato gerador da obrigação principal é a situação prevista em lei como necessária e suficiente para fazer nascer o dever de pagar um tributo ou uma penalidade pecuniária."

Alexandre (2017, p. 563) também leciona que a hipótese de incidência do IPVA é a de "encontrar-se alguém na situação de proprietário de veículo automotor na data em que a lei considera efetivamente verificada a ocorrência do fato gerador do tributo."

Machado (2016, p. 405) ensina que:

> O fato gerador do IPVA é a propriedade do veículo automotor. Não é a sujeição ao poder de polícia, como acontecia com a taxa rodoviária única, por ele substituída. Também não é o uso. É pura e simplesmente a propriedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O IPVA não é como os impostos de ICMS e IPI, em que o sinal de riqueza se manifesta por um ato (circular, prestar, serviço, produzir), mas sim por um simples fato: a propriedade (MAMEDE, 2012).

Assim, pode-se afirmar que o fato gerador do IPVA se consuma com a propriedade do veículo.

O Supremo Tribunal Federal (STF) enfrentou a problemática acerca da possibilidade de incidência do IPVA sobre veículos automotores, ilustrando-se com RE 134.509/AM.

O Recurso Extraordinário 134.509 AM adveio de um mandado de segurança impetrado em face da Fazenda Pública do Estado do Amazonas que pretendia cobrar IPVA dos proprietários de embarcações. A defesa da advocacia tributária privada se pautou na alegação de bitributação, uma vez que já eram cobradas taxas para garantir a licença de trânsito do veículo náutico.

Conforme dispõe o relatório do Min. Marco Aurélio, a Procuradoria do Amazonas ressaltou "o alcance genérico da expressão 'veículos automotores', a revelar todo e qualquer veículo terrestre, aéreo, aquático ou anfíbio, dotado de autopropulsão motriz, destinado ao transporte de pessoas ou cargas". Fora trazida, ainda, alegação de que o imposto não se confundiria com as taxas de licenciamento cobradas pelas repartições de trânsito, como o DETRAN, ou de tráfego aéreo ou marítimo, citando-se o DAC e a Capitania dos Portos. Por fim, a Fazenda Publica Amazonense salientou a feição tipicamente patrimonial do IPVA, mencionando analogamente o IPTU (Imposto sobre propriedade predial e territorial urbana) (GARCIA, 2013).

2.6 ALÍQUOTA

Destaque-se que a distinção de alíquotas, feita pelas legislações estaduais para aumentar o valor do imposto em relação aos veículos importados, fere o princípio da isonomia tributária, inserto no art. 150, II, da CF. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) consagrou o entendimento de que a distinção de alíquotas fere não só princípio da isonomia, como também o art. 152 da CF, que vede aos Estados, ao DF e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

Quanto à possibilidade de ter que se pagar dois impostos sobre a propriedade de veículo automotor no mesmo ano sobre o mesmo fato gerador, inexiste essa possibilidade. Não há condições de um veículo que pagou o IPVA num Estado, com a transferência para outro estado e no mesmo exercício, ter que pagar novamente o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

imposto. Estando este imposto ligado ao local onde esteja registrado o veículo automotor, no caso de aeronave e embarcações, mesmo atuando em território nacional, quando registrada em outro país, parece que há impossibilidade de cobrança desse imposto.

Por fim, cumpre mencionar sobre a constitucionalidade da cobrança da taxa de licenciamento, pois a taxa só pode ser cobrada se houver prestação direta de um serviço ao cidadão, que, no caso da Taxa de licenciamento, seria a inspeção anual do veículo, ademais é vedada a cobrança de impostos ou taxas sobre a utilização de veículos.

3 ASPECTOS CONTROVERSOS E POLÊMICOS ACERCA DO IPVA

Existem diversos pontos de conflito entre as diversas legislações do país que disciplinam o IPVA, principalmente em função da ausência de uma Lei Complementar que estabeleça parâmetros objetivos de observância obrigatória para os Estados e para o Distrito Federal.

Além desta ausência de norma nacional regulamentadora, a doutrina é econômica no que tange à análise do IPVA, com escassas publicações acerca do tema, gerando a falsa impressão de que são poucas as controvérsias que circundam este imposto. O que se percebe, na realidade, é que em todos os critérios da regra-matriz há controvérsias ou questões ainda não definidas por completo. Por exemplo, são temas que ainda hoje geram grande polêmica: a extensão da expressão veículo automotor para efeito de incidência do IPVA, sucessão de contribuintes, seletividade das alíquotas, dentre outros.

Revela-se que no julgamento do RE 379.572, o entendimento histórico da Corte Suprema foi mantido, afastando-se a incidência do IPVA sobre as aeronaves e embarcações. Vencidos no julgamento, os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, que defenderam a incidência da referida exação sobre aqueles veículos, por não reconhecerem no sistema constitucional a orientação para o acolhimento do sentido estrito da expressão veículos automotores (GARCIA, 2013).

Os estudos de Pacobahyba e Tomé (2017) revelam que a expressão "tipos de veículos automotores" há de ser empregada em sua máxima amplitude, com vistas a alcançar o maior contorno pretendido pela CF/88. Como exemplo que garante o emprego do tributo para atingir vetores ambientais, por exemplo, tem-se o emprego de alíquotas diferenciadas por conta do tipo de combustível utilizado no veículo, o que permite alguns Estados da federação atribuírem alíquota zero ou isentarem o IPVA de automóveis elétricos, por exemplo. De idêntica forma, respeitando-se a competência dos Estados e do Distrito Federal, não existem motivos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

no texto constitucional que obstaculizem a utilização de categorias tipológicas que venham a estabelecer alíquotas diferenciadas e, conseguintemente, tratamento tributário diferenciado, a ser modulado conforme valores outros erigidos no mesmo texto, como é o caso da capacidade contributiva.

Outra questão levantada é que os automóveis já são tributados como bens de consumo pelo Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e pelo Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), desta forma, não deveriam ser tributados como se fossem um patrimônio, com a cobrança do IPVA. O objeto de tributação ou é bem de consumo ou não. No entanto, no entendimento de Tomé (2016), o argumento está equivocado. Os automóveis são, ao mesmo tempo, um bem de consumo e um patrimônio do comprador, pois existe um documento que diz quem é o proprietário daquele bem. Por isso, podem ser tributados das duas formas. Tomé ainda afirma que o único imposto cobrado diretamente do dono do veículo é o IPVA. Segundo o autor, o ICMS e o IPI são recolhidos do fabricante e do revendedor. É claro que eles são repassados no preço final, mas não é correto dizer, do ponto de vista tributário, que é o proprietário quem paga esses impostos.

Moraes e Oliveira (2014) evidenciam outro debate: comparação entre a propriedade de veículos e a de imóveis. Segundo os autores, se fosse válido cobrar imposto sobre o consumo de algo que é tributado também como patrimônio, haveria incidência de ICMS e IPI na venda de um imóvel, que é tributado pelo IPTU. Para eles, automóveis e imóveis são coisas diferentes, sendo sujeitos a diferentes regras de tributação. Ressaltam ainda que um imóvel não é considerado mercadoria nem produto industrializado, por isso não incide ICMS ou IPI. Já o automóvel, sim.

Os defensores da tese de ilegalidade do IPVA falam também que ele configura uma suposta bitributação. Em outras palavras, poderia haver questionamento na Justiça de que o contribuinte estaria pagando duas vezes pela mesma coisa. Mas, nesse caso, o que pode haver é uma confusão conceitual (TOMÉ, 2016; MORAES & OLIVEIRA, 2014).

Se faz mister apontar que a bitributação, conforme ensina Paulsen (2017) é quando dois entes arrecadadores – um estado e um município, por exemplo – cobram tributos diferentes sobre o mesmo fato que gera aquela cobrança.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluindo este trabalho realizado sobre os aspectos controversos da cobrança do Imposto Sobre a Propriedade de Veículos Automotores, pode-se notar que o principal debate está em que o mesmo não possui uma legislação única no âmbito nacional. Algumas características fortes puderam ser percebidas,

principalmente diante da falta de lei complementar que o institua com poderes de forma igualitária.

A cobrança do imposto em relação às aeronaves e embarcações é outro motivo de divergências doutrinárias e até mesmo dentro do STF, que ao concluir este estudo, percebem-se grandes discussões futuras a este respeito.

Por fim, o IPVA está presente em nossa legislação, competindo a cada Estado instituir conforme sua vontade perante seus cidadãos, vez que, nota-se também, deformidade entre os Estados diante de sua majoração de cobrança.

Vê-se que é imprescindível a instituição de uma lei complementar para sua cobrança em âmbito nacional, pois só assim, poderia ser feito um pagamento igualitário entre os Estados, sem aumentos exorbitantes de um Estado em relação a outro.

5 REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. São Paulo: Método, 2017.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito tributário na Constituição e no STF: teoria e jurisprudência**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 19. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 9. ed. São Paulo, Noeses, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>.

Acesso em: 28 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 jan. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Lei nº. 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Institui o Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 28 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 9.503**, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm>. Acesso em: 28 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 134509 AM**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 26 de maio de 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>. Acesso em: 01 fev. 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FALCAO, Amilcar de Araujo. **Fato gerador da obrigação tributaria**. 43. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GARCIA, Ricardo Oliveira Freaza. **O fato gerador do IPVA segundo o Supremo Tribunal Federal**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: (2013). Disponivel em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/33655/o-fato-gerador-do-ipva-segundo-o-supremo-tribunal-federal. Acesso em: 03 fev. 2020.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 34.ed.rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

MAMEDE, Gladston. I**PVA: Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **IPVA e o direito dos contribuintes**. Jus Navigandi. Teresina, ano 12, número 1635, 23 dez. 2017. Disponível em:

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10788>. Acesso em: 01 fev. 2020.

MORAES, Líria Kédina Cuimar de Sousa e; OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. A controvérsia acerca da incidência do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) sobre embarcações e aeronaves. Cadernos de Finanças Públicas, Brasília, n. 14, p. 69-101, dez. 2014.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 16. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

PACOBAHYBA, F. M. M.; TOMÉ, F. D. P. O IPVA e as polêmicas em torno da abrangência da expressão "veículos automotores" e da diferenciação de alíquotas em função dos "tipos" de veículos: reflexões acerca da ADI nº 5654**. Revista Jurídica Da FA7**, v. *14*, n. 2, p. 81-99, 2017.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2016

[1] Orientador do artigo e Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA. E-mail: ingo.pietzsch@ulbra.com.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS: A INTERFERÊNCIA DA NATUREZA MORAL NO MUNDO JURÍDICO

BRUNA DE SOUSA PEREIRA:
Acadêmica de Direito do Centro Universitário Uninovafapi.

GIOVANA MONTINI SANTOS DE CASTRO[1]
(coautora)

Artigo de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário UNINOVAFAPI, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientadora: Professora MSc. MARÍLIA MARTINS SOARES DE ANDRADE.

RESUMO: O presente trabalho teve como tema os Impedimentos Matrimoniais e a interferência da natureza moral no mundo jurídico. O objetivo inicial foi abordar a evolução histórica desses impedimentos, sob a influência do direito canônico, verificando-se se os impedimentos têm uma natureza moral, e, portanto, não devendo estar no mundo jurídico, e depois levantar os direitos sucessórios, tanto no caso dos casamentos nulos contraídos de boa-fé. A escolha desse tema surgiu da necessidade de compreender a real importância dos impedimentos matrimoniais no Código Civil, tendo em vista que esse tema é escassamente investigado. A metodologia que se utilizou nesta pesquisa foi o método bibliográfico, através da consulta de livros, jurisprudências, regulamentos, normas e revistas especializadas e seu conteúdo foi disposto em quatro partes. A pesquisa pode auxiliar no desenvolvimento de um pensar crítico, pois a partir das informações obtidas, foi realizada uma ponderação e se concluiu que não existem fundamentos plausíveis que evidenciem a efetiva legitimidade de alguns dos impedimentos previstos no artigo 1.521 por se enquadrarem como matéria meramente moral.

Palavras Chaves: Impedimento Matrimonial. Direito Canônico. Direitos Sucessórios.

ABSTRACT: The present work had as its theme Matrimonial Impediments and the interference of the moral nature in the legal world. The initial objective is to approach the historical evolution of these impediments, under the influence of canon law, verifying if the impediments are of a moral nature, so it shouldn't be in the legal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

world, and then analyse the inheritance rights, in the case of null marriages contracted in good faith. The choice of this theme arose from the need to understand and know the real importance of marriage impediments in the Civil Code, considering that there are few investigations on this theme. The methodology used in this research was the bibliographic method, through the consultation of books, jurisprudence, regulations, norms and specialized magazines and its content is arranged in four parts. The research can assist in the development of critical thinking, because from the information obtained, a consideration was made and it was concluded that there are no plausible foundations that demonstrate the effective legitimacy of some of the impediments provided for in article 1.521, as they are classified as merely moral matters.

Keywords: Marital Impediment. Canon Law. Inheritance Rights.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. APRESENTAÇÃO DOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS CONFORME O ROL TAXATIVO DO ARTIGO 1.521 DO CÓDIGO CIVIL E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS FAMÍLIAS. 2.1 As Causas de Impedimentos Matrimoniais do Casamento Civil. 2.2 Análise Histórica da Evolução das Relações Familiares. 2.3 Princípios Oportunos às Relações Familiares. 3. A INFLUÊNCIA HISTÓRICA DO DIREITO CANÔNICO NA CONSTRUÇÃO DOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS. 4. A INTERFERÊNCIA DA NATUREZA MORAL NO MUNDO JURÍDICO. 4.1 Do Vínculo entre a Moral e o Direito. 4.2 A Intercessão do Estado na Vida Do Cidadão. 5.OS DIREITOS SUCESSÓRIOS NOS CASAMENTOS NULOS E A PUTATIVIDADE DAS RELAÇÕES DE BOA. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por tema os "Impedimentos Matrimoniais", a interferência da moral no mundo jurídico e a inconstitucionalidade do artigo 1.521 do Código Civil, visando analisar sua legitimidade, partindo-se do princípio de que os mesmos estão permeados de um juízo de moralidade, que a princípio, não deveria interessar ao direito.

Os impedimentos para casar, de acordo com o Código Civil vigente, podem ser divididos em três grupos: impedimentos resultantes de parentesco, impedimentos resultantes de casamento anterior e impedimentos resultante de crime. Por conta deles se tem negado direito sucessório e de natureza alimentar para entidades familiares, e se decretado a nulidade de casamentos contraídos livremente pelas partes.

Dessa forma, o objetivo desta pesquisa é discorrer sobre a interferência da moral no mundo jurídico e a inconstitucionalidade do artigo de 1.521. Ao suprimir

direitos e deveres de uma relação, sendo ela eventual ou não, o Estado pode impedir de casar, mas não pode impedir de continuarem mantendo relações, gerando assim prejuízo aos envolvidos.

Portanto, tem-se como foco discorrer sobre a evolução histórica dos impedimentos matrimoniais, verificando-se se os impedimentos têm uma natureza moral e, portanto não deveriam estar no mundo jurídico. Assim sendo, analisar-se-á a influência histórica do direito canônico na construção dos impedimentos matrimoniais, e apontar-se-ão, também quais são os direitos sucessórios que os impedidos de casar, eventualmente perderão.

A abordagem do presente tema justifica-se pelo reconhecimento dos importantes reflexos morais e patrimoniais que a alteração de uma norma reguladora do direito de família e de suas relações jurídicas ocasiona no corpo social, sobretudo quando interferem na liberdade das relações familiares.

A pesquisa servirá para obter dados descritivos que expressam os sentidos dos fenômenos. Para se chegar ao resultado pretendido, ela será desenvolvida a partir do método bibliográfico, através da consulta de livros, jurisprudências, regulamentos, normas e revistas especializadas e seu conteúdo será disposto em quatro partes.

Para tanto, o primeiro tópico desse artigo abordará os conceitos de cada impedimento matrimonial e sua evolução histórica desde o surgimento do primeiro impedimento. No segundo capítulo analisar-se-á a influência histórica do direito canônico na construção dos impedimentos matrimoniais. No terceiro será discutida a intervenção da natureza moral no mundo jurídico. Por fim, no último capítulo, pretende-se discorrer sobre os direitos sucessórios nos casamentos nulos perdidos por conta dos impedimentos e a putatividade das relações de boa fé.

O resultado deste trabalho poderá ultrapassar os limites acadêmicos, tornando-se uma efetiva contribuição para a elaboração de políticas que regulem este feito.

2 APRESENTAÇÃO DOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS CONFORME O ROL TAXATIVO DO ARTIGO 1.521 DO CÓDIGO CIVIL E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS FAMÍLIAS

O presente capítulo irá discorrer sobre cada inciso do artigo 1.521 do Código Civil e apontar as diretrizes históricas do direito de família e a sua influência no desenvolvimento da sociedade, buscando a melhor compreensão da sua estruturação atual.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ainda irá tratar sobre os princípios aplicáveis às relações familiares e sobre as variadas formas de entidades familiares existentes atualmente, com ênfase para as previsões no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 As Causas de Impedimentos Matrimoniais do Casamento Civil

De acordo com o Código Civil de 2002 existe apenas uma classe de impedimento que são os absolutos. Trata-se de matéria afeta à ordem pública e, em sua defesa alegam-se razões de ordem genética e moral. De acordo com o artigo 1.521, do atual Código Civil podem ser:

> Art. 1.521. Não podem casar
>
> I - os ascendentes com os descendentes seja o parentesco natural ou civil;
>
> II - os afins em linha reta;
>
> III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
>
> IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
>
> V - o adotado com o filho do adotante;
>
> VI - as pessoas casadas;
>
> VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte (BRASIL, 2002).

O primeiro impedimento veda o casamento entre ascendentes e descendentes, ou seja, parentes entre linhas retas. Entendemos que essa espécie de vínculo apesar de absurda, acontece corriqueiramente nos nossos cotidianos principalmente em cidades pequenas, onde pessoas são mais humildes e com baixa expectativa de vida.

O segundo impedimento impede o casamento entre os afins de linha reta, ou seja, descendentes e ascendentes do outro cônjuge. O parentesco por afinidade evidencia-se por ser a relação de um cônjuge com os parentes do outro. Portanto, se os parentes do outro o forem em linha reta (relação de afetividade por ascendência e descendência), serão afins em linha reta do primeiro. Assim, estão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

impedidos de casar o padrasto com o enteado, o sogro ou sogra com nora ou genro, por exemplo.

O terceiro impedimento relaciona-se à reprovação do casamento entre adotante e adotado, um inciso apontado como pleonásticos, já que adotado se observando como filho fosse e não precisaria da consanguinidade.

O quarto impedimento, proíbe o matrimônio entre os irmãos, sejam eles unilaterais ou bilaterais, bem como entre os demais colaterais até o terceiro grau. Perante do não discernimento entre os filhos sucedidos ou não da constância do casamento trazida pela Constituição Federal de 1988, esse impedimento se estende aos irmãos adotivos, de inseminação artificial heteróloga e os de posse de estado de filiação. Essa pesquisa, não fere o rol taxativo do artigo 1.521, já que no caso de perfilhação, por exemplo, pode ter sido adotado por um sujeito (sendo considerado irmão unilateral) ou pelo casal (sendo considerado irmão bilateral).

No que se refere à segunda parte prevista no inciso em análise, que se refere à reprovação da união matrimonial entre colaterais até o terceiro grau, é importante evidenciar o Decreto Lei n° 3.200/41, que não fora revogado pelo Código Civil de 2002. Seu texto permite o chamado casamento avuncular (casamento entre tios (as) e sobrinhas (os)), desde que haja exame pericial assegurando que não há riscos para o novo casal e nem para seus eventuais filhos, e ainda, devendo haver autorização judicial. Tal exame pericial poderá ainda, ser dispensado em caso de casamento nuncupativo (ROQUE, 2019).

O quinto impedimento obsta o matrimônio entre o adotado e o filho do adotante. A proibição causada pelo inciso V se mostra menosprezável diante da hermenêutica constitucionalizada que se deve atribuir ao inciso IV, se, sem fazer oposições entre filho havido ou não na constância do casamento, com relação de consanguinidade ou não.

O sexto impedimento proíbe o casamento entre pessoas casadas. Isso se deve ao fato de vivermos em uma sociedade monogâmica. Esse impedimento encontra suporte, inclusive, na esfera penal, como alude o artigo 235 do Código Penal, que traduz o tipo penal de "bigamia", a seguir exposto:

> Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:
>
> Pena - reclusão, de dois a seis anos.

> **§ 1º** - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos.
>
> **§ 2º** - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime. Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (BRASIL, 1940).

Por fim, o sétimo impedimento, tem natureza puramente moral, mostrando-se como uma punição sobreposta ao indivíduo que matou ou tentou matar o cônjuge/companheiro da pessoa com quem se deseja casar.

2.2 Análise Histórica da Evolução das Relações Familiares

Inicialmente, os grupos familiares não se estruturaram em relações individuais, mas em endogamia, conhecidas como relações sexuais que ocorriam entre todos os membros de uma tribo. Por isto, no momento em que nascia um bebê o mesmo ficava com a figura materna, pois o pai não era conhecido, e, com isso podemos afirmar que a família teve início em caráter matriarcal. Com o passar do tempo, os homens passaram a se relacionar com mulheres de outras tribos, antes mesmo de se relacionarem com as mulheres da tribo a qual pertenciam (VENOSA, 2014).

O corpo social passou então, a se sistematizar de forma monogâmica, em beneficio da prole, permitindo a execução do pátrio poder. Com o surgimento da Revolução Industrial, surgiu um novo modelo de família, pois, com a industrialização, esta perde sua característica de unidade de produção, passando a ter a sua função transferida para o âmbito espiritual, desenvolvendo os valores morais, afetivos, espirituais e de assistência entre seus membros (VENOSA, 2014).

A família brasileira vivenciou interferência da família romana, canônica e germânica. Sobre o período romano ensina Gonçalves (2014, p.31):

> O pater exercia sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional (...). Havia, inicialmente, um patrimônio familiar, administrado pelo pater. Somente numa fase evoluída do direito romano surgiram os patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do pater.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com a evolução do Império Romano, o Estado limitou a autoridade do pai, podendo inclusive a família acorrer ao magistrado em caso de abuso do poder do pater e proibiu a venda dos filhos pelo pai, dando a possibilidade para a mãe sobrepor-se ao pai, ficando com a guarda dos filhos. Nesse período, a mulher tem a plena autonomia, não se satisfazendo mais apenas com o trabalho na família, passando a participar da vida social e política (WALD; FONSECA, 2013).

No decurso da Idade Média, o casamento religioso foi originalmente renomado, passando as relações de família a seguir somente o direito canônico. Por ser indestrutível, a Igreja formou um sistema de impedimentos ao matrimônio, ponderando a sua invalidez. Passou a requerer o consenso dos nubentes e as relações sexuais livres, em segundo plano, a autorização paterna para a validade do casamento. A consequência da separação era o desaparecimento do encargo de coabitação, entretanto, se mantinha o dever de prover alimentos e de fidelidade recíproca (WALD; FONSECA, 2013).

Quanto aos casamentos religiosos contraídos pelos não católicos, os mesmos se originaram com a Lei 1.144 de 11 de setembro de 1861, pois, desde que eles fossem registrados, surgiria o registro civil para atender a grande procura dos não católicos, desde que não deixassem de respeitar os bons costumes e a ordem pública. Com o decreto 3.069 do ano de 1863, que regulamentou a Lei 1.144, surgiram as normas básicas para o registro dos nascimentos, casamentos e óbitos dos acatólicos, mantendo-se os impedimentos dirimentes do direito canônico, porém concedendo-se competência às autoridades civis para anular ou resolver pendências referentes ao casamento (BRASIL, 1863).

O Código Civil de 1916 internalizou os processos do direito canônico, no que diz respeito à habilitação. Dessa maneira, os impedimentos, às nulidades e às anulabilidades para o casamento, e considerou indissolúvel o vínculo matrimonial. Reconhecia apenas a família formada pelo casamento, estabelecendo diferenças entre os seus membros e, ainda, discriminava as pessoas unidas sem o casamento e os filhos concebidos durante a relação espúria, de forma que tais referências eram punitivas, excluindo os direitos destes (BRASIL, 1916).

Por outro lado, como já foi citado, com o decreto 3.200 do ano de 1941, trouxe a permissão do casamento entre os colaterais de 3º grau de parentesco, desde que precedidos de exame pré-nupcial. Já no Código Civil vigente no ano de 1916, sobreveio a impossibilidade do casamento entre colaterais de 3º grau; norma esta que perdura no código atual (2002). Em 1941, antes da Constituição Federal, o decreto tinha força de lei, determinando que colaterais de 3º grau poderiam casar-se com exame pré-nupcial, após autorização judiciária (BRASIL, 1916; BRASIL, 1941).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No decurso do século XX, efetuou-se à alteração da função da família na sociedade. Se no passado sua função era de cunho religioso, procracional, político e, em diversos casos, predominantemente econômico, com a ocasião de movimentos sócio-político-culturais exclusivos daquele período, como o movimento emancipatório feminista, percebeu-se um movimento das relações civis, com a centralização no interesse da pessoa humana. Dessa forma, colocou-se num patamar diversificado a afetividade humana como elemento norteador das relações familiares.

Os interesses exclusivamente patrimoniais dão lugar à realização afetiva entre os integrantes da família. Essa personificação das relações familiares possibilitou, assim, o surgimento dos demais variados tipos de entidades familiares. Posto isto, a família passou a ter como fundamentos valores como a cooperação, a assistência e a solidariedade entre os seus membros.

Por fim, O Código Civil de 2002 trouxe mudanças legislativas provenientes das últimas décadas, normalizando pontos primordiais do direito de família, considerando os princípios e normas constitucionais, objetivando a conservação da harmonia familiar e dos valores culturais, e ainda acolhendo as dificuldades dos filhos e aos interesses do corpo social. Neste cenário, vários acontecimentos não se deparam regularizadas na legislação, onde se torna indispensável à utilização de princípios a fim de asseverar conjunturas a respeito às pessoas introduzidas nas relações familiares.

2.3 Princípios Oportunos às Relações Familiares

O ordenamento jurídico é formado por princípios e regras, onde os princípios incorporam imposição de legalidade e de valores morais, constituindo, assim, o sistema axiológico, existindo princípios que incorporam as exigências de justiça e de valores éticos que constituem o suporte axiológico, conferindo coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico (DIAS, 2011), isto é, os preceitos predominantes definidos em uma sociedade, os quais fiscalizam conexão interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico. Por sua vez, os princípios são mais extensos e caracterizados pela generalidade, espelham ordens de melhoramento, no sentido de que algo seja feito na melhor maneira possível de acordo com cada fato apontado.

Os princípios constituem-se por conseguirem ser completo de diversas maneiras e por sua satisfação não carecer somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. A Constituição Federal traz dois princípios fundamentais que devem ser à base do direito de família: a dignidade da pessoa humana e a solidariedade. Ainda, como princípios gerais do direito de família, temos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a igualdade, a liberdade, a afetividade, a convivência familiar e o melhor interesse da criança, sendo estes princípios característicos da convivência familiar devendo estabelecer como norteadores de qualquer descrição que contorne indagações de família.

> O princípio da interpretação conforme a Constituição é uma das mais importantes inovações, ao propagar que a lei deve ser interpretada, sempre, a partir da lei maior. Assim, os princípios constitucionais passaram a informar todo o sistema legal de modo a viabilizar o alcance da dignidade da pessoa humana em todas as relações jurídicas (DIAS, 2011 p. 57/58).

Nesta conjuntura constitucional de proteção do ser humano, em desaparecimento dos bens, e da consonância plena entre os indivíduos que acolhe no de Direito de Família, o que mais interessa é a defesa dos indivíduos que mais carecem em relação aos que possuem mais condições de auxiliar na sobrevivência dos demais.

Destaca-se que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, autor de toda a base do Estado Democrático de Direito, tratado já no primeiro artigo da Constituição Federal, objetivando justamente à ascensão dos direitos humanos e da justiça social:

> A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional (DIAS. 2011 p. 62).

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana requer a plena prosperidade de todos os participantes de uma entidade familiar, sendo admitida a família unipessoal como espécie de família na contemporaneidade, se faz necessária o seu cabimento. Esse direito fundamental garante ainda que as inúmeras formas de entidades familiares serão da mesma forma dignas.

Pelo princípio da Solidariedade Familiar, os integrantes de uma família ou entidade familiar devem auxiliar-se mutuamente. Esse dever mútuo de auxílio se desdobra essencialmente à assistência material e moral. É no direito de família que se idealiza o princípio da solidariedade em sua plenitude. Nas palavras de Madaleno (2013, p.93):

> A solidariedade é o princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de

compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário.

O princípio da liberdade é observado tanto na autonomia da entidade familiar, concepção, conservação, extinção, permanente constituição e reinvenção das entidades familiares, como na independência de cada componente da entidade familiar ante os demais componentes. Em face do primado da liberdade, é garantindo o direito de instituir uma relação conjugal, uma união estável heterossexual ou homossexual (DINIZ, 2009).

Possui também total conexão com o princípio da autonomia privada, pois ao particular é dado optar e regularizar a sua própria vida, fazendo as suas preferências conforme melhor lhe convém e sem nenhuma intercessão. É assim no próprio direito contratual quanto no âmbito do Direito de Família.

Já o princípio da Igualdade e respeito à diferença diz respeito ao equilíbrio de tratamento entre as pessoas para que não haja qualquer prerrogativa de uns sobre os outros. Este princípio não visa decretar prerrogativas a qualquer indivíduo que seja, mas, apenas procura colocar em igualdade àqueles que são distintos, respeitando-os na medida de sua desigualdade. Um exemplo de tratamento isonômico é o artigo 227, §6º, da Constituição Federal de 1988, onde se oportuniza o tratamento de forma igual entre todos os filhos. Nesse sentido, estes comandos legais discriminam a igualdade entre aqueles que eram classificados como diferentes (BRASIL, 1998 *Apud* DINIZ, 2009).

O Princípio da Afetividade fundamenta-se na convivência socioafetiva e na cooperação plena de vida nas bases do direito de família, retirando qualquer conotação patrimonial ou econômica. Para Pamplona Filho *et al.* (2012, p. 89) "Todo o moderno Direito de Família gira em torno do princípio da afetividade". Encontra fusão com o princípio da dignidade da pessoa humana e é entendido por grande parte da doutrina como um princípio que tem a possibilidade de tornar menos rígido à hierarquia familiar e determinar atributos presentes nestas relações, sendo, neste sentido, a união de uma família muito mais ligada ao apego entre os seus integrantes do que a relação hierárquica efetiva.

Com isso, no Princípio da Convivência Familiar, a prole tem direito a convivência com seus pais, mesmo que divorciados. A guarda compartilhada adéqua-se assim, para asseverar o direito das crianças. Nessa óptica, a convivência é acrescida também a outros parentes, fora do núcleo familiar, ou seja, deve existir uma alusão a um ambiente comum.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Conforme o Princípio do melhor interesse do menor, as crianças e adolescentes devem ter suas preferências tratadas por seu grupo familiar, sociedade e Estado com preferência ante as demais preferências que porventura existam. Não se trata de eliminar esses outros interesses que se exponham, mas de ponderar o interesse do menor como crucial. Há de ser examinados até em casos que se faz necessário à destituição do poder familiar, entregando-o a famílias adotivas, por acharem-se menores sujeitos a abusos e agressões por parte daqueles que tem a obrigação de zelar pelo seu completo desenvolvimento e dignidade (DINIZ, 2009).

A intenção do legislador ao certificar o acolhimento constitucional para esta parcela de indivíduos, sem sombra de dúvidas, é pela qualidade da vulnerabilidade. É certo que desde as crianças até os idosos carecem de cuidados específicos, podendo-se dizer que é uma decorrência do próprio princípio da isonomia.

Portanto, pelo exposto, pode-se afirmar que o atual direito de família, um direito em constante mudança, não deve ligar-se diretamente à estrita legalidade, mas principalmente conectar-se à figura da afetividade, que em poucas palavras pode significar o querer estar junto, querer compartilhar o mesmo espaço, ter os mesmos ideais, mas sempre com respeito às individualidades.

3 A INFLUÊNCIA HISTÓRICA DO DIREITO CANÔNICO NA CONSTRUÇÃO DOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS

No Código Civil, o casamento civil é um contrato, visto que envolve duas partes num pacto destinado à vida inteira, criando obrigações e deveres recíprocos e duradouros e, durante décadas sujeitou-se à influência da Igreja Católica, que discutiu por longo período se esta instituição seria um contrato ou um sacramento.

Segundo Gomes (2011, p. 09), "as fontes da legislação civil brasileira são especialmente o direito português e o direito canônico". A intervenção da legislação portuguesa realizou-se, acima de tudo pelos hábitos que os lusitanos deslocaram para o Brasil no período da colonização. A legislação lusitana, tomada pela doutrina e hábitos da Igreja Católica, acaba por interferir nas futuras leis civis brasileiras.

Diante disso, o Direito Canônico é constituído por normas jurídicas com caráter unitário e universal. Para a Igreja Católica, o ordenamento canônico é um instrumento que, fundamentado no direito divino e puro, condiz com a justiça e produz os fundamentos eclesiais, para que a Igreja possa realizar mais prontamente seus propósitos. Com a fundação do casamento civil no Brasil, a autoridade do direito canônico em matéria de casamento acaba sendo posicionada em segundo plano. Porém, mesmo distante, continuou de forma indireta a efetuar grande domínio nas normativas civis do Brasil, por aplicarem-se várias normas do direito canônico.

Sobre o tema, vale conferir as lições de Tavares (2017, p. 2):

> O Direito de Família, impregnado de ética que compõe a lei e o homem, revela-se fortemente influenciado pelo Direito Canônico. A Doutrina dos impedimentos matrimoniais foi arquitetada á luz dos princípios formulados pelos canonistas e teólogos italianos. O Direito Canônico, com acentuada preocupação moralizador, jamais condescendendo com o ilícito e o desonesto. Dai o Impedimento Matrimonial resultante do adultério (*impedimentum criminis adultério*). O Código Civil Brasileiro não logrou vencer a influência do Direito Canônico, proibindo o casamento do cônjuge adúltero com o seu co-réu, por tal condenado.

Nesse cenário, indispensável reforçar que foram vários parâmetros aplicados pelo Direito Canônico e, como resultado foi anexado pelo Direito Civil Brasileiro, para a integração das causas de impedimento do casamento e que essas causas não decorrem mais sentido na conjuntura recente.

Conforme Campos Júnior e Rocha (2013. p. 8).

> Em ato administrativo, Pio IX aceitou a solicitação, mas esse não se mostrou satisfeito, pois essa miscigenação equivocou as pessoas a pedirem em demasiado a nulidade de seus matrimônios posteriormente, criando tensão entre Igreja e Estado.

Sob a intervenção do Código Canônico, as normas primárias do Direito Civil mantiveram a princípio a indissolubilidade do casamento. Sendo assim, os impedimentos matrimoniais são exemplos práticos desta influência normativa no Brasil, pois estas normas que ajustam o matrimônio civil no País dão em expressamente da doutrina criada pela igreja. Com isso o comportamento da ordem canônica na concepção e na elaboração do direito civil, principalmente dos povos ocidentais, faz-se vivenciar em especial no ramo das relações familiares (OLIVEIRA, 2019).

Os dois códigos - civil e canônico - constituem as condições para consumação do casamento e determinam os capazes de contraí-lo, ou ainda, se esta união é invalida. Esta percepção se encontra descrito no cânone 1.058 do Código Canônico, no qual se enfatiza que os que possuem capacidade e não são proibidos pela lei podem contrair matrimônio (CÓDIGO CANÔNICO, 2001).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Destarte, a Igreja Católica não extingue a união sacramental, acertadamente contraída e consumada, mas pode, após processo do tribunal eclesiástico, averiguar que nunca houve tal matrimônio. Pode acontecer de o vínculo matrimonial de modo algum ter ocorrido, visto que será sucedido um vício que terá sido nula a concordância dos cônjuges. Já no direito civil, como regra, somente ocorre nulidade textual, ou seja, só será nulo ou anulável o ato se a lei o declarar expressamente, haja vista o legislador preocupar-se, especialmente, com a validade do casamento, promovendo-a de todas as formas, somente corroborando a insuficiência ou nulidade em situações retratada textualmente (OLIVEIRA, 2019).

O Código Canônico de 1983 determina os impedimentos matrimoniais, previstos nos cânones 1.073 a 1.082, que formam os impedimentos gerais, e nos cânones 1.083 a 1.094, que retratem os impedimentos típicos. Posto isso, o ordenamento canônico, através do Código Canônico, alude 12 impedimentos que irão conduzir a legitimidade do matrimônio, comprovando um processo de nulidade matrimonial, a seguir arrolados: o de disparidade de culto, estabelecido no cânone 1.086; o de ordem sacra, encontrado no cânone 1.087; o de voto, descrito no cânone 1.088; e o de pública honestidade, no cânone 1.093 (CÓDIGO CANÔNICO, 1983, *Apud SENA,* 2018).

Assim, o princípio essencial do direito matrimonial é o da liberdade para casar-se, e os impedimentos simbolizam uma limitação a esse direito julgado como substancial e ímpar da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, o impedimento para a normativa canônica impossibilita o nubente de atribuir-se habilmente ao casamento. Sendo assim, se a formalização do casamento ocorrer, não apenas ilícita a união seria apontada, como também definitivamente inválida. Com isso, de acordo com Bittar (1993, p.85) a teoria dos impedimentos matrimoniais é concebida sob a intercessão da normativa canônica:

> A teoria dos impedimentos matrimoniais objetiva outorgar ao instituto do casamento a dignidade de que se deve revestir, em função de seus efeitos. Considerações de ordem moral, religiosa, política, sociológica e jurídica inspiraram a sua composição, tendo ingressado a matéria nas cifrações modernas, sob-regras impeditivas à realização de casamento e taxativamente enumeradas no respectivo corpo. São normas de cunho categórico e que, tomando em consideração a defesa da espécie, a proteção da moralidade na família e outros valores éticos de interesse, inibem à efetivação de casamento, em razão de problemas relacionados às pessoas dos interessados.

> Verificáveis, pois, em concreto, afastam da possibilidade de convolação de núpcias, a pessoa determinada, embora com outras seja, em certas hipóteses, concretizável a união matrimonial. São, pois, razões circunstanciais, de estado e de fato, em que se encontram as pessoas em relação às eventuais pretendentes.

Portanto, a norma canônica é uma lei inabilitante, que significa que determina a incapacidade da pessoa para determinado efeito, pois, ainda na circunstância de ignorância dos impedimentos por parte dos nubentes, o Código Canônico expõe que "nem a ignorância nem o erro escusam dos impedimentos que dirimem o matrimônio, ainda que este seja celebrado em boa-fé". Com isso, na norma canônica requer-se o comportamento de exigências coordenado à legitimação da habilidade do casamento para a validade do vínculo matrimonial (CÓDIGO CANÔNICO, 1983, p. 32).

O Código Civil atual define os impedimentos matrimoniais entre os artigos 1.517 a 1.564 da Congregação Cristã no Brasil. Estas normas procederam através da analogia com outras jurisprudências e normativas, como a canônica. Com isso, é clara a sustentação de impedimentos do direito canônico que foram infiltrados pelo Código Civil de 2002, como impedimento de idade do cânone 1.083 do Código Canônico. Portanto, ambos os códigos impedem a união daqueles que não alcançaram a idade ordenada. (BRASIL, 2002; CÓDIGO CANÔNICO, 1983). Segundo Zani (2000, p. 31.):

> Trata da idade legal baseada na presunção da capacidade tanto de consumar o matrimônio como de prestar um sentimento válido. Para se computar a idade de uma pessoa parte-se do dia do seu nascimento, termo *a quo* – mas este não vem contando – e o último dia, termo *ad quem*, tem de ser completo.

Esta hipótese sucede quando algum dos nubentes ou ambos não têm a idade obrigatória para o casamento, mas o seu discernimento psíquico e físico são ajustados com a prática. Nestes casos, logo que o nubente alcançar a idade permitida deve-se apurar a licença.

Segundo a normativa, o impedimento pode ser rogado com a subsistência de defeito físico que impede a prática dos fins matrimoniais. Via de regra, apresenta-se como modificação dos órgãos genitais que evita a prática do ato sexual. A impotência também é definida, porém somente a insuficiência *coeundi* (propriamente dita) pode

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ser solicitada. A esterilidade, ou insuficiência *generandi* (encontrada no homem no ato de gerar filhos), e a insuficiência *concipiendi* (encontrada na mulher no ato de conceber filhos), no direito civil, não formam causas para anulação do matrimônio (SENA, 2018).

No decurso do tempo promoveu-se um ponto de vista de dominância jurídica religiosa sobre o casamento. Com isso, a sociedade brasileira é acometida por uma diversidade de famílias com características desiguais, sendo considera como a indicação moral da sociedade brasileira. Por essa razão, tem grande relevância para nossa jurisprudência.

A Constituição Federal e o Código Civil de 2002, através do Direito de Família, dão acolhimento ao ato matrimonial. Os dois comprovam que o casamento é de natureza contratual e oficial. Logo, o casamento no âmbito civil é coberto de subjetivismo, ou seja, de pressupostos característicos ao ser particular. Se observarmos o art. 5°, caput, da CF/88, veremos que ele afirma que tanto os homens quanto as mulheres são idênticos em direitos e obrigações, o que dá a ambos o direito de constituir matrimônio (BRASIL, 1988).

Com a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, tornou-se a conceber decisivamente uma separação entre Estado e Igreja. Por tal motivo, o Estado passou absolutamente a equilibrar indagações dos casamentos. Este fato possibilitou a formação do Decreto de nº 119 - A, de 17 de janeiro de 1890, que elaborou irrevogavelmente tal separação, fazendo com que o Brasil se tornasse um país laico e não confessional. Foi nessa orientação de que Rui Barbosa, por meio de Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, deliberou que no Brasil somente o casamento civil teria validade (BRASIL, 1890).

Também ordena sobre a proibição de cerimônias religiosas matrimoniais antes de celebrado o casamento civil, e estatuiu a sanção penal, processo e julgamento aplicáveis aos infringentes (BRASIL, 1890). Com o término da Monarquia Brasileira, emergiu uma nova Constituição de 1891, que trouxe apuração exclusiva do matrimônio civil em detrimento do antigo casamento religioso (BRASIL, 1891).

Portanto, observando os enunciados indicados na análise sobre o matrimônio, consegue-se determinar um vínculo rígido entre o direito canônico e a norma civil, uma vez que o matrimônio, em ambas as leis, é discutida de forma severa, sendo conhecido bem mais do que meramente um prática cultural da sociedade.

4 A INTERFERÊNCIA DA NATUREZA MORAL NO MUNDO JURÍDICO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O presente capítulo propõe-se a discutir o intermédio da Moral no mundo jurídico, salientando a sua real necessidade de interferência nas relações judiciais, uma vez que tal intromissão adentra a esfera individual de cada pessoa. Deliberará também sobre as formas de adequação social a qual a interferência moral deve respeitar, para que a mesma vá ao encontro dos princípios jurídicos resguardados pela Lei Maior.

Dessa maneira, será destacado o papel do Estado no momento em que impõe limites à vida privada e às vontades dos indivíduos em ter relações conjugais, destacando a importância do princípio da Intervenção Mínima do Estado, para que cada pessoa possa exercer sua autonomia em decisões claras e coesas. Com isso, disporá sobre o cunho moral existente no rol do artigo 1.521 do Código Civil de 2002, destacando a intervenção do Estado nas reações familiares taxadas no mencionado artigo, demonstrando o descompasso existente entre a Moral e o Direito em tais relações.

4. 1 Do Vínculo entre a Moral e o Direito

O Sistema Jurídico aos poucos foi acrescido e adaptado no tempo histórico por meio de intercessão das condições da natureza, das crenças religiosas, dos hábitos da civilização humana e singularmente, da moral decorrente da vida partilhada dos indivíduos. Verifica-se que a frequência dos imperativos morais na ordem jurídica restaria concreta tendo em vista que nenhuma normativa pode ser legitimada sem a existência de princípios e premissas éticas, pois haveria ameaça de ser formada uma separação inconcebível entre os pressupostos normativos e os próprios ideais de justiça da coletividade.

Dessa forma, dentre as influências dos argumentos éticos e jurídicos nas conformações contemporâneas, salienta-se a Doutrina de Dworkin que, a despeito da conjuntura em que foi criada carreou o desentendimento acerca da relação entre Direito e Moral para o campo prático das decisões judiciais (DWORKIN, 2003).

Para Dworkin, os modos de esclarecer as cláusulas de teor moral são: adequação e justiça, tendo como a primeira, à interpretação constitucional devendo ser compatível com os princípios jurídicos fundamentais na prática jurídica. Existindo duas ou mais interpretações diversas e prováveis de entender uma cláusula constitucional, desde que decididas pela adequação, dar-se-á "[...] preferência àquela cujos princípios nos parecem refletir melhor os direitos e deveres morais das pessoas, uma vez que a Constituição é uma afirmação de ideais morais abstratos que cada geração deve interpretar por si própria" (DWORKIN 2003, p. 154). Importante destacar que a compreensão da justiça sugerida por Dworkin, versa em um exemplo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

das influências da moral no direito. Logo, não se reconhece a plena separação entre o Direito e Moral.

Segundo o doutrinador Nader (2013, p. 35), "a análise comparativa entre a ordem Moral e a Jurídica é importante não apenas quando indica os pontos de distinção, mas também quando destaca os focos de convergência". Seguindo esta linha de raciocínio, Reale (2006) considera o Direito e a Moral meios de controle social impossibilitando a exclusão, uma vez que, se acrescentam e mutuamente e se influenciam.

A primeira característica que diferencia a Moral do Direito segundo Kelsen (1999) é o fato de o direito ser coercível, ou seja, usa a força como instrumento para controle da conduta humana. O fato de poder usar a interferência da força em virtude de norma coloca a norma acima da moral ao se tratar de determinados fatos sociais.

Posto isso, no Direito Civil, a moral se manifesta pelo princípio da integridade e honestidade, onde se entende que os pais devem amparar os filhos, e na velhice os filhos têm o dever de amparar seus pais, podendo neste ponto também serem declarados os deveres da fidelidade conjugal.

Como já foi dito, o primeiro impedimento trata da proibição, de ascendente casar-se com descendente, seja o parentesco decorrente da consanguinidade ou por adoção. Tal dispositivo já previsto desde o Código Civil de 1916 - não podem casar: os ascendentes com descendentes seja parentesco legítimo ou ilegítimo, natural ou civil- tem como fundamento a proibição baseada em argumentos biológicos – crianças geradas de casais consanguíneos possuem maiores chances de apresentar mutações e doenças genéticas - bem como argumentos de cunho moral, pautados na religião cristã, que repudia o incesto (CÓDIGO CIVIL, 1916).

Já os impedimentos dos incisos II, III, V e VII dizem respeito somente a questões morais e valores familiares de uma sociedade religiosa (católico-cristã), eis que não se tratam de proibições com o intuito de evitar o nascimento de filhos portadores de deficiência, como no caso do primeiro impedimento (BRASIL, 1916).

Dessa forma, deve ser observado que os impedimentos foram concebidos por influência meramente moral, tendo em vista, a sua inovação persuadida por uma sociedade fortemente religiosa, formada por católico-cristãos, assim utilizando-se o Código Canônico para sua construção. Portanto, levanta-se a questão da real necessidade dos impedimentos previstos no Código Civil vigente.

4. 2 A Intercessão do Estado na Vida Do Cidadão

O Direito ao buscar a regulação do convívio em sociedade, e devido aos conflitos da vida gregária, limitou-se a estabelecer regras para a conduta privada do homem comum. Por conseguinte, conforme a evolução das interações humanas passou a se regular, também, as relações entre países, empresas e entre o indivíduo e o próprio Estado.

No Direito Familiar, as relações interpessoais mais íntimas do cidadão no qual o Estado exerceu seu poder de intervenção de maneira clara, impondo regras para a constituição familiar estão inseridas aos impedimentos do casamento que, como já se disse, são limitações impostas pelo o Estado à vontade dos indivíduos de possuir uma vida conjugal (OLIVEIRA, 2019).

Conforme Nigelski (2016, p. 224), "essa intervenção é uma proteção estatal com o intuito de proteger os membros da família ou trata-se de um controle excessivo por parte do Estado". Assim, objetiva o Estado amparar a instituição familiar, em busca de garantir êxito dos direitos fundamentais; todavia, faz-se necessária investigação.

Com esse entendimento, a intervenção estatal, apesar de necessária, mostra-se exagerada, tornando-se nociva, eis que modifica a autonomia privada dos cidadãos, considerando que estes não tomam de maneira refletida e consciente, suas próprias decisões. Dessa forma, muitas vezes o Direito brasileiro incide nesse excesso ao tentar equilibrar o campo da vida privada, ordenando restrições indevidas, que deveriam ficar a cargo do próprio indivíduo (BARBOSA, 2014).

Por conseguinte, Pereira (2012) dispõe sobre a defesa e a constitucionalização do Principio da Intervenção Mínima do Estado nas relações familiares, entendendo que esta somente se imponha para atestar a consumação pessoal dos familiares, carecendo o Estado a respeitar a autonomia privada adotando-a como base fundamental. Diante disso, tal entendimento do ilustre doutrinador acima citado, encontra-se previsto no art. 226, caput: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado" (BRASIL, 1988, p. 68).

Tal princípio teve início com o Estado democrático de direito "quando deixa de enxergar a família como grupo econômico de produção e passa a admitir o de vínculo de afeto do grupo familiar à luz dos princípios constitucionais" (GUIMARÃES, CABRAL, DE PAULA, 2016, p. 117). O propósito desse princípio é amenizar a intervenção do Estado na família para que ele não traga desacordo entre os membros do grupo e, ao mesmo tempo, seja capaz de garantir os direitos e garantias a ele pertencentes, conforme declara Guimarães *et al.* (2016).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por fim, não se fundamenta a existência no ordenamento jurídico dos incisos II (os afins em linha reta), III (o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante), V (o adotado com o filho do adotante) e VII (o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte) do art. 1.521 do Código Civil. Isto, porque, diferente dos demais incisos, nessas ocorrências o legislador não visa esquivar-se do nascimento de filhos com doenças genéticas, o que é plausível, tendo em vista as políticas públicas de saúde do Estado (BRASIL, 2002).

Desse modo, tais incisos apenas representam um parâmetro de família que a moral cristã considera como adequada, mas que, com a separação entre Direito e Religião, não cabe mais ao Direito Civil regular.

5 OS DIREITOS SUCESSÓRIOS NOS CASAMENTOS NULOS E A PUTATIVIDADE DAS RELAÇÕES DE BOA FÉ.

O não reconhecimento de um casamento é resultado dos impedimentos matrimoniais, o que acarreta, consequentemente em perda de direitos sucessórios do cônjuge não legitimado. Dessa forma, o direito de suceder, como efeito *causa mortis*, baseia-se na substituição do autor da herança, denominado *de cujus*, em suas relações patrimoniais, por seus respectivos sucessores, e na esfera hereditária, o direito à partilha da herança, deve ser concedido por meio de abertura do inventário (DINIZ, 2009).

Com isso, a vocação hereditária é a ordem em que os herdeiros são chamados a suceder o morto. Segundo a norma vigente, os primeiros são os descendentes, depois os ascendentes, em seguida o cônjuge sobrevivente e por fim os colaterais. Porém há que se esclarecer que somente são herdeiros necessários os descendentes, ascendentes e o cônjuge. O problema surge no momento em que, a invalidade do casamento, acaba retirando o cônjuge do rol dos herdeiros necessários, lhe suprimindo todos os direitos (BRASIL, 2002).

Antes de adentrar na sucessão do cônjuge, é necessário um adendo à meação dos bens a que o cônjuge faz jus, a qual emerge quando da dissolução do casamento, que pode ocorrer por divórcio não sendo necessária a morte de um dos cônjuges. A meação é formada pela metade dos bens do casal presentes quando da dissolução da união, podendo atingir os bens comuns e particulares, quando adotado o regime da comunhão universal, ou sobre bens comuns, quando da adoção dos regimes da comunhão dos aquestos ou da comunhão parcial de bens. Como consequência do art. 1.830 do Código Civil (CÓDIGO CIVIL, 2002, *apud* DIAS, 2011).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Via de regra, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do sucedido – filhos, netos, bisnetos e tataranetos, ou seja, na linha reta, tendo os parentes de primeiro grau, preferência em relação aos demais. O quinhão do cônjuge, primeiramente, será igual aos dos demais herdeiros, como observado no texto do art. 1.832 do Código Civil: "não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer"(BRASIL, 2002, p. 240). Não sendo ascendente de todos os herdeiros, não deverá se privilegiar do mínimo legal. Entretanto, isso não ocorre nos regimes de comunhão universal ou de separação obrigatória de bens. Outra hipótese a impedir ao cônjuge a concorrência com os descendentes é a do casamento sob o regime de comunhão parcial de bens, caso o de *cujus* não deixe bens particulares (DIAS, 2011).

Logo após os descendentes, na escala dos herdeiros necessários, estão os ascendentes, que não havendo restrições previstas no art. 1.830 do Código Civil (Separação Judicial ou de Fato), o cônjuge concorrerá com eles, conforme o art. 1.829, inciso II. Dessa maneira, se ao cônjuge estiver à sucessão em coleção com os pais do de *cujus,* incumbirá um terço da herança, mas o quinhão será equivalente à metade se concorrer apenas com o pai ou mãe (avós, bisavós e trisavós) (BRASIL, 2002).

Por conseguinte, na falta dos descendentes e ascendentes, ao cônjuge pertencerá à herança, pois, não havendo herdeiros das duas classes preferenciais e se outra pessoa não foi agraciada em testamento, ao cônjuge incumbirá à totalidade da herança, conforme previsto no art. 1.838 do Código Civil: "Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente." Tal disposição apenas verbaliza o que a interpretação sistemática revela (BRASIL, 2002).

Com o propósito de resguardar o cônjuge sobrevivente e de beneficiar a seguimento do ambiente do lar, o Código Civil dispõe no art. 1.831, independente do regime de bens, àquele atribuirá o direito real de habitação, pertinente ao prédio destinado à residência da família, quando este é o único imóvel da categoria a compor a herança (BRASIL, 2002). Como observa no entendimento do autor Zeno Veloso, o Direito de habitação se justifica enquanto o cônjuge permanecer no estado de viuvez e não constituir união estável (VELOSO, 2003).

Posto isso, o direito real de habitação deve ser incluído no formal de partilha e deverá ser instrumento de averbação no registro de imóveis, para notificação de terceiros. A desobediência da formalidade, todavia, não implica renúncia ao direito pelo cônjuge, uma vez que esta solicita declaração expressa (OLIVEIRA, 2005).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O artigo 1.521 do Código Civil de 2002 assegura que nos casos em que ocorram os impedimentos matrimoniais por ele resguardados, o casamento será considerado nulo, uma vez que, o vício que contamina o ato é considerado grave e consequentemente implica na inexistência dos seus efeitos. Dessa maneira, para que possa ter a declaração de nulidade do casamento, é necessária sentença judicial em ação proposta por qualquer interessado ou pelo Ministério Público. Logo, assim que há a decretação da nulidade, os cônjuges voltam ao eu estado civil anterior (TJDFT, 2019).

Nesta óptica é importante destacar desde logo a ocorrência do chamado casamento putativo, que na visão de Oliveira (2016), embora padeça de algum vício capaz de torná-lo nulo ou anulável, produz efeitos legais, em respeito à boa-fé de um ou de ambos os consortes. Logo, é indispensável para a aplicação do referido instituto, a verificação da boa fé de pelo menos um dos interessados. Assim, entende-se que diante da ocorrência do casamento putativo, quanto ao cônjuge de boa-fé (que não sabia da causa de nulidade) serão preservados os direitos (BRASIL, 2002).

Nesse ínterim, temos como exemplo irmão que casa com irmã e a mesma não sabia de tal condição de ambos ao tempo da união, dessa forma, entende-se pela nulidade do casamento, tendo o cônjuge, direito a meação se fora constituído algum patrimônio durante o vínculo e até alimentos, se dependia do marido.

Diante disso, no momento em que os direitos e deveres conjugais são cessados, irão subsistir os efeitos para fixação de alimentos; partilha de bens, tal como ocorre num divórcio; uso do nome, quando houver justificado receio de lesão a direito pessoal; subsistência das doações feitas em contemplação de casamento futuro e emancipação ocasionada pelo casamento (OLIVEIRA, 2016).

Importante frisar que o inciso VI determina ser proibidas de casar: *as pessoas casadas*, sendo o inciso com maior indagação, uma vez que não abrange a união estável, mas tão somente o casamento. Diante disso, Cavalcanti (2005) entende que tal inciso VI deve andar atrelado ao parágrafo primeiro do artigo 1.723 do Código Civil, uma vez que o mencionado parágrafo exclui do rol dos impedimentos para a constituição de união estável o separado de fato e o separado judicialmente, sendo aquele o que gera maior controvérsia judicial.

Diante disso, Almada (1995. p. 208) leciona que *"entende-se por separação de fato a situação resultante da quebra da coabitação, praticada por um dos cônjuges ou ambos, à revelia de intervenção judicial, e em caráter irreversível".*

Por esse motivo, consolidou-se o entendimento que só não deveriam ser aceitas as relações impróprias, desleais e paralelas à outra união ou casamento já

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

estabelecido. Ou seja, se não havia mais constância de casamento, a existência tão somente do vínculo não impedia o reconhecimento da família de fato (CAVALCANTI, 2005).

Contudo, percebe-se a omissão do Código Civil no que tange ás uniões que fatalmente irão se formar, mas não poderão ser reconhecidas pelo judiciário como famílias legítimas, como é o caso de afins em linha reta. Com isso, queremos dizer que a Lei não tem como ter controle sobre os impedimentos, assegurando que os mesmos não irão acontecer (CAVALCANTI, 2005).

Portanto, percebe-se que mesmo diante dos impedimentos, o ex-cônjuge terá direito ao que lhe cabe, frente ao patrimônio construído conjuntamente na constância da união estável, uma vez que o regime adotado para a mesma é o regime da comunhão parcial de bens; destaca-se ainda que no que tange à herança, para que o companheiro tenha direito ao respectivo espólio, a união estável deve ser formalizada (AVIZ, entre 2017 e 2020).

Percebe-se ainda que na hipótese de erro perante o matrimônio, o Código Civil ampara os cônjuges em atenção à boa fé de um ou de ambos, (putatividade) não deixando à margem os nubentes. Contudo, deixa às cegas os cônjuges, nas outras hipóteses de impedimentos, como o do inciso II (afins em linha reta), e, só o tempo irá nos dizer quais os resultados das implicações dos impedimentos matrimoniais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das informações elencadas neste trabalho, foi possível observar quais são os tipos de características morais construídas dentro da sociedade que justificam os impedimentos matrimoniais segundo estruturas sociais, culturais e éticas. É possível observar os tipos de relações familiares que são consideradas nulas, sendo estas as elencadas no artigo 1.521 do Código Civil de 2002.

Esse tipo de situação que muitas vezes provoca repúdio às comunidades civilizadas é comum através de relatos sobre esse tipo de acontecimento em microrregiões desassistidas pelos poderes judiciais legais. Tal fato é de difícil comprovação estatística considerando a ilegalidade desses matrimônios, logo, escapa dos processos judiciais realizados em cartórios e tribunais podendo ser notados somente através de denúncias ou quando ocorre separação ou pelo óbito do cônjuge.

Essa pesquisa teve como objetivo discorrer sobre a interferência da moral no mundo jurídico demonstrando a inconstitucionalidade existente no Código Civil

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

referente aos impedimentos para o matrimônio a partir do momento em que o Estado impõe condições desarrazoadas para a ocorrência do casamento, causando assim prejuízos aos envolvidos.

Para tal feito, fez-se necessário discorrer sobre a evolução histórica dos impedimentos matrimoniais, verificando-se que os mesmos possuem uma natureza moral e, portanto não deveriam encontrar-se no mundo jurídico. Assim, para que tal objetivo fosse alcançado, foi de suma importância analisar a influência histórica do Direito Canônico na construção dos impedimentos, tornando-se mais uma prova que os impedimentos constituem uma matéria meramente moral resguardada pelo Código Civil. Além disso, foi possível demonstrar quais são os direitos sucessórios e de natureza alimentar que os impedidos de casar, eventualmente poderão perder.

Portanto, destaca-se que os objetivos foram alcançados e cumpriram seu papel precípuo, sendo ele, informar ao leitor sobre esse tipo de abordagem matrimonial, apresentando sua ilegalidade e suas medidas legais cabíveis para contornar tal situação.

Observou-se ainda que a legislação vigente deixa em aberto ou inconclusivas determinadas situações de impedimentos matrimoniais, como os incisos II e VII, que tratam dos impedidos por afinidade em linha reta e o impedimento do cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte, respectivamente.

Nessas situações apresentadas, não existe um consentimento/entendimento geral dos direitos que podem existir para o cônjuge que se encontra prejudicados pelo fim do matrimônio, independentemente se foi por óbito ou divórcio. Contudo, têm-se o entendimento que quando o matrimônio foi contraído de boa-fé, anula-se a união, mas os efeitos permanecem. Entretanto, quando da má-fé de pelo menos um dos envolvidos os efeitos permanecem para o cônjuge de boa fé, nascendo, pois, o instituto da putatividade matrimonial.

Diante do exposto, no que diz respeito às dificuldades para a elaboração do presente estudo, houve a limitação decorrente da inexistência de um acervo mais amplo de doutrinas e artigos que tratam do assunto em questão.

No entanto, pode-se assegurar que os objetivos gerais e específicos foram alcançados de forma engajada, a metodologia utilizada foi suficiente para realizar os procedimentos necessários para a construção do referido artigo de forma clara e concisa, uma vez que os autores estudados trouxeram dados importantes para a construção do trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Pode-se concluir com o posicionamento de que não se vê motivos plausíveis que demonstrem a real necessidade da permanência do art. 1.521, nos termos em que se encontra atualmente no Código Civil, visto que os impedimentos enquadram-se como matéria meramente moral, com indiscutível cunho religioso sobreposto aos interesses do indivíduo como ser humano, que tem responsabilidades sobre seus atos para a vida civil.

REFERÊNCIAS

AVIZ, Raphael. **Casamento e União Estável. Qual a Diferença entre Casamento e União Estável.** Portugal: Entre 2017 e 2020. Disponível em: <https://www.diferenca.com/casamento-e-uniao-estavel/>. Acesso em: 27 de maio de 2020.

ALMADA, Ney de Mello. "Separação de fato". **In: Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família: Aspectos Constitucionais, civis e processuais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, v.2.

AMARAL, Mathews Francisco. **Da Inconstitucionalidade do Artigo 1521, VII do Código Civil de 2002**, 2009.

BARBOSA, Pedro V. **A Constitucionalização do Princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares**. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2014.

BERENICE, DIAS Maria. **Manual de Direito das Famílias.** Editora Revista dos Tribunais, 8ª Edição, São Paulo, Revista, atualizada e ampliada: 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Família**. Rio de Janeiro, Forense Universitária: 1993.

BRASIL. Decreto nº 3.069, de 17 de abril de 1863, Regula O Registro Dos Casamentos, Nascimentos E Óbitos Das Pessoas Que Professarem Religião Diferente Da Do Estado, **Coleção de Leis do Império do Brasil** – 1863 p. 85 Vol. 1. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3069-17-abril-1863-555008-publicacaooriginal-74026-pe.html>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRASIL. Decreto nº 521, de 26 de junho de 1890, Proíbe Cerimônias Religiosas Matrimoniais Antes De Celebrado O Casamento Civil, E Institui A Sanção Penal, Processo E Julgamento Aplicáveis Aos Infratores. **Coleção de Leis do Brasil – 1890**. Página, 1416. Vol. 1 fasc. VI. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-521-26-junho-1890-504276-norma-pe.html>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro. **Diário do Congresso Nacional Constituinte**, em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRASIL, Lei nº 2.848, de 7º de dezembro de 1940. **Institui o Código Penal**. Rio de Janeiro, 7º de dezembro de 1940, Diário Oficial da União - Seção 1 - 31/12/1940, Página 23911. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 de Maio de 2020.

BRASIL. Decreto nº 3200, de 19 de abril de 1941, que Dispõe sobre a Organização e Proteção da Família, Rio de Janeiro, 19 de abril de 1941, **Diário Oficial da União - Seção 1 - 19/4/1941**, Página 7736. Disponível em: < https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3200-19-abril-1941-413239-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995. **Lex**: legislação federal e marginália, São Paulo, v. 59, p. 1966, out./dez. 1995. Disponível: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, 11 jan. 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRASIL. Lei nº 3.071, 1º de janeiro de 2016. **Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1º de Janeiro de 1916, Diário Oficial da União - Seção 1 - 5/1/1916, Página 133. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

CAMPOS, Diogo Leite de. **A Invenção do Direito Matrimonial: a Institucionalização do Casamento.** Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra, 1995.

CAMPOS JÚNIOR, Ranulfo Figueiredo; ROCHA, Octavio Avertano. **Considerações Sobre Matrimônio e uma Breve Comparação dos Aspectos de Nulidade**

Apresentadas pelo Direito Canônico e Direito Civil de 2002. Belém, Editora da Faculdade de Belém: 2013.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **As Implicações dos Impedimentos Matrimoniais na União Estável**. São Paulo, Revista 21: 2005.

Da Igreja Católica, Catecismo. Edição típica vaticana, São Paulo, Loyola, p. 74-100, 2000.

DA SILVA ZOLET, Lucas Augusto; DE MORAIS, Fausto Santos. **A Relação Entre Direito e Moral na Ótica de Kelsen e Habermas: Da Separação À Cooriginariedade.** Revista Jurídica, v. 1, n. 38, p. 41-61, 2015.

DE OLIVEIRA, Marina Fernanda Silva. **O Ordenamento Jurídico Brasileiro e as Causas de Impedimento do Casamento: Uma Análise a Partir do "Novo Direito de Família".** Revista do CEPEJ, n. 21, 2019.

DE PAULA, Uequicilene Nascimento; CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; GUIMARÃES, Décio Nascimento. **A Intervenção do Estado no Poder Familiar.** Múltiplos Acessos, v. 1, n. 1, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, 26 ed., São Paulo, Editora Saraiva: 2011.

DINIZ. Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 5: Direito de Família**. Saraiva. 24ª ed. Reformulada. São Paulo: 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 18ª Ed. São Paulo: 2002 v.5.

DO DIREITO CANÔNICO, Código. Promulgado por João Paulo II, Papa. Tradução Conferência Episcopal Portuguesa. 4º ed. Lisboa: Editorial Apostolado da Oração, 1983. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

DO DIREITO CANÔNICO, Código. Tradução: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Loyola: 2001.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FARDIN, Noemia Alves. **Concubinato: Aspectos Sociojurídicos da União Estável; Actualizado com a Lei No. 8971, de 29.12. 94**. Livraria do Advogado, 1995.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes**. Limites do Direito Diante da Autonomia Moral do Indivíduo: Os Riscos do Máximo Ético.** Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Ano XXIV, n, p. 1982-1506, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito de Família: As Famílias em Perspectiva Constitucional.** São Paulo. Saraiva: 2012.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro, Forense: 2011.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Saraiva. V. 6 11ª ed. São Paulo: 2014.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes: 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado: Direito de Família**. São Paulo, p. 49, Revista dos Tribunais, v. 5: 2005.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. Ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2013.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 35. ed. Rio de Janeiro, Forense: 2013.

NIGELSKI, Tatiane Mazur Pupo. **Direito de Família Mínimo: Até que Ponto o Estado Pode Intervir na Família que é Uma Instituição Tão Privada?** Revista Aporia Jurídica. Revista Jurídica Do Curso De Direito Da Faculdade CESCAGE. 6. ed. v. 1 p. 221-244, jul-dez 2016, ISSN 2358-5056.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: A Nova Ordem da Sucessão**. 1. ed. São Paulo, Saraiva: 2005.

OLIVEIRA, Natália. Casamento Putativo: Linhas Gerais Sobre Conceito, Características e Efeitos Jurídicos, 2016. Disponível em: <https://nataliaolvrm.jusbrasil.com.br/artigos/185085388/casamento-putativo>. Acesso em 24 de maio de 2020.

PAGOLA, José Antonio. **Originalidade do Matrimônio Cristão**. São Paulo, Paulinas: 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. Ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25. Ed. Saraiva, 2006.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 967 de 18/07/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ROQUE, Michele. **O que é Casamento Avuncular? Tios (as) e Sobrinhos (as) Podem se Casar**, 2019. Disponível em: <https://rok.jusbrasil.com.br/artigos/779829066/o-que-e-casamento-avuncular-tios-as-e-sobrinhos-as-podem-se-casar>. Acesso em 12 de maio de 2020.

SCOPEL, Paulo José. **Orações e Santos Populares**. 65ª ed. Canoas: Salles Editora, 2007.

SENA, Marcus Vinicius Leão Azevedo de. **Impedimentos Matrimonias: uma Análise sobre os Impedimentos Matrimoniais no Brasil Absorvidos do Código de Direito Canônico**. 2018.

TAVARES, Osvaldo. **A Influência do Direito Canônico do Código Civil Brasileiro**. Disponível em: http://midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2015_influencia_direito_canonico_ccb.pdf. Acesso em: 20 de maio de 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **Casamento Inválido**. Brasília, 2019. Disponível em:<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/casamento-invalido>. Acesso em: 15 mai. 2020.

VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil**. 1. Ed. Coleção coordenada por Antônio Junqueira Azevedo. São Paulo Saraiva: 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 14º Edição. São Paulo, Editora: Atlas: 2014.

WALD, Arnold; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito Civil: Direito de Família**. vol. 5. 18. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZANI, Rubens Miraglia. **Casamentos Nulos: Como Encaminhar Uma Causa de Nulidade Matrimonial ao Tribunal Eclesiástico.** Aparecida. São Paulo, Editora Santuário: 2000.

[1] Acadêmica de Direito do Centro Universitário Uninovafapi.